

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO JURIDICO
Y ESPECIALMENTE AL REGIMEN HIPOTECARIO

Año XX

Mayo de 1944

Núm. 192

El «bonum commune» y el derecho de propiedad
según el pensamiento aquinatense

AL GRAN MAESTRO D. JOSÉ CASTÁN

Al Estado corresponde, según es sabido, un ser, porque el Estado constituye algo real y existente y no es mera ficción. Poco importa que su forma de ser no sea el ser sustancial. Existen y son reales incluso las cosas que no tienen un ser sustancial. Pues bien: a todo lo que es ser y tiene un ser, sin que importe el título por que lo sea y lo tenga, le corresponde un puesto en la ontología, porque la ontología es aquella ciencia sencilla y fundamental que se ocupa del estudio del ser, y, por tanto, de todo ser. En la ontología van íntimamente unidas las nociones de ser, bien y fin. El Universo es como el resultado de un juego de generosa abundancia, donde todo está sujeto a un plan infinitamente sabio; de ningún modo constituye el producto de un ciego azar.

Todo en el Universo responde a un orden. Este orden es el trasunto de la razón y de la voluntad de un Dios personal, superior y trascendente al mundo, pero no extraño a él. En virtud de ese orden, todas las cosas tienen prescrito un fin, un puesto, un destino. La adecuación entre el ser de una cosa y el fin a que por naturaleza tiende, se llama bien. La idea del bien supone, pues, en el ser cumplimiento del fin a que por naturaleza se dirige. Y así, el bien puede ser definido como lo que todos los seres apetecen, entendiendo, claro es, por apetecer, no el deseo consciente, sino la tendencia natural inmanente, propia de cada ser. El bien se concibe como la perfección del ente, como la plenitud cabal de su esencia, como la meta óntica a que le impulsa su propia

naturaleza y que por ella viene exigida. Porque hay una escala de los seres, hay también una escala de los bienes; a mayor elevación en el orden óntico, mayor dignidad en el orden deontológico o axiológico. Llámase en particular bien ético el que corresponde al ser racional en cuanto tal. Denomínanse valores los aspectos o momentos parciales de un bien. Los conceptos de bien y valor se hallan, pues, fundados en el ser; tienen un sentido óntico.

Pues bien: como a todas las cosas existentes, corresponde al Estado un fin; cuál sea el contenido de este fin, no es éste el momento de estudiarlo. Tampoco es, además, posible dar una lista universalmente válida de las cosas que lo integran, pues tiene en cada caso exigencias concretas, dependientes del lugar y del tiempo. Su contenido puede, sin embargo, ser resumido en el principio: "Quod homines non solum vivant, sed quod bene vivant."

El bien correspondiente a este fin es el bien del Estado. El bien del Estado es un bien ético, ya que los *supposita* del Estado son los hombres, seres de naturaleza racional. Este bien del Estado, este bien de la comunidad política, ha de ser un bien adecuado a la forma de realidad correspondiente: por tanto, un bien total, un bien communal. La expresión tomista típica es la de *bonum commune*. Santo Tomás dice en una ocasión (*De veritate*, quaest. 22, art. 2.º), que "sicut influere causae efficientis est agere, ita influere causae finalis est appeti et desiderari". Es decir, que el fin actúa sobre el ser a que se refiere como un centro de atracción. El bien común atrae y orienta la actividad de los miembros del Estado en el sentido del todo, y evita que éste se disuelva a causa del obrar puramente individualista y egoista de aquéllos. Es el fundamento, la meta, el *téλος* de la integración estatal. El concepto del bien común constituye una de las piezas cardinales de la filosofía tomista del Derecho y del Estado. Aquí no es posible desarrollar plenamente la teoría del *bonum commune*, y vamos solamente a referirnos a algunos de sus aspectos principales.

Entre bien común y bien privado o particular media—como Santo Tomás dice—una diferencia específica, cualitativa, no meramente cuantitativa. Aun en el caso de que los bienes privados de los diferentes individuos fuesen sumandos homogéneos y pudieran adicionarse, de su adición no resultaría el bien común, al modo como la sociedad, en cuanto todo, no equivale a la adición aritmética de los individuos que la componen. Así como la mera adición de individuos da lugar a una multitud de individuos, pero no a una sociedad, así también la adición de muchos bienes privados, e incluso de todos los bienes privados,

dará lugar a un bien privado de muchas personas o de todas las personas, pero no al bien común como tal (1).

La peculiaridad, o ser propio del bien común respecto del bien privado de los particulares, pónese de manifiesto en la concepción tomista de la justicia legal, distinta de la justicia distributiva y de la comunitativa. En la filosofía de Santo Tomás, la justicia se divide primariamente en justicia general y justicia particular, en cuanto que lo suyo que la justicia manda dar, puede ser lo suyo de la comunidad o del individuo. La justicia que se refiere a lo suyo de la comunidad es la justicia general (*iustitia generalis seu legalis*). La justicia que se refiere a lo suyo del individuo es la justicia particular (*iustitia particularis*).

Ahora bien: lo suyo del individuo puede serle debido por la comunidad o por otro individuo, en el primer caso resulta la justicia particular distributiva (*iustitia distributiva*), y en el segundo, la justicia comunitativa (*iustitia comunitativa*) (2).

En distintos pasajes de la *Summa* se insiste acerca de que el cometido de la justicia legal es ordenar las acciones de los individuos respecto del bien común (3).

(1) [Summa Theol., 2^a-2ae., q. 58, art. 7, ad 2: «Ad secundum dicendum, quod bonum commune civitatis et bonum singulare unius personae non differunt solum secundum multum et paucum, sed secundum formalem differentiam. Alia enim est ratio boni communis et boni singularis; sicut alia est ratio totius et partis. Et ideo Philos, in 1 Polit dicit, quod non bene dicunt, qui dicunt civitatem et domum, et alia huiusmodi differre solum multitudine et paucitate, et non specie»]

(2) [Summa Theol., 2^a-2ae., q. 61, art. 1: «Rcspondeo dicendum quod sicut dictum est (q. 58, a. 7 et 8), iustitia particularis ordinatur ad aliquam privatam personam, quae comparatur ad communitatem sicut pars ad totum. Potest autem ad aliquam partem duplex ordo attendi. Unus quidem pars ad partem cui similis est ordo unius privatae personae ad aliam. Et hunc ordinem dirigit comunitativa iustitia, quae consistit in his, quae mutuo fiunt inter duas personas adiuvicem. Alius ordo attendit totius ad partes. Et huic ordinem assimilatur ordo eius, quod est commune ad singulas personas. Quem quidem ordinem dirigit iustitia distributiva, quae est distributiva communis secundum proportionalitatem. Et ideo duas sunt iustitiae species, scilicet distributiva, vel comunitativa.]

(3) [Así, Summa Theol., 1^a-2ae., q. 113, a. 1: «Cum autem iustitia de sui ratione importe: quamdam rectitudinem ordinis, dupl. accepi potest. Uno modo, secundum quod importat ordinem rectum in ipso actu hominis et secundum hoc iustitia ponitur virtus quedam, sive sit particularis iustitia, quae ordinat actum hominis secundum rectitudinem in comparatione ad alium singularem hominem. sive sit iustitia legalis, quae ordinat secundum rectitudinem actus hominis in comparatione ad bonum commune multitudinis»—S. Th., 2^a-2ae., q. 58 a 6: «Justitia legalis dicitur esse virtus generalis, in quantum scilicet ordinat actus aliarum virtutum ad suum finem . in quantum ordinat actus omnium virtutum ad bonum commune. ita etiam iustitia legalis est quedam specialis virtus secundum suam essentiam, secundum quod respicit commune bonum, ut proprium obiectum. Et hoc modo loquendi iustitia legalis est idem in essentia cum omni virtute, differt autem ratione.»—S. Th., 2^a-2ae., q. 58 a 7 «Oportet praeter iustitiam legalem, quae ordinat hominem immediate ad bonum commune, esse alias virtutes quae immediate ordinant hominem circa particularia bona. ita etiam praeter iustitiam legalem oportet esse particulari quamdam iustitiam, quae ordinat hominem circa ea quae sunt ad alteram singularem personam.»—Commentaria in decem libros Ethicorum Aristotelis ad Nicomachum, lib. V, lect 2^a: «Justitia legalis includit omnem virtutem. Ex dictis manifestum est, in quo differunt virtus et iustitia legalis. Quia secundum substantiam est eadem, sed secundum rationem non est idem, sed per comparationem ad alterum dicitur iustitia. in quantum autem est habitus operativus talis boni, est simpliciter virtus. Hoc autem intelligendum est quantum ad ipsum actum iustitiae et virtutis. Actus enim idem subiecto producitur a iustitia legali et a virtute simpliciter dicta, puta non moechari, tamen secundum aliam et aliam rationem. Verum, quia ubi est specialis ratio obiecti etiam in materia generali, oportet esse specialem habitum. inde est, quod ipsa iustitia legalis est determinata virtus habens speciem ex hoc quod intendit ad bonum commune»]

La especialidad de la *iustitia legalis* como virtud, en cuanto que le corresponde un objeto especial, resulta también claramente cuando Santo Tomás considera como un vicio especial a la injusticia ilegal, opuesta a la justicia legal (1).

Ahora bien; que a la justicia legal corresponda un objeto peculiar y privativo de ella, sólo resulta aceptable en el supuesto de que el bien común, que constituye su objeto, tenga un ser propio, cualitativamente diferente del bien privado de uno, varios o muchos asociados.

El bien común es, según Santo Tomás, distinto del bien privado de los individuos; no se identifica con los bienes privados de éstos, y, sin embargo, se halla en una estrecha relación con ellos; de modo que quien procura el bien común procura también el suyo propio, y viceversa, lo que para cada cual debe ser su bien privado supone congruencia con el bien común (2).

Aun cuando entre el bien común y el bien privado se dé esta implicación mutua, no se encuentran ambos en un plano de igualdad. El bien común prima sobre el bien privado. Santo Tomás lo expresa de muchas formas y en muchas ocasiones, y sobre el asunto es posible recabar textos de las principales obras de Santo Tomás (3).

En distintas ocasiones, Santo Tomás afirma que el bien común es más divino que el bien de los individuos singulares (4). Esto ha de entenderse así: todas las cosas creadas reflejan de algún modo y en alguna medida la infinita perfección y el ser infinitamente valioso de Dios; pero en la comunidad política o humana, el ser y el valor de Dios tienen una expresión mayor. Pero aún hay otra razón filosófica general que aducir en favor de la superioridad de jerarquía del bien común con respecto al bien privado, y es que la mag-

(1) *Summa Theol.*, 2.ª-2ae., q. 59, ar. 1: «Iniustitia est duplex. Una quidem illegalis, quae opponitur legali iustitiae; et haec quidem secundum essentiam est speciale vitium, in quantum respicit speciale obiectum, scilicet bonum commune, quod contemnit...»]

(2) *Summa Theologica*, 2.ª-2ae., q. 47, a. 10, ad 2: «ille qui quaerit bonum commune multitudinis, ex consequenti etiam quaerit bonum suum, propter duo: primo quidem quia bonum proprium non potest esse sine bono communi vel familiae, vel civitatis, aut regni. Unde et Valerius Maximus dicit de antiquis Romanis quod malebant esse pauperes in divite imperio, quam divites in paupere imperio. Secundo, quia cum homo sit dominus, vel civitatis, oportet quod homo consideret, quid sit sibi bonum ex hoc quod est prudens circa bonum multitudinis. Bona enim dispositio partium accipitur secundum habitudinem ad totum: quia, ut August. dicit in lib. 3 Confess: Turpis est omnis pars suo toti non conveniens vel non congruens»]

(3) Así dice en una ocasión que el bien común es mejor que el bien de un individuo aislado: «... quod bonum commune sit melius, quam bonum unius» (*S. Th.*, 2.ª-2ae., q. 47, a. 10).—Lo mismo en el pasaje siguiente: «Bonum commune multitudinis quod praemunire bono unius singularis personae» (*S. Th.*, 2.ª-2ae., q. 58, a. 6, 3. *Praeterea*).]

(4) *Summa Theologica*, 2.ª-2ae., q. 31, a. 3 ad 2: «Ad secundum dicendum, quod bonum multorum commune divinius est, quam bonum unius»—*Summa contra Gentiles*, III, 17: «Praeterea bonum particulare ordinatur in bonum commune sicut in fine, esse enim partis est propter esse totius. Unde et bonum gentis est divinius quam bonum unius hominis...»]

nitud de un bien guarda correspondencia con el alcance de su validez (1).

Pero esta superioridad del bien común sobre el bien privado ha de entenderse, sin embargo, referida no a todos los valores y especies de valores de uno y otro bien, sino a aquellos valores que se alinean sobre un mismo plano. Por eso Santo Tomás dice expresamente que el bien común es mejor que el bien privado de uno solo, si uno y otro bien son de la misma especie, pues en caso de colisión entre bienes de especies diferentes, como, por ejemplo, entre bienes del orden natural y bienes del orden de la gracia, el bien del individuo resulta preferible y mejor que el bien de la comunidad. O sea, que en la esfera puramente temporal y mundana, el bien del individuo queda subordinado al bien común; pero el bien privado de orden espiritual o supramundano, la salud o salvación del alma individual, resulta supradordinada al bien común terrenal. Con ello queda cerrado por igual el paso a toda interpretación unilateralmente totalitaria o unilateralmente individualista del Estado (2).

A la comunidad política, como sociedad perfecta, le corresponde el grado superior en el orden de las formas sociales. En Santo Tomás no sólo está reconocida la subordinación del individuo—en cuanto individuo y no en cuanto persona—al Estado, mas también la subordinación a éste por parte de la familia (3).

En principio está, pues, admitido que la subordinación en calidad de miembro o parte social alcanza lo mismo al hombre individual que a las sociedades y agrupaciones humanas que viven en el seno de la comunidad política.

En general, los numerosos pasajes en que Santo Tomás habla del

(1) *Commentaria in decem libros Ethicorum Aristotelis ad Nicomachum*, lib. I, lectio 2^a: «Manifestum est enim, quod unaquaeque causa tanto prior est et potior quanto ad plura se extendit. Unde et bonum quod habet rationem causae finalis, tanto potius est quanto ad plura se extendit. Et ideo, si idem bonum est uni homine et toti civitati; multo videtur maius et perfectius suscipere, id est, procurare et salvare illud quod est bonum totius civitatis quam id quod est bonum unius hominis. Pertinet quidem ad amorem, qui debet esse inter homines, quod homo conservet bonum etiam uni soli homini. Sed multo melius et divinius est, quod hoc exhibeat toti genti et civitatibus. Vel aliquando amabile quidem est, quod hoc exhibeat uni soli civitati, sed multo divinius est, quod hoc exhibeat toti genti in qua multae civitates continentur. Dicitur autem hoc esse divinum, eo quod magis pertinet ad Dei similitudinem, qui est ultima causa omnium honorum».]

(2) *Summa Theologica*, 1.a-2ae. q. 113, a. 9 ad 2: «Ad secundum dicendum, quod bonum universi est maius, quam bonum particulare unius, si accipitur utrumque in eodem genere: sed bonum gratiae unius maius est, quam bonum naturae totius universi.» — *S. Th.*, 2.a-2ae. q. 152, a. 4 ad 3: «Ad tertium dicendum, quod bonum commune potius est bono privato, si sit eiusdem generis: sed potest esse, quod bonum privatum sit melius secundum suum genus.»]

(3) *Summa Theologica*, 1.a-2ae. q. 90, a. 3 ad 3: «Ad tertium dicendum, quod sicut homo est pars domus ita domus est pars civitatis, civitas autem est communitas perfecta, ut dicitur in I Politicorum (c. 1, to. 5). Et ideo sicut bonum unius hominis non est ultimus finis, sed ad commune bonum ordinatur: ita etiam bonum unius domus ordinatur ad bonum unius civitas, quae est communitas perfecta»]

bien común, nos hacen ver que lo concibe como *perfectic totius communitatis*, y que, desde ese punto de vista, tiene una elevada concepción del mismo, acentuándolo y sublimándolo con un sentido vigorosamente solidarista. un solidarismo ético de raíz personalista. La acentuación solidarista—en el sentido ético indicado—del bien común, lleva a Santo Tomás a establecer el mérito o el demérito de toda acción—ya se refiera directamente a la comunidad, a uno de sus miembros o al mismo sujeto que obra—. desde un doble punto de vista individual o social, es decir, en atención al bien o al mal que se causa directamente a otro sujeto o a sí mismo e indirectamente a la sociedad; o directamente a la sociedad e indirectamente a sus miembros (1).

Por razón del bien común, además de que por otras razones, queda prohibido el suicidio. Privarse de la vida a sí mismo es, según Santo Tomás, de todo punto de vista ilícito, por tres motivos. en primer lugar, porque se falta a la caridad, que nos manda amarnos a nosotros mismos; en segundo término, porque se falta a Dios y a la justicia, ya que la vida de cada uno es un don de Dios, y sólo a El pertenece el juicio de la muerte y de la vida, y en tercer orden, porque quitarse la vida constituye un acto antijurídico (*iniuriam communitatē facit*) respecto de la comunidad, a la cual pertenece el individuo como la parte al todo (2).

En los *Comentarios a la Ética nicomaquea*, interpreta Santo Tomás la costumbre bárbara de aquellos tiempos de dejar insepulto el cadáver del suicida, e incluso de arrastrarlo, como una reacción de la

(1) [Summa Theologica, 1a-2ae., q. 21, a 3. «Est autem considerandum, quod, unusquisque in aliqua societate vivens est aliquo modo pars, et membrum totius societatis. Quincunque ergo agit aliquid in bonum vel malum aliquis in societate existentis, hoc redundat in totam societatem, sicut qui laedit manum, per consequens laedit hominem. Cum ergo aliquis agit in bonum, vel malum alterius singularis personae, cadit ibi dupliciter ratio meriti vel demeriti. Uno modo secundum quod debetur ei retributio a singulari persona quam iuvat, vel offendit, alio modo, secundum quod debetur ei retributio a toto collegio. Quando vero aliquis ordinat actum suum directe in bonum, vel malum totius collegii, debetur ei retributio, primo quidem, et principaliter a toto collegio, secundario vero ab omnibus collegio partibus. Cum vero aliquis agit quod in bonum propium, vel malum vergit, etiam debetur ei retributio, in quantum etiam hoc vergit in commune, secundum quod ipse est pars collegii: licet non debetur ei retributio, in quantum est bonum, vel malum singularis personae, quae est eadem agenti, nisi forte a seipso, secundum quandam similitudinem, prout est iustitia hominis ad seipsum】]

(2) [Summa Theologica, 2a-2ae., q. 64, a 5. «Respondeo dicendum, quod seipsum occidere est omnino illicitum, triplici ratione. Primo quidem, quia naturaliter quaelibet res seipsum amat: et ad hoc pertinet, quod quaelibet res naturaliter conservat se in esse, et corruptientibus resistit, quantum potest. Et ideo quod aliquis seipsum occidat, est contra inclinationem naturaliem et contra charitatem, quia quaelibet debet seipsum diligere. Et ideo suipsum occidere semper est peccatum mortale, utpote contra naturalem legem, et contra charitatem existens. Secundo, quia quaelibet pars id quod est, est totius. Quilibet autem homo est pars communitatis, et ita id, quod est, est communitatis: unde in hoc quod seipsum interficit iniuriam communitatis facit. Tertio, quia vita est quoddam donum divinitus homini attributum, et eius potestatis subiectum, qui occidit, et vivere facit. Ea ideo qui seipsum vita privat, in Deum peccat: sicut qui alienum servum interficit, peccat in dominum, cuius est servus: sicut peccat ille, qui usurpat sibi iudicium de re sibi non commissa. Ad solum enim Deum pertinet iudicium mortis, et vitae】】

comunidad ofendida contra quien de modo tan radical y definitivo sustrae sus fuerzas y sus facultades a la comunal cooperación (1).

Así también, por razón del bien común, legítima Santo Tomás la pena de muerte (2).

Ahora bien: con respecto al bien común, se plantea aquí una cuestión interesante. Si el bien común es algo privativamente propio de la comunidad, algo independiente y cualitativamente diferente del bien privado, parece que este bien común no debe ser, según la cétera expresión de un neoescolástico, como "la caja común de dividendos de una sociedad por acciones, sino como el bienestar general del cuerpo social que influye sobre los miembros aislados y redonda en su provecho, comunicándoles fuerza y jugos, según es exigido en cada caso en vistas a su función respecto del todo" (3).

Que el bien común, aun concibiéndolo como lo privativamente propio de la comunidad e independiente y cualitativamente diferente del bien privado, redonda, según Santo Tomás, en beneficio de los particulares, es, desde luego, cosa indubitable, y el propio Santo Tomás se ha cuidado de aclararlo especialmente con un ejemplo tomado de Valerio Máximo, según el cual es "preferible ser pobre en un Estado rico que rico en un Estado pobre" (4).

Pero en otros muchos pasajes habla Santo Tomás de la distribución del bien común entre los particulares, viendo en ello precisamente el cometido de la justicia distributiva (5).

(1) *[Commentaria in decem libros Ethicorum Aristotelis ad Nicomachum*, lib. V, lectio XVII: «Videmus enim quod civitas interfert damnum quale possibile est, scilicet inhortationem sive vituperium ei qui occidit sepsum; puta quod faciat trahi cadaver eius, vel dimittit ipsum inseptum, ut per hoc detur intelligi quod ille fecit injuriam civitati»]

(2) *[Summa Theologica*, 2^a-2ae, q. 64, a 2: «Omnis autem pars ordinatur ad totum, ut imperfectum ad perfectum. Et ideo omnis pars naturaliter est propter totum. Et propter hoc videmus, quod si saluti totius corporis humani expediat praecisio alii cuius membra, puta cum est putridum, vel corruptivum aliorum membrorum, laudabiliter. et salubriter absconditur. Quaelibet autem persona singularis comparatur ad totam communitatem, sicut pars ad totum. Et ideo si aliquis homo sit periculosus communitate, et corruptivus ipsis propter aliquod peccatum, laudabiliter, et salubriter occiditur, ut bonum commune conservetur»] —S. Th., 2^a-2ae, q. 64, a 3: «Respondeo dicendum, quod sicut dictum est, occidere malefactorem licitum est in quantum ordinatur ad salutem totius communitatis»]

(3) *[Tischbirek: Ursprung und Träger der Staatsgewalt nach der Lehre des hl. Thomas*, 1923, pág. 65]

(4) *[Summa Theologica*, 2^a-2ae, q. 47, a 10]

(5) *[Summa Theologica*, 2^a-2ae, q. 61, a 1 et ad 3 et ad 4: «Iustitia distributiva, quae est distributiva communium secundum proportionem latitudinem»] «Ad tertium dicendum, quod actus distributionis, qui est communium bonorum, pertinet solum ad praesidentem communibus bonis; sed tamen iustitia distributiva est etiam in subditis, quibus distributur, in quantum scilicet sunt contenti iusta distributione. Quamvis etiam distributio quandoque fiat bonorum communium, non quidem civitatis, sed uni familiae, quorum distributio fieri potest auctoritate alii cuius privatae personae»] «Ad quartum dicendum, quod motus accipit speciem a termino ad quem. Et ideo ad iustitiam legalem pertinent ordinare ea, quae sunt privatorum personarum in bonum commune; sed ordinare e contrario bonum commune ad personas particulares per distributionem, est iustitiae particularis»] —S. Th., 2^a-2ae, q. 61, a. 2: «Respondeo dicendum, quod, sicut dictum est, in distributiva iustitia datur aliquid alicui privatae personae, in quantum id quod est totius, est debitum parti. Quod quidem tanto maius est, quando ipsa pars maiorem principalitatem habet in toto. Et ideo in distributiva iustitia tanto plus alicui de bonis communibus datur: quanto illa persona maiorem

No cabe duda de que en el bien común, tal como lo entiende Santo Tomás, hay algo que no se puede repartir, porque es el bien de toda la comunidad como tal: lo que podemos llamar un bien común colectivo, el cual redunda, no obstante, en bienestar de los individuos. Pero hay algo también cuyo destino es ser repartido justamente entre los particulares; por tanto, un bien común distributivo. La cuestión está clara; primeramente, por el sentido general de la doctrina; segundo, porque la propia terminología empleada por Santo Tomás espontáneamente algunas veces da a entender que sólo una parte del bien común se puede distribuir (1); tercero, porque el propio Santo Tomás con palabras expresas, distinguió dos clases de bien común (2).

Hay, pues, un bien común colectivo y un bien común distributivo.

Mediante ambas manifestaciones del bien común se cumple en el Estado aquel fin a que antes se ha aludido: *quod homines non solum vivant, sed quod bene vivant*: forjar una situación social básica en donde a todo hombre diligente sea accesible el bienestar material para que sobre él se pueda desarrollar la personalidad en la plenitud de sus posibilidades espirituales. En la respuesta al art. 2 de la *quaestio 61* (*S. Th. 2.ª-2ae*), señala Santo Tomás el criterio con que se debe proceder en la justicia distributiva: ese criterio es la preeminencia (*principalitas*). "Esta preeminencia—dice Santo Tomás—se determina en la comunidad aristocrática por la virtud: en la oligárquica, por las riquezas, y en otras, de otra manera." La fórmula ha quedado abierta para su adaptación a situaciones históricas a que no podía alcanzar la experiencia de Santo Tomás. Por tanto, en sociedades donde, por culpa de su organización, grandes masas de hombres han sido

habet principalitatem in communitate. Quae quidem principalitas in aristocratica communitate attenditur secundum virtutem, in oligarchica secundum divitias; in democratica secundum libertatem; et in aliis alter.»—*S. Th. 2.ª-2ae.*, q. 61, a. 3, *præterea* 2. «*Distributio, quae pertinet ad iustitiam distributivam, est pecuniae, vel honori, vel aliorum, quaecunque disparit: possunt inter eos, qui civitate communicant, ut dicitur in 5 Ethicorum ..»*]

(1) *Summa Theologica*, 2.ª-2ae, q. 61, a. 1, ad 2. «*Et, ita cum ex bonis communibus aliquid in singulos distribuitur.*»—*S. Th. 2.ª-2ae.*, q. 61, a. 2. «*Et ideo in distributiva iustitia tanto plus alicui de bonis communibus datur ..*»

(2) *Summa Theologica*, 2.ª-2ae, q. 39, a. 2, ad 2. «*Ad secundum dicendum, quod sicut bonum multitudinis est maius, quam bonum unius, qui est de multitudine; ita est minus, quam bonum extrinsecum ad quod multitudo ordinatur.*» Refiriéndose a este pasaje, comenta Fernández Alvar, *La ley en Santo Tomás de Aquino*, Editorial Labor, Barcelona, 1936, pág. 142. «*Señala, además de ese bien común de los individuos como colectividad, otro bien común extrínseco, que es aquel fin que persigue o al que se ordena la colectividad como tal, y que existe en la mente e intención del que la gobierna.*» «*Según esto, podremos señalar dos bienes comunes: uno, distributivo—el bien común de los individuos formando sociedad, o de la sociedad como ayuda y perfección de los individuos que la componen—, y otro, colectivo, la conservación de la sociedad misma como perfeccionadora de la especie humana.* Uno y otro son bienes comunes, el primero lo es de los individuos, pero en cuanto forman una sociedad; el otro lo es de la sociedad en cuanto sociedad. Y así como el bien privado debe estar subordinado al bien común distributivo, así éste lo debe estar al bien común colectivo.»

hundidas en la depauperación, cerrándoseles toda ventana sobre la faceta riente de la vida, esa preeminencia ante la justicia distributiva debe ser su propia miseria y su desgracia. Si Santo Tomás viviera en nuestra época, la potencia maravillosa e impar de su razón disecaría la sociedad moderna, y serena, pero virilmente, como en su época lo hizo con la tiranía, denunciaría cual el mayor enemigo del bien común ese moderno engendro monstruoso que se llama capitalismo, y proclamaría a los cuatro aires, como la más grande injusticia, aquella consecuencia del mismo que se llama proletarización de las masas de gente trabajadora, es decir, su desvinculación de los beneficios de la economía, de la cultura y de la espiritualidad. Aquel Santo Tomás que en su *Tratado de la justicia y del derecho* sostiene (S. Th.; 2º-2ae, q. 66, a 77) que la división y apropiación de las cosas procede del derecho humano, y que los bienes superfluos de algunos hombres eran debidos por derecho natural al sostentamiento de los pobres (*ex naturali iure debentur pauperum sustentationi*): aquel Santo Tomás que en ese mismo tratado recordaba a los hombres las palabras de San Ambrosio: "De los hambrientos es el pan que tú retienes: de los desnudos, la ropa que tú guardas: y redención y liberación de desgraciados, el dinero que atesoras", ese mismo Santo Tomás consideraría equivocada e imprudente la acción de un Estado que, como el moderno, ve su misión en mantener a los hombre en aquella propiedad en que se encuentran, en vez de situar a cada uno en la que por justicia le correspondería.

Esto nos lleva a bosquejar la concepción de Santo Tomás acerca de la propiedad.

Cuando se trata de indagar la concepción del Aquinate sobre la propiedad, se hace necesario considerar ante todo que uno de los primeros preceptos de la ley natural impone al hombre el deber de la propia conservación y el de atender a los cuidados de la prole (1).

En consecuencia, debe corresponder al hombre el derecho de procurarse aquellos bienes necesarios para su subsistencia y para la de su familia. No es posible concebir una vida humana sin esa facultad de procuración de lo que es necesario para subsistir. El puesto mismo que el hombre ocupa en el Cosmos, presta fundamento a dicha facul-

(1) *[Summa Theologica, 1a-2ae, q. 94, a. 2. «Secundum igitur ordinem inclinacionum naturalium, est ordo praeceptorum legis naturae. Inest enim primo inclinatio homini ad bonum secundum naturam in qua communicat cum omnibus sustentatis: prout scilicet quaelibet substantia appetit conservationem sui esse secundum suam naturam. Et secundum hanc inclinationem, pertinent ad legem naturalem ea per quae vita hominis conservatur, et contrarium impeditur. Secundo inest homini inclinatio ad aliqua magis specialia, secundum naturam in qua communicat cum ceteris animalibus. Et secundum hoc dicuntur ea esse de lege naturali quae natura omnia animalia docuit, ut est coniunctio maris et feminae, et educatio liberorum et similia.]*

tad. Señor eminentíssimo, dueño absoluto del Universo, lo es, claro está, únicamente Dios que lo ha creado. Por eso Dios es, al mismo tiempo que Creador, el fin supremo de todas las cosas y seres. Pero a la perfección de Dios repugna ser fin de todo lo creado sin beneficio para las criaturas. Para las criaturas irracionales, ese beneficio está en que Dios las hizo partícipes de la propia perfección divina, convirtiéndolas, por ende, en bienes. Para el hombre, en cambio, dicho beneficio consiste en haber sido hecho a imagen y semejanza de Dios, en haberle sido conferida la mayor dignidad y el más elevado puesto en el Cosmos. Así como Dios es el fin último de todo lo creado, el hombre es por voluntad divina el fin inmediato de todas las cosas y seres irracionales. El hombre fué erigido por Dios en señor de todo lo creado irracional, de la naturaleza orgánica y de la inorgánica, puestas y dispuestas para su utilidad y beneficio, según un orden que el hombre no debe olvidar ni infringir. Este dominio natural sobre las criaturas irracionales compete al hombre en méritos de su razón, que es imagen de Dios, y le fué otorgado en el acto de su creación, conforme a las palabras del Génesis (I, 26): "Hagamos al hombre a imagen y semejanza nuestra, y señoree a los peces del mar y a las aves de los cielos, y a las bestias, y en todo el orbe, y en todo animal que se arrastra sobre ella".

Sólo Dios tiene el dominio eminentíssimo de todas las cosas creadas. y El mismo providentemente las ordenó a la sustentación del hombre, si bien hizo esto sólo en cuanto al uso. Pues, en efecto, las cosas pueden ser consideradas desde dos puntos de vista: uno, en cuanto a su naturaleza o sustancia, la cual únicamente está sujeta a Dios, no al hombre; y otro, en cuanto al uso, y en este sentido corresponde al hombre el dominio de las mismas, puesto que en virtud de su razón y de su voluntad puede usar de ellas para su utilidad (1).

(1) *Summa Theologica*, 2^a-2ae, q. 66, a. 1, et ad 1: «Respondeo dicendum, quod res exterior potest dupliciter considerari. Uno modo quantum ad eius naturam, quae non subiacet humanae potestatis, sed solum divinae, cui omnia ad nutum obediunt. Alio modo quantum ad usum ipsius rei, et sic habet homo naturale dominium exteriorum rerum: quia per rationem et voluntatem potest uti rebus exterioribus ad suam utilitatem, quasi propter se factis, semper enim imperfectionaria sunt propter perfectionia. Et ex hac ratione Philos. probat in I. Polit. (c. 5, t. 5) quod possessio rerum exteriorum est homini naturalis. Hoc autem naturale dominium super caeteras creaturas, quod competit homini secundum rationem, in qua imago Dei consistit, manifestatur in ipsa hominis creatione Genes, I ubi dicitur: «Faciamus hominem ad imaginem et similitudinem nostram et praiescit piscibus mariis» etc Ad primum ergo dicendum, quod Deus habet principale dominium omnium rerum; et ipse secundum suam providentiam ordinavit quasdam res ad corporalem hominis sustentationem. Et propter hoc homo habet naturalem rerum dominium, quantum ad potestatem utendi ipsis» (Véase S. Th., 2^a-2ae, q. 64, a. 1, y muy especialmente I, q. 65, a. 1, et ad 1, et ad 2). Asimismo, *Summa contra Gentiles*, III, 112: «Inter omnes autem partes universi nobiliores sunt intellectuales creaturae: quia magis ad similitudinem divinam accedunt naturae ergo intellectuales sunt propter se a divina providentia procuratae: alia vero omnia propter ipsas. Videmus quod substantia intellectualis omnibus aliis utitur propter se vel ad intellectus perfectionem, quia in eis veritatem

Pero con lo anterior no tenemos más que un fundamento de principio del dominio en general. Sobre todo, queda sin resolver la cuestión más importante: la de saber la forma que ha de adoptar la propiedad, si ha de ser privada o común.

En la patrística y en los prétomistas, en general, pesó mucho el comunismo de Platón. Por regla general, en este periodo se consideró el régimen de comunidad de bienes como una situación propia del estado perfecto de la vida humana. San Ambrosio, Graciano, Guillermo de Auxerre y San Buenaventura, por ejemplo, defendieron el comunismo para el estado original de inocencia. Si se admite la propiedad privada como una institución de derecho natural, se hace referencia entonces al derecho natural enturbiado u oscurecido de la naturaleza humana caída, no al puro derecho natural, correspondiente a la naturaleza del hombre en el estado de inocencia. Ocurre con la propiedad lo que con la esclavitud y con el poder coactivo del Estado: supuesto suyo es el pecado. También San Agustín participó de esta doctrina: en una sociedad donde reinase la justicia pura, donde el mal, el pecado y la codicia no existiesen, no habría lugar a plantear la cuestión de la propiedad porque todo sería de todos. Este ideal de vida en común es el que corresponde a la *Ciudad de Dios*. Pero en la *Civitas terrena* la propiedad privada resulta, a los ojos de San Agustín, conforme al orden natural condicionado por el pecado. Estas ideas influyeron también sobre Santo Tomás, al que sin razón, lo mismo que a San Agustín, algunos catalogan decididamente entre los partidarios del comunismo de bienes (1).

Ciertamente, Santo Tomás dice en una ocasión que, en el estado de inocencia, las voluntades de los hombres eran ordenadas hasta el punto de ser posible, sin peligro de discordia, el goce común de los bienes externos: caída la naturaleza humana, en cambio, la comunidad de bienes se convirtió en motivo de querellas, y por eso fué necesario introducir la propiedad privada (2).

speculatur vel ad suae virtutis executionem, et scientiae explicationem ad modum quod artificex explicat artis sua conceptionem in materia corporali vel etiam ad corporis sustentationem. quod, est unitum animae intellectus, sicut in hominibus patet. manifestum est igitur, quod propter substantias intellectuales omnia alia divinitus prouidentur. Per hoc autem quod dicimus substantias intellectuales propter se a divina providentia ordinari non intelligimus quod ipsa ulterius non referantur in Deum et ad perfectionem universi, sic igitur propter se procurari dicuntur et alia propter ipsa, quia bona quae propter divinam providentiam fortiuntur, non eis sunt datae propter alterius utilitatem: quae vero alii dantur, in eorum usum ex divina ordinatione cedunt. Hinc est quod dicitur. Deuteron. 4: «Ne videas solem et lunam et caetera astra et errore deceptum adores ea quae creavit dominus Deus tuus in ministerio cunctis gentibus quae sub caelo sunt»; et in Psalmo dicitur. «Omnis subiecisti sub pedibus eius aves et boves, universas insuper et pecora campi» (Véase también *Summa contra Gentes*, III, 22, 113, 127, 129, 132, 135).

(1) Así M. Maurenbrecher: *Thomas von Aquinas Stellung zum Wirtschaftsleben seiner Zeit*, 1898, págs. 97-98 y 112-113.—Wiclef. *De civili dominio*, I, 5.1

(2) *Summa Theologica*, I, q. 98, a. 1, ad. 3. «Ad tertium dicendum, quod in

Desde luego, 'desde el punto de vista del derecho natural, la propiedad privada de los bienes no resulta exigida ni es tampoco rechazada. Si se dice que es de derecho natural la comunidad de bienes, esto habrá de entenderse, no en el sentido de que la naturaleza humana incline a ella—como, por ejemplo, inclina a no hacer a otro injuria—, sino en el de que la naturaleza no induce a lo contrario, en el de que por naturaleza las cosas están ordenadas a ser objeto del dominio del hombre en general, aun cuando sin que sea hecha distinción entre unos hombres poseedores y otros desposeídos. La naturaleza no prescribe la distinción y división de las propiedades; es la razón del hombre quien la introduce para utilidad de la vida humana. La comunidad de bienes se puede considerar de derecho natural, porque éste no establece distinción alguna de propiedades; pero no porque el derecho natural mande que todas las cosas sean poseídas en común y que nada se deba poseer como propio. La distinción y división de las propiedades existe más bien por un acuerdo humano de derecho positivo. Ahora bien: la propiedad privada no es contraria al derecho natural, y aun cuando éste no la prescriba, tampoco la repugna. Lo único que repugna al derecho natural y a la ley eterna es, sin duda de ninguna clase, que unos hombres estén absolutamente desposeídos, que les falte incluso lo más indispensable para vivir, mientras que otros son poseedores en medida superabundante. Esto, desde luego, es contrario a la ley de Dios y clama al cielo, y puede tener un día su debido castigo. Pero la propiedad privada, entendida como un derecho general humano, no repugna al derecho natural, y aun cuando éste no la prescriba, puede considerarse como añadida al mismo por la razón o invención humana. El derecho de propiedad privada supone una mutación, por adición, de la ley natural: constituye una derivación del derecho natural por *determinación*, no por *deducción*. Propiamente hablando, la propiedad es una institución de derecho de gentes. Desde el punto de vista del derecho natural, nada se puede *deducir* ni en favor ni en contra de la propiedad privada, ni tampoco se puede afirmar que el derecho natural prescriba la comunidad de bienes. La propiedad privada es una invención humana, una convención social útil, un aditamento de la razón a la ley natural, y en este sentido algo sancionado por ella. Es decir, que habiéndose conven-

statu isto, multiplicatis dominis, necesse est fieri divisionem possessionum: quia communitas possessionis est occasio discordiae. Sed in statu innocentiae fuissent voluntates hominum sic ordinatae: quod absque omni periculo discordiae communiter usi fuissent, secundum quod unicuique eorum competeteret, rebus, quae eorum dominio subdebat, cum hoc etiam modo apud multos bonos viros observetur »)

cido los hombres de que, perdido el estado de inocencia, resultaba imposible prácticamente vivir en un régimen de comunidad de bienes, reconocieron y acordaron la conveniencia de establecer la propiedad privada. Esta es, por consiguiente, una institución de derecho positivo justo. Su fundamento es la ley humana, el acuerdo de los hombres (1).

Con resonancias claramente aristotélicas, Santo Tomás despliega una argumentación racional para justificar la propiedad privada. Mas en la propiedad privada, tal como Santo Tomás la concibe, queda siempre destacado su sentido comunal, su función social, en un sentido mucho más enérgico de lo que puedan admitirlo las teorías modernas que han tratado de corregir los excesos a que condujo el régimen de propiedad privada del capitalismo moderno. En efecto, Santo Tomás distingue un doble punto de vista en el derecho de propiedad. Bajo un primer aspecto, hay que considerar en la propiedad la adquisición y administración de las cosas externas, y desde este punto de vista se fundamenta la propiedad en las razones siguientes: 1.º, que el hombre despliega más diligencia en lo que a él personal y privadamente le pertenece que en lo que es de dominio común; 2.º, que existe una administración más ordenada de las cosas humanas cuando a cada cual incumbe el cuidado de sus propios intereses que cuando cada cual debe cuidarse de todo indistintamente; 3.º, que la posesión común de los bienes es fuente de discordia, mientras que la distribución de la propiedad fomenta la paz social. Bajo un segundo aspecto hay que considerar en la propiedad el uso o el disfrute mismo, y

(1) *[Summa Theologica, 1.ª-2ae., q. 95, a. 2: «Omnis lex humanus posita intantum habet de ratione legis, inquantum a lege naturae derivatur. Si vero in aliquo a lege naturali discordet, iam non erit lex, sed legis corruptio. Sed sciendum est quod a lege naturali dupliciter potest aliquid derivari: uno modo, sicut conclusiones ex principiis. alio modo, sicut determinationes quaedam aliquorum communium.»]—S. Th., 1.ª-2ae., q. 94, a. 5, ad. 3º: «Aliquid dicitur esse de iure naturali dupliciter. Uno modo, quia ad hoc natura inclinat; sicut non esse iniuriam alteri faciendum. Alio modo, quia natura non induxit contrarium; sicut possemus dicere quod hominem esse nudum est de iure naturali, quia natura non dedit ei vestitum, sed ars adiumentum. Et hoc modo communis omnium possessio, et omnium una libertas dicitur esse de iure naturali: quia scilicet distinctio possessionum et servitus non sunt inductae a natura, sed per hominum rationem ad utilitatem humanae vitae. Et sic in hoc lex naturae non est mutata nisi per additionem;»—S. Th., 2.ª-2ae., q. 66, a. 2, ad. 1º: «Communitas rerum attribuitur iuri naturali: non quia ius naturale dictet omnia esse possidenda communiter, et nihil esse quasi proprium possidendum: sed quia secundum ius naturale non est distinctio possessionum, sed magis secundum humanum conditum, quid pertinet ad ius positivum. Unde proprietas possessionum non est contra ius naturale, sed iuri naturali superadditur per adinventionem rationis humanae»]—S. Th., 2.ª-2ae., q. 66, a. 7: «Respondeo dicendum, quod ea, quae sunt iurius humani, non possunt derogare iuri naturali, vel iuri divino. Secundum autem naturalem ordinem ex divina providentia institutum, res inferiores sunt ordinatae ad hoc, quod ex his subveniant hominum necessitatibus. Et ideo per rerum divisionem, et appropriationem ex iure humano procedentem»]—S. Th., 2.ª-2ae., q. 57, a. 2, ad. 2: «Voluntas humana ex communi condicione potest aliquid facere iustum in his, quae secundum se non habent aliquam repugnantiam ad naturalem iustitiam. Et in his habet locum ius positivum.. sed si aliquid de se repugnantiam habeat ad ius naturale, non potest voluntate fieri iustum.» (Véase también S. Th., 2.ª-2ae., q. 57, a. 2 y 5.)]*

desde este punto de vista no puede tener el hombre las cosas como propias exclusivamente, sino como comunes a todos, de modo que generosamente se pueda comunicar su uso a quienes las necesitan (1).

Es decir, que en el concepto tomista de la propiedad, hay un sentido indudablemente solidarista. Santo Tomás no es comunista, pero está muy lejos de la concepción egoísta y exclusivista que la propiedad tiene en la moderna sociedad capitalista. El propietario privado es, a los ojos de Santo Tomás, un administrador que no puede disponer arbitrariamente de las cosas puestas bajo su cargo sin tener en cuenta los fines que Dios ha asignado a los bienes externos. La propiedad de los bienes no destinados inmediatamente a la satisfacción de la propia subsistencia, no constituye un derecho absoluto y sin límites, sino que tiene que cumplir una función social indeclinable que obliga al propietario a utilizar su propiedad en beneficio común. Según el orden natural fijado por la Divina Providencia las cosas inferiores están ordenadas al fin de proveer las necesidades de los hombres; de modo que la división y la apropiación de las cosas, procedente del derecho humano, no suprime el deber de subvenir con ellas a las necesidades de los hombres, y así los bienes que se poseen con superabundancia son debidos por derecho natural al sostenimiento de los pobres (2).

Por la misma razón, no sólo no delinque quien en estado de necesidad se adueña de bienes ajenos para atender a su propio sustento, sino que ni siquiera queda obligado a restituir, aun cuando ulteriormente pase a mejor fortuna (3).

(1) *Summa Theologica*, 2^a-2ae, q. 66, a. 2 «Respondeo dicendum, quid circa rem exteriorem duo competit homini. Quorum unum est potestas procurandi, et dispensandi; et quantum ad hoc licitum est quod homo propria possideat. Est etiam necessarium ad humanam vitam, propter tria. Primo quidem, quia magis sollicitus est unusquisque ad procurandum aliquid, quod sibi soli competit, quam id, quod est commune omnium, vel multorum, quia unusquisque laborem fugiens, relinquit alteri id, quod pertinet ad communem, sicut accidit in multitudine ministrorum. Alio modo, quia ordinatus res humanae tractantur, si singulis immineat propria cura aliquius rei procurandae, esset autem confusio, si quilibet indistincte quilibet procuraret. Tertio, quia per hoc magis pacificus status hominum conservatur, dum unusquisque re sua contentus est, unde videmus, quod inter eos qui communiter, et ex indiviso aliquid possident, frequenter iuris oruntur. Aliud vero quod competit homini circa res exteriore res est usus ipsarum. Et quantum ad hoc non debet homo habere res exteriore ut proprias, sed ut communes; ut scilicet de facili aliquis eas communicet in necessitate aliorum.»

(2) *Summa Theologica*, 2^a-2ae, q. 66 a. 7 «Respondeo dicendum quod ea, quae sunt iuri humani, non possunt derogare iuri naturali, vel iuri divino. Secundum autem naturalem ordinem ex divina providentia institutum, res inferiores sunt ordinatas ad hoc quod ex his subveniatur hominum necessitatibus. Et ideo per ieiunum divisionem et appropriationem ex iure humano procedentem, non impeditur quin hominis necessitatibus sit subveniendum ex huius modi rebus. Et ideo res, quas aliqui superabundanter habent, ex naturali iure debentur pauperum sustentacioni. Unde Ambrosius dicit (serm. 64 de Temp.) et habetur in Decret. dist. 47 (cap. Sicut in) «Esaurientum panis est, quem tu detines, nudorum indumentum est quod tu recludis, miserosorum redemptio, et absolutio est pecunia, quam tu in terram defodis.» Sed quia multi sunt necessitatibus patientes et non potest ex eadem re omnibus subveniri, committitur arbitrio unusquisque dispensatio propriorum rerum, ut ex eis subveniat necessitatibus patientibus.»

(3) *Summa Theologica*, 2^a, q. 32, a. 7, ad 3: «Ad tertium dicendum, quod in

Pero aún es más: la concepción que Santo Tomás tiene de la propiedad le lleva a no limitar la función del Estado a la mera protección y mantenimiento de cada cual en el estado de propiedad en que se encuentra. Y, en efecto, Santo Tomás asigna al Estado la misión de atribuir a cada hombre aquella propiedad que, según la justicia, le correspondería. Muchos Estados—observa Santo Tomás—han perecido a causa de un régimen de propiedad desigual, y para evitarlo deben adoptarse medidas oportunas, como, por ejemplo, un régimen sucesorio adecuado y la distribución equitativa de la propiedad (1).

Si el derecho de propiedad privada tiene fundamentos de justicia, los abusos que a su amparo hayan podido cometerse no deben significar su destrucción. Pero al Estado compete reponer esta institución a sus justas bases. León XIII y Pío XI han apuntado de manera expresa a esta misión del Estado. Concretamente, Pío XI, haciendo suya

casu extremae necessitatis omnia sunt communia. Unde dicet ei, qui talem necessitatem patitur, accipere de alieno ad sui sustentationem, si non inveniat qui sibi dare velit.»—*S. Th.* 2^a-2ae. q. 66, a. 7 et ad 2. «Si tamen adeo sit evidens et urgens necessitas ut manifestum est instanti necessitatib; de rebus occurrib; esse subveniendum (puta cum imminet personae periculum, et aliter subvenire non potest), tunc licet potest aliquis ex rebus alienis suaee necessitatib; subvenire, sive manifeste, sive occulte sublati nec hoc proprie habet rationem furti vel rapinae»—«Ad secundum dicendum, quod uti re aliena occulte accepta in casu necessitatis extremae, non habet rationem furti, proprie loquendo; quia per talem necessitatem efficitur suum id, quod quis accipit ad sustentandam propriam vitam»—*S. Th.* 2^a-2ae. q. 187, a 4. «Debitum autem est alicui aliquid dupliciter. Uno modo propter necessitatem, quae facit omnia communia »]

(1) «*De regimine principum*, lib. I c. 13. «Ulterius autem oportet homines congregare, qui sunt congruis locis secundum sua officia deputantur. Demum vero prvidendum est, ut singulis necessaria suppetant secundum uniuscuiusque constitutionem et statum, aliter enim nequaquam possent regnum vel civitas commanere. Haec igitur sunt ut summarie dicatur quae ad regis officium pertinent in institutione civitatis, regni ex similitudine institutions mundi assumpta»—*S. Th.* 1^a-2ae. q. 105, a 2 et ad. 3. «Et quia per possessionem irregularitatem plures civitates destruuntur, ideo circa possessiones regulandas trip'lex remedium lex adhibuit Unum quidem, ut secundum numerum hominum aequaliter dividerentur. Aliud remedium est ut possessiones non in perpetuum alienentur, sed certo tempore ad suos possessores revertatur, ut non confundantur sortes possessionum. Tertiū remedium est ad huiusmodi confusionem tollendam, ut proximi succedant morientibus, primo quidem gradu filius, secundo autem filia, tertio fratres; quarto patrui, quinto quicunque propinquui.»—«Regulatio possessionum multum confert ad conservationem civitatis, vel gentis. Unde apud quasdam Gentilium civitates statutum fuit, ut nullus possessionem vendere posset, nisi pro manifesto detramento. Si enim passim possessiones vendantur, potest contingere quod omnes possessiones ad paucos deveniant, et ita necesse erit, civitatem vel regionem habitatoribus evacuari. Et ideo lex vetus ad huiusmodi periculum removendum sic ordinavit, quod et necessitatibus hominum subveniretur, concedens possessionem venditionem usque ad certum tempus; et tamen periculum removit, praecipiens ut certo tempore possessione vendita ad vendentem rediret, et hoc instituit, ut sortes non confundentur, sed semper remaneant eadem distinctio determinata in tribub; Quia vero domus urbanae non erant sorte distinctae, ideo concessit, quod in perpetuum vendi possent, sicut et mobilia bona. Non enim erat statutus numerus domorum civitatis sicut erat certa mensura possessionis ad quam non addebatur. Poterat autem aliquid addi ad numerum domorum civitatis. Domus vero, quae non erant in urbe, sed in villa muros non habente, in perpetuum vendi non poterant, quia huiusmodi domus non construuntur nisi ad cultum et ad custodiā possessionem.»—*S. Th.* 2^a-2ae. q. 118, a 4. «In omnibus autem quae sunt propter finem bonorum consistit in quadam mensura, nam ea quae sunt ad finem, necesse est commensurari sibi sicut medicina commensuratur sanitati. Bona autem exteriora habet rationem utilium ad finem, sicut dictum est. Unde necesse est, quod bonum hominis circa ea consistat in quadam mensura, dum scilicet homo secundum aliquam mensuram quaeque habere exteriores divitias, prout sunt necessarie ad vitam eius secundum suam conditionem. Et ideo in excessu huius mensurae consistit peccatum, dum scilicet aliquis supra debitum modum vult eas acquirere, vel retinere, quos pertinet ad rationem avaritiae.»]

la doctrina de Santo Tomás sobre el carácter insnaturalista relativo del derecho de propiedad privada, ha indicado de un modo claro que la propiedad no es una institución inmutable y que la Iglesia no se solidariza con ninguna forma de propiedad condicionada históricamente.

Comentando la conocida frase de Proudhon, según la cual "la propiedad es un robo", ha dicho el famoso obispo Ketteler que, mientras en ella haya una parte mínima de verdad, tendrá fuerza suficiente para trastornar radicalmente el orden del mundo, porque, en efecto, Dios ha concedido a los hombres los bienes de la tierra para utilidad de todos y no para provecho de unos cuantos. Hace unos treinta años un escritor católico, Augusto Bechaux, pudo decir que si San Pablo volviese al mundo, se dirigiría, antes que a nadie, a los obreros, y Santo Tomás enseñaría economía política, y San Francisco de Sales fundaría sindicatos. Pensando en Santo Tomás, podríamos decir que los sentimientos de solidaridad y de justicia de quien fué poeta de la Eucaristía, moverían hoy más de una vez la pluma del Aquinate para amonestar a una sociedad traspasada hasta sus tuétanos por el egoísmo, y para que en ella no se continuase abonando el terreno de la incredulidad, porque será incapaz de ver su destino en el Cielo la gran masa de hombres a quienes sus semejantes niegan todo sitio en la tierra, y de sentir los consuelos de la religión en el alma quienes nunca sintieron otros más elementales en sus cuerpos.

EUSTAQUIO GALÁN Y GUTIÉRREZ.

Doctor en Derecho

BIBLIOGRAFIA

- S. MICHEL: *La notion thomiste du bien commun*, París, 1932.—L. LACHANCE. *L'Humanisme politique de Saint Thomas*, París, 1932.—C. FERNÁNDEZ ALVAR: *La Ley. Santo Tomás de Aquino*, Barcelona, 1936.—L. RECASÉNS SICHES: *La filosofía del Derecho*, de F. Suárez, con un estudio previo sobre sus antecedentes en la Patristica y en la Escolástica, Madrid, 1928.—JOSÉ M. GALLEGOS ROCAFULL: *El orden social, según la doctrina de Santo Tomás de Aquino*, Madrid, 1935.—ALFREDO MENDIZÁBAL: *La doctrina de la justicia, según la «Summa Theologica»*, (Revista de la Universidad de Zaragoza, 1925)—H. MEYER. *Thomas von Aquin*, Bonn, 1938.—P. TISCHLEDER: *Ursprung und Träger der Staatsgewalt nach der Lehre des hl. Thomas und seiner Schule*, 1923.—H. M. HERRING: *De genuina notione iustitia generalis seu legalis iuxta S. Thomam*. (*Angelicum*, enero de 1937)—R. KAIBACH: *Das Gemeinwohl und seine ethische Bedeutung*, 1928.—J. GEMMEL: *Die iustitia in der Lehre des h. Thomas*, 1937.—FR. WALTER: *Das Eigentum nach der Lehre des h. Thomas von Aquin und des Sozialismus*, 1895.—FR. SHAUB: *Die Eigentumslehre nach Thomas von Aquino und aem modernen Sozialismus*, 1898.—P. J. PÉREZ GARCÍA: *De principiis iunctionis sociale proprietatis privatae apud div. Thomam Aquinatem*, Friburgo (Suiza), 1924.—A. HORVATH, O. P.: *Eigentumsrecht nach dem hl. Thomas von Aquin*, Graz, Moser, 1929.—J. TONNEAU: *Propriété, en el tomo XIII. 757-846, del Dictionnaire de théologie catholique*.—J. MARI-TAIN. *Les droits de l'homme et la loi naturelle*, Nueva York, 1942.

El procedimiento ejecutivo en caso de remate de inmuebles. - Edictos. - Precio. - Liquidación de cargas. - Subrogación. - Principio de cobertura (1)

SUMARIO: 9º Aceptación (no muy fundada) del nuevo sistema. Reparos. Memoria de los Registradores (1929) Propuesta de correcciones.—10º Especial propuesta de deducción de cargas antes de la subasta.—11º Precedente utilísimo en la misma ley Procesal.—12º Diferencia decisiva entre ambos procedimientos.—13º Edictos.—14º Deudas pagadas, cargas no canceladas; hipotecas sin contenido o de contenido oscilante.

9º ACEPTACIÓN (NO MUY FUNDADA) DEL NUEVO SISTEMA.—REPAROS. — MEMORIA DE LOS REGISTRADORES (1929). — PROPUESTA DE CORRECCIONES.

Los Registradores, en general, se muestran partidarios del procedimiento nuevo (en oposición al de la ley Procesal) por las dos ventajas de "brevedad en la tramitación" y "régimen de subsistencia de cargas"; y llega el entusiasmo hasta el extremo de afirmar que el régimen de subsistencia, al ser aplicado también al procedimiento ordinario, arrastra la derogación del artículo 1.511 de la ley Procesal (error que ya hemos puesto de manifiesto). Algunos Registradores, sin embargo, entienden que era más racional el sistema de la ley de Enjuiciamiento civil (tasación pericial, *subasta de la finca por su verdadero valor*, y después, "en su día—dicen—se deducirán del precio del remate las cargas que según la ley han de quedar subsistentes"). Estos parecen que habían visto claro en el asunto; probablemente son los mismos que expusieron los inconvenientes que el nuevo sistema encerraba y las dificultades que surgieron sobre determinación del valor definitivo de las hipotecas pre-

(1) Véase el número anterior de esta REVISTA.

ferentes (intereses, costas, hipotecas de máximo, hipotecas de contenido dudoso. "¿Cómo se cifraba todo esto y quién lo cifraba?")

Uno de los Registradores afirmaba que "los Jueces habían de tropezar en algunos casos con serias dificultades para determinar el importe de las cargas preferentes cuando se creyeran obligados a ello. El resumen de las Memorias no contiene ampliación alguna sobre qué casos serían los en que los Jueces se creyeran obligados a tal determinación, tratándose del procedimiento *sumario*. En ese procedimiento no hay problema: el rematante ofrece la cantidad que ofrece y, además, pecha con las cargas preferentes (sean las que sean). ¿Qué necesidad tendrá, pues, el Juez de determinar tales cargas en ese procedimiento? ¿Se referirá el Registrador a aquella práctica viciosa consistente en que algunas veces se admitía la consignación del importe de las cargas preferentes, fundándose los Jueces para hacerlo en que "al no estar prohibido, puede depositarse el importe del crédito garantido y, una vez consignado, ordenar la cancelación"? (1). ¿O es que se refería a la diligencia de liquidación de cargas en el procedimiento del juicio ejecutivo, en el procedimiento de *apremio*, no en el *sumario*?

Los Registradores, en sus preferencias por el nuevo sistema, llegan a proponer que se declare forzoso u obligatorio el procedimiento sumario para todos los casos de ejecución y que se derogue el procedimiento ordinario. Como excepción entre ellos, el de Cuenca opta por el procedimiento sumario "solamente en los casos de crédito *líquido o determinado en el Registro*": opta "por la voluntariedad" cuando el crédito origen del procedimiento requiera una previa *liquidación*.

Una conclusión de las más sanas a que llegan los Registradores es la señalada con la letra I del Resumen. En ella se propone que la subsistencia de las cargas preferentes sea consecuencia exclusivamente derivada de la clasificación que el Juez haya hecho de ellas, sin que, por tanto, sea preciso que el rematante las acepte ni que se subrogue de modo expreso en las mismas".

También tiene interés en el mismo sentido las propuestas de reforma señaladas con las letras N, Y, Z, B', N' y N".

(1) En ese sentido, el mismo Manresa opina que, aún en el caso de 1519, ley *Enjiciamiento civil*, puede el rematante optar por la liberación del inmueble, consignando el importe de las cargas preferentes; para ello da base el artículo 1.508 (aunque éste se refiere sólo a tercera subasta).

10.^o ESPECIAL PROPUESTA DE DEDUCCION DE CARGAS "ANTES DE LA 'SUBASTA'"

Para muchos Registradores es patente la necesidad de rebajar del precio de tasación las cargas que, evidentemente, están en él y han de quedar subsistentes, y, por ello, proponen el deducirlas *antes* de la subasta. No especifican si tal propuesta se refiere al procedimiento *sumario* (objeto preferente de su estudio) donde realmente la propuesta no es solo útil, sino necesaria, o si se refiere al procedimiento *ordinario*. En cuanto a éste, la innovación no está autorizada por la Ley, ni resolvería otro problema sino el del llamado principio de *cobertura*. En lo demás, las dificultades que pueda tener el que la deducción o rebaja se haga después, según lo ordenado en el artículo 1.511 (Ley Procesal civil), existirían también en el caso de que se hiciera antes, y además existirían estos otros inconvenientes. 1.^o Que el depósito para tomar parte en la subasta quedaría disminuido, con peligro e inconveniente para el deudor: 2.^o Que el *mínimum* de los dos tercios, que es necesario para postura válida, quedaría también totalmente alterado, y 3.^o (y principal): que no podría intervenir el rematante. Sería más útil para el caso esperar a que haya postor, a que se sepa quién ha de ser el principal personaje en el negocio. Si tal *liquidación* se hiciera antes de la subasta y el resultado de la liquidación se *rebajara* del tipo de subasta (en esta *deducción* antes de la subasta está el inconveniente principal del remedio propuesto por los Registradores), la atención del postor habría de dirigirse, no a determinar el verdadero valor de la finca, sino que tendría que atender a ese otro elemento de las cargas (con las que él habrá de pechar); nadie se arriesgará a ofrecer cantidad sin examinar previamente *ese otro sumando* (ya así predeterminado por el Juez según la presunta innovación); ello redundaría indefectiblemente en disminución de postores y en la consiguiente disminución de precio definitivo. En cambio, si, como está mandado por el artículo 1.511 de la ley de Enjuiciamiento civil, se hace la liquidación *después* de la subasta con intervención del mismo postor (a espaldas del cual no debe quedar firme la liquidación), el camino es más sencillo, porque al ofrecer en la subasta ha de preocuparse sólo de fijar oferta según el valor real del inmueble, y ya se sobreentiende que el importe de los gravámenes preferentes ha de serle luego rebajado del precio:

para los posibles errores de cuenta, queda siempre el recurso de rectificación. Si la liquidación y la deducción se hicieran *antes* de la subasta y las pujas se refirieran ya a la *diferencia*, es evidente que aquellas cantidades representadas por las cargas preferentes desaparecerían de la cuenta (como luego explicaré): no tendrían el carácter de datos numéricos de tal cuenta y no habría posibilidad de rectificación. Este resultado no podría menos de retrae especialmente a los postores honrados, a los que quieren cuenta clara (saber qué les cuesta el inmueble).

Muy obviados quedarían los inconvenientes del sistema propuesto por los Registradores si se redujera a hacer antes de la subasta un cálculo de tales cargas preferentes (*liquidación*, no *deducción*), con el fin exclusivo de no admitir postura alguna que no las cubriera todas; así se respetaría más expresamente el lógico principio de "cobertura" y la cifra importe de la liquidación seguiría figurando en el tipo, con lo cual obtendríamos el importante resultado, ya dicho, de que los postores fijaran su atención solamente en el verdadero precio del inmueble, sin tenerse que molestar en el análisis de las cargas y en si están bien o mal calculadas; sean las que sean, se les descontarán después de la subasta.

11.^o PRECEDENTE UTILÍSIMO EN LA MISMA LEY PROCESAL

Las palabras de la ley Hipotecaria relativas a que "las cargas queden subsistentes y no se extingan con parte del precio" (ya se analicen tales palabras según la letra muerta, ya según su espíritu), colocan las hipotecas en la misma situación en que estaban las cargas perpetuas antes de la reforma. En efecto: según el artículo 1.511 de la ley Procesal, tales cargas perpetuas quedaban subsistentes, no se extinguían. Sin embargo, se rebajaban del precio del remate, y se rebajaban porque estaban incluidas en la tasación del perito y, por tanto, también en el precio de remate (sea mayor, sea menor que el tipo inicial); de donde se deduce que hoy, en virtud de la reforma, unas y otras deben entrar en la *liquidación*, lo mismo que en cualquier contrato directo de compraventa extrajudicial.

Es muy útil a este propósito (siempre lo será, tratándose de tal maestro) examinar las notas relativas a esta materia publicadas por D. Jerónimo González (REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIA

RIO, 1929). Enfoca directamente el problema, y al comentar una de tantas lagunas del *procedimiento sumario*, pone de manifiesto la dificultad que representa el adaptar al *sumario* los artículos 1.483 y siguientes de la ley Procesal en el caso de ser necesario que preceda un avalúo (por razón de hipotecas cuyo contenido no sea seguro o cierto), y dice (pág. 124):

“Como en el Derecho vigente los gravámenes de cualquier especie anteriores o preferentes según el Registro han de continuar subsistentes, se presenta un dilema entre cuyas conclusiones es necesario elegir; las cargas inscritas deben o no asimilarse a las perpetuas. Si aceptamos el primer criterio, el Secretario judicial tendrá que rebajar del precio ofrecido por el mejor postor (y obsérvese que el autor se refiere al procedimiento mismo *sumario*) el importe de todos los censos, hipotecas, cargas y derechos que hayan de quedar subsistentes. Si, por el contrario, reputamos que no es posible asimilar a las cargas perpetuas las hipotecas o gravámenes de vida temporal, impondremos al comprador la consignación total de la cantidad ofrecida en la subasta, sin descontarle el importe de las hipotecas y derechos que hayan de quedar subsistentes. La fijación del precio de subasta, o se hace con servil sometimiento a la escritura de constitución de hipoteca, a pesar de la modificación y extinción de los gravámenes existentes sobre la finca al tiempo del otorgamiento, o requiere un avalúo formal en los autos y un detenido examen de los derechos preferentes para deducirlos del valor económico obtenido” por la aplicación dicha de los preceptos de la ley Procesal.

Quedan así bien sentados los jalones. Pero, continuando el camino, ¿no es claro que para estos efectos hay que asimilar las cargas perpetuas a las temporales? De la asimilación no resultarían dificultades especiales; unas y otras tienen su estimación económica y unas y otras han de quedar subsistentes. ¿Qué más se necesita? El hecho de asimilarlas en lo relativo a la valoración económica y al trato para los efectos que ahora se discuten, no implica desconocimiento de su distinta naturaleza; los problemas a que hubiere lugar por liquidación mal hecha, por tener en cuenta cargas que de hecho no existan, etc., se pueden resolver perfectamente conservando ese mismo criterio de equiparación.

Que hay diferencias de fondo entre una y otra clase de cargas, es indudable; pero también las hay entre unas y otras cargas perpetuas, y, sin embargo, quedan todas fundidas en un solo grupo en el artículo 1.511, asimiladas entre sí para ese efecto. Si se pretendiera sacar

jugo al hecho de las diferencias, ello había de traducirse, no en que el importe de unas se rebajara y el de otras no, sino en que unas quedaran subsistentes y otras no (que ésa es precisamente la característica diferencial entre unas y otras): las perpetuas tienen silueta más fija, contenido más estable. En esto sí que cabría reputar, como insinúa (?) don Jerónimo González, que no es posible asimilarlas; pero puesto que la ley Hipotecaria ha dado al traste con tal diferencia esencial (diferencia incluida en la significación = idea tiempo), la asimilación en eso queda consumada (ambos grupos han de quedar subsistentes), y de ahí también se sigue la necesidad de la asimilación en lo otro, en ser deducido el importe. Esta asimilación es consecuencia fatal de la hecha por la ley misma.

12º DIFERENCIA DECISIVA ENTRE AMBOS PROCEDIMIENTOS

Supongamos que en la vía de apremio el inmueble es tasado por el perito en 100.000 pesetas y que tiene de cargas 90.000 pesetas. ¿En cuánto saldrá a licitación en primera subasta? Quien pretendiera "que ha de salir a primera subasta en 100.000 pesetas, pero que el rematante ha de pechar con las cargas", no tendría más remedio que reconocer que, en realidad, no sale a subasta en 100.000 pesetas, sino en 190.000, y ello altera totalmente el mecanismo de la ley Procesal. Y si para sostener esa alteración se invocara la disposición final del artículo 131 de la ley Hipotecaria, habríamos de objetar que la asimilación íntegra es imposible desde el momento en que no se cuenta con la base del artículo 131 (*valoración del inmueble hecha por los otorgantes, no tasación pericial*) y esa falta de base arrastra la imposibilidad de aplicar todo lo demás en que esa base sea realmente base esencial. Valiendo la finca, según el perito, 100.000 pesetas, ¿la sacamos de hecho a subasta en 190.000 pesetas? Para ello necesitamos hacer la siguiente absurda composición de lugar: "Puesto que el perito la ha tasado en 100.000 pesetas, la subastaremos como si valiera 190.000 pesetas." Se dirá, quizás, "que puede el postor esperar a ulteriores subastas". Evidentemente puede, pero eso no evita nada del dislate inicial. Alguno ha propuesto que el postor ofrezca en primera subasta solamente 10.000 pesetas, pero ¿sería admisible esa postura? Para admitirla hay que suponer que cubre dos terceras partes del tipo de tasación, y para hacer tal

suposición es necesario tener ya *valoradas* las cargas en el momento de adjudicar el remate; es decir, que el Juez tendrá que conocer ese elemento (carga), que de hecho no es conocido, a pesar de la certificación del Registro.

Se me dirá también. "Puede hacer la rebaja de cargas el Juez antes de la subasta" (ya hemos visto que lo proponen algunos Registradores). Es evidente que el Juez podría "en principio" hacerlo así, pero para ello se necesitaría una disposición que lo ordenara y un trámite previo, y hoy no existe tal disposición, no existe tal trámite previo (ni sería útil en un procedimiento que quiere ser sumario), y, en cambio, existe y no está derogada una disposición en que para el procedimiento *no sumario* se ordena hacer esa deducción o rebaja después de la subasta (art. 1.511 de la ley Procesal). Parece que los Registradores que tal proponían se expresaban desde el punto de vista del Derecho constituyente y refiriéndose al mismo procedimiento *sumario*, pues a pesar de que en éste no hay (antes ni después de la subasta) diligenciado de liquidación y consiguiente rebaja, querían evitar el absurdo de la no deducción.

En ese procedimiento *sumario* el problema de la determinación y fijación mínima de las cargas preferentes no es resuelto, ¡ni siquiera atendido!, a pesar de su importancia, y así no es de extrañar que aun para el procedimiento sumario busque el jurista remedio al mal y arbitre el recurso ese, consistente en que el Juez haga una previa liquidación de cargas o fijación y determinación de ellas. pero esto, en tal procedimiento sumario, constituiría una extralimitación, peligrosa aquí donde ni aun el acuerdo de las partes puede alterar las rígidas normas del procedimiento art. 129 de la ley Hipotecaria).

¿Se podrá desvanecer esta argumentación alegando que, no obstante lo aparentemente disparatado del sistema (de subsistencia de cargas sin liquidación de las mismas en los autos), éste es el que se sigue en el procedimiento sumario de la ley Hipotecaria y, por tanto, puede ser legalmente aplicable al ordinario? No, porque en el *sumario* no se parte de una valoración pericial, sino que se parte de una "fijación de tipo de subasta"; se parte de una determinación de cantidad que no es propiamente un precio, sino "un pretexto para hacer la licitación (1). En ese tipo de subasta predeterminado en la escritura de hipoteca han sido ya (o debido ser) deducidas las cargas que han de quedar subsistentes. Esta diferencia es bastante para hacerse cargo de por qué en el procedimiento

(1) Jerónimo González, en REVISTA CRÍTICA, pág. 122 (1929)

de la ley Hipotecaria el tipo de subasta es *hoy* neto, y no, en cambio, en el procedimiento de la ley Procesal; en uno y en otro hay supuestos distintos; en el procedimiento ordinario, el perito tasa ya la finca en sí, sin hacer deducciones o rebajas de carácter técnico-jurídico, porque no es quién para hacer tales deducciones o rebajas, no es quién para valorar cargas; el valorarlas es *función judicial* o, por lo menos, jurídica. La subasta no es un forcejeo sobre estimación del valor de las cargas en tal procedimiento, sino que las pujas se refieren al valor del inmueble, y si antes, en el procedimiento sumario, se rebajaban las perpetuas por las dos sencillas razones de que "estaban incluidas en el precio" y "quedaban subsistentes". como las hipotecas también estaban incluidas en el precio y *hoy* por la reforma han de quedar subsistentes, reunen, indudablemente, las dos dichas condiciones y también deben ser deducidas.

13." EDICTOS

Según la regla 8.^a del artículo 131 de la ley Hipotecaria, los edictos (en el procedimiento *sumario*) han de expresar que las cargas o gravámenes anteriores y los preferentes al crédito del actor continuarán subsistentes, entendiéndose que el rematante los acepta y queda subrogado en la responsabilidad de los mismos, sin destinarse a su extinción el precio del remate.

Esta regla no es aplicable al procedimiento de la ley Procesal civil, porque: 1.^o No se dice expresamente que haya de aplicarse. 2.^o No existe la necesidad que para ello existe en el sumario. 3.^o No es conveniente tal forma de edictos *si no se explica algo más*.

En efecto: para el rematante, en el procedimiento ordinario antes de la reforma, era casi indiferente que las cargas quedaran subsistentes o se extinguieran; había una razón de conveniencia en que se extinguieran o no las hipotecas; pero desde el momento en que unas y otras estaban incluidas en el precio, el interés por una y otra solución no era mayor. Hoy, después de la reforma, las hipotecas no se extinguén, pero ¿esto es bastante para concluir que en los edictos debe decirse, tratándose de procedimiento ordinario, que las hipotecas han de quedar subsistentes? No. Así como antes las cargas perpetuas quedaban subsistentes y ello no se hacía constar en los edictos, ni nadie reclamó tal cosa, así también ahora es totalmente innecesario hacer constar en los edictos

que las hipotecas han de quedar subsistentes. En el procedimiento sumario, sí, conviene, vista la regulación del destino del precio (regla 16) y vista la ausencia de trámite de deducción o rebaja de cargas. La necesidad de todas esas circunstancias de los edictos para el supuesto del procedimiento *sumario* no arranca del hecho de que las cargas hayan de quedar subsistentes, porque entonces—no nos cansaremos de repetirlo—sería también necesario, antes de 1909, en el procedimiento ordinario respecto a las cargas perpetuas. Claro es que si se explican en los edictos todos esos detalles y *algunos más*, ya se trate de uno u otro procedimiento, no puede en rigor decirse que haya extralimitación si preside un acertado criterio. En los edictos convendrá a veces consignar una infinidad de circunstancias más o menos interesantes. Por ejemplo, se puede puntualizar un determinado detalle relativo al local en que se desarrollará la subasta, etc., etc.; pero la omisión de circunstancias como esas (o como las de la regla 8.^a del artículo 131) no lleva aneja deficiencia en el procedimiento ordinario. No están exigidas expresamente esas circunstancias para tal procedimiento y, por tanto, su omisión no afecta a éste. Si en el caso de procedimiento ordinario se consignaran sencillamente en los edictos las circunstancias que se determinan en la regla 8.^a del art. 131 de la Ley Hipotecaria, se podría causar grave perjuicio al dueño del inmueble, porque no serían pocos los postores que, *no entendiendo el verdadero alcance respecto al procedimiento ordinario*, tomarían la precaución de no hacer sino posturas ínfimas, por si acaso el Juez no aplicaba las normas de rebaja de las cargas. Si en los edictos se explicara además de tales circunstancias todo el proceso, toda la mecánica de liquidación del precio, estaría bien: pero (quede esto bien claro) ni la omisión de tales circunstancias implicaría falta en el procedimiento ni la fuerza del sistema de rebaja se derivaría de los edictos, sino de las leyes; y si en los edictos se expresara alguna cosa que se separara de lo que requiere el diligenciado del art. 1.511 de la ley Procesal (reformado ya) el procedimiento podría quedar imperfecto. Las consecuencias de la imperfección variarían según los casos.

Lo que el párrafo final del art 131 de la ley Hipotecaria declara aplicable, es lo relativo al fondo (subsistencia), no lo relativo a la forma de los edictos.

14. DEUDAS PAGADAS. — CARGAS NO CANCELADAS. — HIPOTECAS SIN CONTENIDO O CON UN CONTENIDO OSCILANTE. — EMBARGOS.

Possible es que en el sistema de "rebaja de cargas" hecha en autos se deduzca alguna deuda que ya esté pagada, aunque no cancelado el gravamen. Pero esto es un inconveniente que no hay posibilidad de evitar, ya se rebajan antes, ya después de la subasta, al señalar el valor de la cosa o al liquidar luego. En esto no hay más remedio que dejar que jueguen en la forma normal los preceptos civiles relativos a la materia. Para tal fin sería preferible seguir el sistema antiguo (cancelación de las hipotecas), porque así es como se obtendría mejor el efecto de que lo ya pagado a los acreedores fuera percibido por el deudor o quedara consignado. Para ello, como queda dicho, las palabras "será aplicable", consignadas en el párrafo final del artículo 131 de la ley Hipotecaria podrían interpretarse (interpretación deficiente, pero más útil) en el sentido que materialmente tienen (sentido permisivo, no obligatorio). En el sistema de *subsistencia* de las cargas no hay posibilidad de evitar que el rematante retenga el valor de ellas, sea cualquiera el procedimiento (eso mismo ocurría o podía ocurrir, evidentemente, con los censos y cargas perpetuas antes de la reforma), y para obtener la devolución de lo indebidamente deducido no contará el ejecutado, sino con los resortes naturales del Derecho civil, cuya eficacia es conveniente analizar aquí, refiriéndonos para ello al sistema de *deducción* (ley Procesal) y al de *no deducción* (procedimiento sumario).

A) En el procedimiento de apremio (entendido según nuestra tesis, o sea "deduciendo luego expresamente las cargas"), puede el deudor obtener el reembolso de la cantidad que represente cualquier carga "ya pagada, pero no cancelada", pues siempre quedará el recurso de reclamar al rematante. La reclamación se puede fundar en que: 1.º El (el rematante) ha retenido del precio la cantidad necesaria para pagar tal carga. 2.º Tal pago es innecesario, puesto que ya estaba hecho, y, por tanto, resulta infundada la deducción del importe. Es lo mismo que ocurre si en contrato directo entre particulares se reserva el comprador la cantidad importe de las cargas del inmueble. Ya examinaremos luego las repercusiones en la entraña de lo real, en el mecanismo de la garantía; ya examinaremos las posibilidades de subrogación en tal garantía. Ahora nos fijamos solamente en el aspecto de los derechos personales.

En este terreno parece evidente que la deducción y rebaja hechas con intervención del Juzgado y con la del deudor ofrece seguridades para que éste perciba en definitiva el verdadero valor de la cosa, si no media alguna imprudencia, algún descuido en la dirección del negocio; en todo caso, siempre quedará con "derecho" a percibir tal verdadero valor. Supongamos que la finca rematada en 100.000 pesetas tiene una hipoteca de 90.000 pesetas, hipoteca que está constituida en garantía del cargo de tutor, o que puede llegar a quedar sin contenido (hipotecas de máximo, de obligaciones futuras, etc.). Al proceder a la liquidación de cargas en el Juzgado, éste deducirá de las 100.000 pesetas del remate las 90.000 de la hipoteca y el rematante consignará solamente 10.000 pesetas. Si el tutor cumplió honradamente y, en consecuencia, la hipoteca se cancela sin desembolso alguno. ¿cabe duda de que el rematante debe entregar al ejecutado las 90.000 pesetas que se le rebajaron del precio precisamente como contrapeso de la hipoteca así valorada? No creemos que quepan dudas en eso. Lo mismo podemos decir de los muchos casos de hipoteca de contenido inseguro o indeterminado u oscilante (hipotecas sujetas al régimen de amortización periódica, hipoteca por intereses, por costas, etc.), en las que no se puede en un momento dado expresar cuál sea la deuda efectiva, y de las que sólo se conoce con exactitud la responsabilidad del inmueble. En todos estos casos, seguido el procedimiento con arreglo a la ley Procesal, el rematante, como tercer poseedor de la finca (o quien le suceda en el dominio), responderá de tales cargas a través de la responsabilidad de la finca; y si por ejercitarse los acreedores, no la acción real, sino la personal, contra el primitivo deudor, llegara éste a satisfacerlas, podrá también el ejecutado repetir eficazmente contra el rematante y obtener la devolución de las cantidades que fueron rebajadas y que, por ulterior "desinflación" de la hipoteca correspondiente, no representaban, en definitiva, verdadera carga. Juegan aquí los principios generales de la contratación.

B) Examinemos ahora, respecto al procedimiento sumario, el mismo supuesto de hipoteca (responsabilidad según el Registro), cuya obligación está ya extinguida, o es indeterminada, o es futura, u oscilante, por cualquier concepto. Estamos de lleno bajo la acción total, íntegra, del artículo 131 de la ley Hipotecaria: la finca vale esas mismas 100.000 pesetas; tiene una hipoteca (responsabilidad) de 90.000 pesetas; se constituye otra de 5.000 pesetas; al ejecutar *por esta última*,

bien sea que acreedor y dueño tuvieron el cuidado de valorar para efectos de la subasta en 10.000 pesetas, bien sea que se llega a ulterior subasta, es indudable que en tal procedimiento el rematante no ofrece sino 10.000 pesetas (si ofreciera más se expondría a tener que pagar más de lo que la finca vale, y es inútil suponer tal cosa). Adjudicado el inmueble en las 10.000 pesetas, y cancelada después sin desembolso alguno la hipoteca de 90.000 porque el tutor cumplió y quedó libre de responsabilidad, o porque se demostró que estaba pagada, etc., resultará que el rematante se ha quedado por 10.000 pesetas con una finca que vale 100.000: se ha enriquecido gratuitamente, de un golpe, en 90.000 pesetas. ¿Cómo podrá recuperarlas el ejecutado? De ninguna manera. El ejecutado las pierde definitivamente, contra todo derecho, contra toda justicia. ¿Bastará al ejecutado invocar los efectos de la subrogación? No, porque la subrogación, *en este caso*, no quiere decir (ya lo veremos) sino que el rematante pecha con los gravámenes que tenga la finca, pero sin traerlos a cuenta, sin valorarlos: pecha con ellos "a riesgo y ventura". Esto es lo que aparece del articulado de la ley y lo que resulta de la discusión del proyecto en el Senado: "No hay liquidación de cargas. ¡Allá el rematante!" ¿Cabe mayor desastre? Pues éste es el resultado del procedimiento *sumario* íntegro. Por eso también, si no hay "postores especializados", habrá que acudir al otro procedimiento, al ordinario, al de la vía de apremio; pero necesitamos no trasladar a éste aquellos desastrosos inconvenientes. De ahí que sólo proceda trasladar al ordinario lo relativo a que "las cargas queden subsistentes" y lo que sea consecuencia necesaria de tal subsistencia.

Podemos hacer más visibles los dichos desastres del procedimiento sumario. Supongamos que una finca hipotecada en 90.000 pesetas es luego dividida en diez solares y cada uno de ellos es de nuevo hipotecado. Si para hacer efectivas estas segundas hipotecas se siguen sendos procedimientos sumarios, en cada una de las subastas tendrá que rebajar el respectivo rematante las 90.000 pesetas por razón de la hipoteca constituida sobre la finca primitiva; cada uno de esos diez postores hace la rebaja por sí mismo, sin traer a cuenta la cantidad: entre todos rebajarán 900.000 pesetas, aunque de hecho ninguno venga a pagar cantidad alguna; contra esa pérdida no hallará remedio el ejecutado. Si, en cambio, hubiera seguido el procedimiento ordinario de la vía de apremio, tales 900.000 pesetas serían traídas a cuenta por el Juzgado y, por tanto, serían objeto de liquidación ulterior.

El importe de los embargos anotados (equivalentes a amenaza que puede quedar en amenaza, pero que puede convertirse en responsabilidad efectiva a costa del adquirente) ¿habrá de ser incluido en la diligencia de liquidación y será, por tanto, rebajado del importe del remate? *Si se entendiera que no*, los resultados serían los mismos en uno y otro procedimiento, en uno y otro sistema, e igualmente desastrosos para el ejecutado; en ambos sería el rematante quien los deduciría por sí previamente, para evitar el riesgo de tenerlo que pagar luego; y en el caso de que se desvanecieran (por no triunfar la pretensión del anotante), la cantidad deducida por el rematante quedaría en beneficio de éste y en perjuicio del ejecutado.

Este resultado pone también de manifiesto la conveniencia de *purgar* el inmueble, o, por lo menos, de liquidar sus lunares en forma auténtica, ante el Juzgado. Pone de manifiesto la conveniencia de que el postor en sus ofertas no tenga que medir sino el valor del inmueble. Así es como podrán resultar una oferta justa y un remate justo.

Aun cuando dejáramos sin solución exacta ese problema de los embargos, ya quedaría demostrada con lo dicho la ventaja del sistema de deducción de cargas ante el Juzgado; pero es que, además, nos parece indudable que los embargos *también* deben incluirse en la liquidación; es consecuencia del precepto general de saneamiento. En contrato directo extrajudicial son siempre tenidos en cuenta al liquidar el precio fijado en principio; ¿por qué no habrían de tenerse también en cuenta en la venta judicial? Se trata de algo que es carga o puede convertirse en carga, y con efecto en fecha tal que puede perjudicar al adquirente. ¿Por qué esa cantidad no se ha de tener en cuenta en la liquidación correspondiente? Lo exige el mecanismo de los derechos y obligaciones de rematante y ejecutado; lo exige la obligación natural de saneamiento. ¿Qué más se necesita?

Y si se tratara de anotación de demanda sobre propiedad del inmueble, es evidente que, al adjudicar el remate, va implícita (por la obligación de evicción) la consecuencia de que, si prospera la demanda anotada, podrá el rematante reclamar la devolución del precio; no es carga propiamente, y, por tanto, no procede su deducción (que haría inútil el remate), pero, en su caso, habrá lugar a ejercitar la acción procedente por evicción.

Por lo que se refiere a las responsabilidades hipotecarias, procede rebajar por el concepto de intereses los correspondientes a tres años como

máximo; si la hipoteca es reciente, no llegará a ese máximo. Este es mi criterio personal en la materia, con arreglo a lo legislado, con arreglo a interpretación que me parece más riguroso. Sin embargo, téngase en cuenta que si la responsabilidad por intereses no se ha fijado en la forma usual ("dos años y la parte vencida de la anualidad corriente"), sino que se ha fijado una cifra determinada o un tanto por ciento del capital, etc., en todos estos casos son muchos los que sostienen que tal responsabilidad, así fijada, perjudica a terceros aunque exceda del importe de tres años de intereses. Así debiera ser, quizás, en el terreno del derecho constituyente, pero en el derecho constituido considero más segura la opinión contraria: el precepto del artículo 114 de la ley Hipotecaria, aplicable también a esos casos, limitaría la responsabilidad por intereses al importe de tres años como máximo; una interpretación más elástica rozaría con los términos del precepto.

¿Y por lo que se refiere a responsabilidad para costas? Parece, a primera vista, que no procede hacer rebaja alguna, y, en general, lo justo será no rebajar; pero caben supuestos en los que esa primera impresión perdería firmeza; por ejemplo, en el caso de que conste haberse procedido ya contra el inmueble; en este supuesto es el adquirente quien puede verse obligado a soportar en definitiva un gasto que él no ha originado y, por tanto, hay que tenerlo en cuenta en la liquidación. Fuera de este caso no es probable que surjan problemas; la responsabilidad para costas se halla en el mismo caso que las hipotecas de contenido incierto.

BENEDICTO BLÁZQUEZ.

Notario.

Un interesante caso de venta de inmueble por albacea

Hace ya algún tiempo se denegó por un Registrador la inscripción de una escritura de venta de un inmueble otorgada por albacea. Aquella denegación provocó recurso gubernativo, el cual, fallado en la Audiencia favorablemente al impugnante de la nota, no llegó a la Dirección, ya que por la Oficina registral—servida a la sazón por titular distinto del que calificó—no se interpuso en tiempo oportuno la apelación que autoriza el art. 128 del Reglamento hipotecario. Quedó, pues, *non nato* en aquella ocasión, y sobre una cuestión jurídica, que no vacilo en calificar de altamente interesante y sugestiva, el criterio, siempre autorizado y certero, de nuestro Centro directivo.

Y ya que aquel problema no trascendió a las columnas del *Boletín Oficial del Estado*, le traigo ahora a las páginas de la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO.

Un causante—sin sucesores forzosos—impuso en su testamento la “prohibición absoluta, para todos los herederos, de enajenar los bienes que constituyen la herencia, habiendo de entenderse, al aceptar ésta, admitida dicha prohibición”, añadiendo que “si fuera preciso, se venderían los valores”. Además, designaba una serie de personas a las que, en determinados supuestos y después de los primeramente instituidos, “iría a parar todo lo que del causante hubiesen heredado éstos”.

En escritura pública se formalizó la partición de la herencia, adjudicándose al albacea—por lo que aquí nos interesa—un determinado inmueble para pago de diversas atenciones. Esa escritura se inscribió en el Registro, surgiendo así un asiento hipotecario que, con inserción, naturalmente, de las modalidades testamentarias antes dichas, presentaba como titular al albacea.

Este, obrando como buen adjudicatario para pago de deudas, vendió la finca adjudicada e inscrita a su nombre, otorgó la correspon-

diente escritura de compraventa, y al ser presentado este instrumento público en el Registro, el Registrador denegó la inscripción, basando fundamentalmente su negativa en la prohibición de enajenar impuesta por el testador a los herederos.

La nota denegatoria, aparentemente extemporánea y desenfocada, ofrecía, al parecer, fácil blanco a la refutación del recurrente. Existe —vino a decir éste—una inscripción ya practicada en favor del albacea en concepto de adjudicación para el pago de diversas atenciones, esa inscripción—como cualquier otra—produce todos sus efectos mientras no se declare su nulidad; el albacea, en la escritura objeto de recurso, vende la finca que precisamente figura inscrita a su nombre para la finalidad concreta antes expuesta; esta venta ha de ser indeclinablemente inscribible. Lo único—concluyó en esencia el impugnante—que podría oponerse a tal inscripción sería la prohibición de enajenar impuesta por el causante a sus herederos, pero esta prohibición—dice—no puede ser obstáculo que impida la inscripción de la venta, ya que sólo afecta a los bienes heredados y adjudicados en tal concepto de pago de haberes hereditarios, pero de ningún modo a la parte de la masa heredencial separada para el cumplimiento de los ordenamientos expresos del testador, que es precisamente la comprendida en la hijuela de adjudicación para pago inscrita ya registralmente.

¿Son irrefutables estos argumentos? ¿Cabe defensa seria de la nota denegatoria?

Sin gran convicción en nuestras propias razones, acaso violentando y retorciendo textos positivos e instituciones jurídicas, quizás impulsado por ese prurito tan español de llevar la contraria, vamos a intentar defender lo que puede que sea indefendible.

El primer punto de apoyo de nuestra tesis ofrece escaso interés desde el punto de vista de lo que nos proponemos en este trabajo; pero por servir de engarce lógico a lo que después se dirá, no lo pasamos por alto. A la postura del recurrente—la prohibición de enajenar impuesta por el causante a los herederos sólo afecta a los bienes heredados y que se adjudican en concepto de pago de haberes hereditarios, pero de ningún modo a los inmuebles adjudicados al albacea, e inscritos a su nombre, para pago de diversas atenciones—pueden oponerse las siguientes razones:

A) El texto literal de la cláusula testamentaria: “ prohibi-

ción absoluta para todos los herederos de enajenar los bienes que constituyen la herencia". La prohibición, pues, afecta: subjetivamente, a los herederos; objetivamente, a los bienes que constituyen la herencia. Y al la vista del Código, sabemos: que son herederos los sucesores a título universal (art. 660), es decir, los que suceden en el conjunto de bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte, y que es herencia ese conjunto precisamente (art. 659); que los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte (art. 657), que los herederos suceden al difunto por el hecho sólo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones (art. 661), y que la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados (art. 1.068). ¿Qué se desprende de todo esto? Pues que desde el momento de la muerte del causante (al cual se retrotraen los efectos de la aceptación de la herencia) se tiene la cualidad de heredero. La posterior adjudicación de bienes particulares en pago de haber hereditario no hace surgir la figura jurídica de heredero; más bien al contrario, puesto que herederos son los titulares del llamado derecho hereditario abstracto, es decir, de aquél que recae sobre el conjunto patrimonial de causante una vez deferida la herencia, y la adjudicación de bienes singulares (como final de las operaciones de partición) sustituye la cuota ideal, abstracta, que a cada heredero corresponde por un lote o cuerpo de bienes determinados. En una palabra: al consumarse la adjudicación sucesoria muere el derecho hereditario abstracto, y con su muerte desaparece también la figura jurídica de su titular—el heredero propiamente dicho—para dar paso a otro titular de un derecho concreto y determinado.

Resumiendo esta parte de la argumentación: Si el testador impone la prohibición de enajenar a los herederos y el contradictor de nuestra tesis entiende que la prohibición sólo afecta a los bienes particulares que se adjudiquen a dichos sucesores será porque la adjudicación sucesoria constituye un elemento indispensable para formar el concepto de heredero. Lejos de ser esto así ha quedado demostrado cómo la adjudicación actúa a modo de disolvente del heredero como tal.

B) Las palabras del testamento del causante—vertidas también en la inscripción—, según las cuales "si fuera preciso, se venderían los valores". Es decir, que el testamento contiene una regla general de prohibición de enajenar extensiva a todos los bienes de la herencia; una

excepción permisiva de enajenación afectante a una sola especie de bienes: los valores. Luego la finca sobre que versó el recurso—bien inmueble—no estaba comprendida en la excepción que permitía disponer, sino en la regla que prohibía enajenar.

C) La serie de personas—designadas en el testamento y reseñadas igualmente en la inscripción—a las que, en determinados supuestos y después de los primeramente instituidos, “iría a parar todo lo que del causante hubiesen heredado éstos”. Ello hace que se nos ofrezca esta prohibición de enajenar como impuesta en favor de los llamados en segundo lugar para el caso de que se den los supuestos previstos—¿sustitución fideicomisaria condicional?—con toda la fuerza innegable de esta clase de prohibiciones.

D) Estas otras palabras del testamento comentado—recogidas, asimismo, en la inscripción existente a favor del albacea—: “... habiendo de entenderse admitida tal limitación—se refiere a la prohibición de enajenar—al aceptar la herencia ..” Con ello, la prohibición de enajenar pasa a ser algo más que una simple modalidad testamentaria y se convierte en una verdadera condición de la aceptación de la herencia. A la vista de estas palabras, forzoso es sostener que, aun cuando extremando las concesiones a los que discrepen de nuestro criterio y al amparo de la Resolución de 16 de septiembre de 1910 hubiera de sostenerse la tesis opuesta a la por nosotros defendida, la postura de nuestros impugnadores sólo podría prevalecer en supuestos normales de prohibición de enajenar impuesta testamentariamente por un causante a sus herederos, pero no en casos como el presente en los que la prohibición, por ilimitada que se nos ofrezca, es condición a la que la aceptación de la herencia ha de someterse. Lo gravoso, lo imposible, incluso, que resulte el cumplimiento de las cargas hereditarias sin enajenar inmuebles de la herencia pudo pesar en el ánimo de los herederos hasta el punto de llevarles a repudiar su derecho hereditario. Pero si aceptaron la herencia, no debieron desconocer el alcance de la condición impuesta a su aceptación; debieron saber que quedaban automáticamente sujetos a la traba de no poder vender más bienes hereditarios, si acaso, que los valores. Así lo quiso la voluntad del testador, en este punto soberana.

Y ahora es cuando nos enfrentamos con el verdadero problema jurídico, a impulsos del cual hemos elaborado este artículo. Ya tenemos

ante nosotros una prohibición de enajenar de vastísimo campo y rigurosa aplicación. Ya vemos, oprimidos por esa traba, a los herederos. Pero cabe preguntar: ¿Qué tiene que ver con todo ello el albacea adjudicatario para pago de deudas y, como tal, nuevo titular inscrito del inmueble? La objeción parece incontestable.

El albacea, en efecto, se nos presenta como un titular inscrito a virtud de una adjudicación para pago, y esta figura jurídica es, como ya se sabe, mixta de negocio dispositivo—el adjudicante transmite el dominio al adjudicatario—y de negocio obligacional—el adjudicatario asume la obligación de pagar—. Dejando a un lado este último aspecto de la adjudicación para pago de deudas, importa destacar el primero, y, según él, los herederos—adjudicantes—transmiten el dominio de uno o más bienes determinados de la sucesión a favor del adjudicatario, el cual viene a ser propietario de los mismos.

Aplicando esta noción general al caso concreto que nos ocupa, resulta—aparentemente—que la inscripción del inmueble, practicada a favor del albacea a título de adjudicación para pago de diversas atenciones, implica el reflejo registral de la transmisión del dominio de dicho inmueble de los herederos—adjudicantes—al albacea—adjudicatario—. Y si se llega a esta conclusión—no a otra parece llevarnos lo hasta aquí expuesto—habrá que decir: la prohibición de enajenar afecta plenamente, sí, a los herederos; pero el titular inscrito, y el que realmente realiza la venta de la finca, es el albacea, al cual, como adjudicatario en comisión—nuevo adquirente del inmueble—no puede alcanzar aquella prohibición. Cuando queriendo cumplir los deseos del testador se van a echar los cerrojos de la cárcel donde están los herederos con los bienes hereditarios, nos encontramos con que una de las fincas está en libertad, y en lugar tan seguro, tan privilegiado—el Registro de la Propiedad—que desde él puede hasta impetrar el auxilio de los Tribunales bajo cuya salvaguardia se encuentra (art. 51 del Reglamento Hipotecario).

He aquí el texto positivo que puede proporcionar a nuestros impugnadores el argumento más arrollador en su misma simplicidad y sencillez. Ellos pueden mostrarse sordos a todos los razonamientos que se les opongan desde el campo contrario y repetir como un *leit motiv* de su defensa: "Hay una inscripción ya practicada a favor del albacea, y en ella aparece éste con la facultad y la obligación de disponer de la finca que se le ha adjudicado para pago de deudas; si un Registrador

se niega a inscribir la escritura de la venta hecha por el albacea—escritura que tendrá como contenido el negocio jurídico que puede y debe perfeccionar el titular de aquella inscripción—, impide arbitrariamente que un asiento del Registro produzca todos sus efectos (palabras del artículo 51 del Reglamento Hipotecario), y la postura de aquel funcionario no puede tener apoyo en la Dirección, pues ello supondría uno de estos dos absurdos: o que el Centro Directivo niega la producción de efectos a un asiento hipotecario, cuya nulidad no ha sido declarada, o que, arrogándose facultades del Tribunal de Justicia, declara—siquiera sea por la vía indirecta de la confirmación de la nota denegatoria—la nulidad de un asiento de Registro.”

Y, sin embargo, seguimos apoyando la calificación denegatoria del Registrador, basándonos en la naturaleza jurídica del cargo de albacea, contemplada a través del caso concreto que nos ocupa.

No entra en nuestro propósito ni en nuestras posibilidades científicas hacer un estudio detenido y extenso de tan intrincado problema. Nos limitamos a recoger la tendencia, hoy dominante en la doctrina y en la jurisprudencia: la función del albacea es de tipo representacional. Esto sentado, desembocamos en esta idea: el albacea de nuestro caso actúa en la venta denegada como representante. ¿De quién?

Veamos. En las ventas de inmuebles hereditarios realizados por albaceas es preciso distinguir dos hipótesis: o el albacea vende expresamente facultado por el testador (art. 901 del Código civil), o vende autorizado por la ley (art. 903 del mismo Código). En uno y otro caso el albacea es—ya lo hemos dicho—un representante; pero así como en la primera hipótesis representa al causante, en la segunda actúa en representación de los herederos.

Esta bifurcación que acabamos de señalar no es arbitraria. Responde a la esencia de la institución misma. El albacea que vende un inmueble hereditario porque le facultó para ello el causante, ocupa el lugar de éste. En tal caso, es el mismo testador—valga la ficción—quien realmente vende: idea que vemos confirmada en la Resolución de 22 de agosto de 1939, según la cual esa facultad de vender “constituye una función de representación del causante a favor de sus albaceas a los fines de enajenación y pago de deudas, sin que tales facultades signifiquen en modo alguno el nombramiento de heredero a favor de dichos albaceas”.

En cambio, en el supuesto del art. 903 del Código civil—albacea

que vende autorizado por la ley por no haber en la herencia dinero ni muebles bastantes para el pago de funerales y legados—los albaceas obran en nombre de los herederos. Los arts. 902, 903 y 859, párrafo segundo, del Código civil, y el art. 20, párrafo séptimo, de la Ley Hipotecaria, debidamente relacionados, son textos positivos que justifican nuestro punto de vista. Al albacea incumbe: “. . . satisfacer los legados que consistan en metálico .” (art. 902, núm. segundo—a lo cual es equiparable por analogía esas “diversas atenciones” para pago de las cuales se hace la adjudicación al albacea de nuestro caso—). Cumplir los legados ordenados por el testador es obligación normal de los herederos (art. 859, párrafo segundo). El albacea que paga un legado en metálico cumple, pues, una obligación de los herederos. El albacea que, por no haber en la herencia dinero suficiente, vende bienes de la misma (art. 903, párrafo primero), cumple igualmente—si bien de manera subsidiaria—una obligación de los sucesores universales, idea que corrobora el indicado precepto al decir: “. . y los herederos no lo aprontaren de lo suyo ”

Quizá fueran suficientes estos artículos del Código civil para demostrar que, en el caso previsto en el 903, los albaceas venden representando a los herederos. Pero la demostración se hace irrefutable al parangonar este artículo 903 del Código civil—en especial en su párrafo último—con el artículo 20, párrafo séptimo, de la Ley Hipotecaria. Este último precepto, estatuyendo sobre los documentos de enajenación o gravamen otorgados por albaceas “expresamente facultados por el testador” para tales actos, declara no ser necesaria la previa inscripción a favor de dichos albaceas, siempre que éstos otorguen los documentos *por si solos*. Únicamente exige el consentimiento de los herederos forzosos—si existen—para la enajenación o gravamen, y, en todo caso, naturalmente, “que el inmueble o derecho real se halle inscrito a favor del testador”. La norma—de carácter hipotecario formal—es reflejo registral de una clara idea sustantiva por nosotros reiterada: cuando un testador faculta expresamente a su albacea para que venda, se entiende que los bienes vendidos ni pasan a ser propiedad del albacea ni se transmiten a los herederos, sino que saltan directamente del patrimonio del causante al del comprador. La cadena del tracto sucesivo material—con repercusión paralela formal en los libros hipotecarios—no presenta, entre el testador y el *acipiens*, ningún eslabón intermedio. Verdaderos elementos personales de la venta son: el testa-

dor—representado por el albacea—y el comprador. Los herederos, o carecen de intervención en el negocio traslativo—si son voluntarios—o, en el caso de ser forzados, desempeñan un papel de meros coadyuvantes a la perfección del acto: consienten la enajenación.

¡Qué distinta orientación la del art. 903 del Código civil! Si en el caso del art. 20 son los albaceas los otorgantes de la escritura de venta cuando el testador no les concede esta expresa facultad y se dan las circunstancias en el artículo del Código previstas, los albaceas promoverán la venta de los inmuebles con intervención de los herederos, sin distinguir aquí si son forzados o voluntarios. ¿No resulta claro, al examinar comparativamente las palabras vertidas en uno y otro texto, el vigor de nuestra tesis? En un caso los albaceas *otorgan* la escritura de venta normalmente por sí solos, que es tanto como decir que venden; en otro, *promueven* la venta—que no es lo mismo que vender—, y en esa venta han de *intervenir* necesariamente los herederos, verdaderos vendedores. El párrafo segundo del art. 903 disipa todos los recelos que pudiera suscitar esta interpretación, aparentemente extensiva, según la cual damos, en este caso concreto, a la expresión “intervenir en la venta” un sentido equivalente al significado por el verbo “vender”. Dice así el aludido precepto: “Si estuviese interesado en la herencia algún menor, ausente, corporación o establecimiento público, la venta de los bienes se hará con las formalidades prevenidas por las leyes para tales casos.” El precepto transcrita carecería de sentido si no consideráramos vendedores en tales ventas al menor, ausente, corporación o establecimiento público, es decir, al interesado en la herencia, al heredero. Una exigencia así no se establece en el párrafo séptimo del artículo 20 de la ley Hipotecaria.

Refiriéndonos al caso, por ejemplo, de una herencia en la que está interesado algún menor, decimos en síntesis: cuando vende un albacea *expresamente facultado por el testador*, quien vende es el causante, y sólo es necesario para inscribir la compra, si los herederos son forzados, que conste el consentimiento de los mayores y el del representante legal del heredero menor, sin más (art. 20, párrafo séptimo de la ley Hipotecaria).

Cuando vende el albacea *autorizado por la ley*, en el caso del artículo 903 del Código civil, los que venden son los herederos, precisándose, si hay alguno menor sujeto a patria potestad o tutela, la auto-

rización judicial o la celebración de subasta pública, respectivamente (art. 903, párrafo segundo, del Código civil).

Vengamos a nuestro caso. Y en él vemos: que el albacea no está expresamente facultado por el testador para vender; que vende el inmueble porque no hay metálico bastante en la herencia para el pago de diversas y concretas atenciones y porque a ello le autoriza el art. 903 del Código civil. Vende, pues, como representante de los herederos.

Los impugnadores de nuestra idea volverán sus ojos a su tabla de salvación: la inscripción ya practicada a favor del albacea, y a la vista de ella, quizás nos den la razón en todo caso normal de venta por albacea realizada al amparo del art. 903 del Código civil, pero no en el supuesto presente en el que el albacea pierde, en realidad, tal carácter, presentándose ante nosotros como adjudicatario inscrito para pago de deudas con facultad y deber de enajenar.

Pero ahora el argumento se vuelve contra ellos mismos. En efecto. Las adjudicaciones para pago de deudas del causante de una herencia, o se hacen a favor de alguno o de todos los herederos, o se hacen a favor de un extraño. El albacea no es, en sentido estricto, ni heredero ni extraño. Ahora bien: Lacal, en un artículo publicado en la *Revista de Derecho Privado* (1), refiriéndose a un caso distinto (el de las adjudicaciones para pago de deudas hechas a los herederos), sostiene el criterio de que cuando el albacea comisario—sin estar expresamente facultado para ello por el testador—hace adjudicación a unos herederos con exclusión de los otros, los herederos adjudicatarios se estimarán como extraños a estos efectos. Y a la vista de esta idea de Lacal, preguntamos: ¿No podría intentarse algo parecido frente al albacea de nuestro problema? ¿No podría decirse, por ejemplo, que ese albacea—representante de los herederos al vender como tal albacea—ha de reputarse extraño a la herencia, como adjudicatario inscrito para pago de deudas y libre, por tanto, de la prohibición de enajenar impuesta a los herederos?

Ahora es cuando el argumento del asiento registral, esgrimido por nuestros impugnadores, se convierte en eficaz apoyo de la tesis por nosotros defendida. Porque es criterio firme de la Jurisprudencia de la Dirección de los Registros considerar actos de enajenación, y no de par-

(1) *Aportación al estudio de la adjudicación de bienes inmuebles de una herencia para pago de deudas*, año 1931, pág. 249.

tición, las adjudicaciones para pago de deudas hechas a un extraño a la herencia. Por consiguiente, configurando al albacea—adjudicatario como extraño no hubiera podido inscribirse la escritura particional ya inscrita, jamás hubiese tenido acceso al Registro un acto de enajenación—adjudicación a un extraño para pago de deudas—realizado por quienes tienen prohibido enajenar—los herederos—. Luego la inscripción practicada a nombre del albacea—argumento supremo de nuestros contradictores—nos demuestra que el albacea no puede tener la consideración de extraño. Y prevalece la orientación que defendemos: es un representante de los herederos.

Aceptada esta idea, no vemos posibilidad de salvar la supuesta figura jurídica de adjudicación para pago de deudas. En ella serían: adjudicantes, los herederos; adjudicatarios, el representante de los herederos. Entre unos y otros no puede haber transmisión patrimonial. Falta, pues, el negocio dispositivo, elemento esencial de la adjudicación para pago. El albacea, por tanto, aun figurando como titular inscrito, no es un titular de disposición y la inscripción a su nombre practicada es, por las razones dichas, un asiento inocuo, sin verdadero contenido ni sustancia.

De haber llegado el asunto estudiado a la Dirección de los Registros, y si nuestro Alto Centro Directivo hubiese resuelto confirmar la nota denegatoria del Registrador, no se habría planteado ningún problema de pugna en relación con el art. 51 del Reglamento Hipotecario. Decir que está bien denegada la venta formalizada por el albacea no es desconocer ni atropellar los efectos de un asiento hipotecario—el de la supuesta adjudicación para pago—, cuya nulidad no ha sido declarada; es, sencillamente, penetrar en el problema y sancionar que los efectos de ese asiento registral, por la referida inocuidad de su contenido, son prácticamente inexistentes.

Si quisieramos reducir a una síntesis suprema la idea capital de nuestra argumentación, dejaríamos sentadas las siguientes conclusiones:

1.^a El albacea normal que, sin estar expresamente facultado por el testador, vende un inmueble de la herencia al amparo del art. 903 del Código civil, representa a los herederos.

2.^a En consecuencia de lo anterior, si a los herederos les está prohibido enajenar inmuebles hereditarios, la prohibición alcanzará al albacea.

3.^a Un asiento registral extendido a nombre del ejecutor testamentario no es bastante, sin más, para sortear el escollo de la prohibición de enajenar.

4.^a El obstáculo sólo quedará removido si el contenido del asiento se configura técnicamente como adjudicación para pago de deudas hereditarias, con su parte de negocio dispositivo y su otra parte de negocio obligacional.

5.^a Si pensamos al albacea-titular—inscrito—como *extraño* a la herencia, se habrá salvado la figura técnica de adjudicación para pago de deudas, pero habrá surgido un acto de enajenación—adjudicación a un extraño—realizado por quienes tienen prohibido enajenar: los herederos adjudicantes. Tal adjudicación para pago no puede inscribirse.

6.^a Si consideramos al albacea-titular inscrito—como *representante de los herederos*, la supuesta figura da adjudicación para pago de deuda se derrumba por falta de un elemento esencial: el negocio traslativo, el desplazamiento patrimonial, inconcebible entre representante y representado. La inscripción de semejante acto carece de verdadera sustancia hipotecaria, tiene un contenido inocuo.

7.^a Hay que rechazar la idea de una inscripción contra la Ley; puede admitirse la realidad de un asiento incoloro. Consecuencia, sobre la base del albacea-titular inscrito: nuestra repulsa para el albacea-extrano, nuestra tolerancia para el albacea-representante de los herederos, pero como tal . afectado por la prohibición de enajenar.

8.^a La venta hecha por el albacea—*aun titular inscrito*—es denegable.

9.^a La falta de consistencia hipotecaria del asiento practicado a nombre del albacea elimina la idea de que la Dirección de los Registros, resolviendo de acuerdo con la nota denegatoria, invadiría el campo propio de los Tribunales de Justicia.

Con lo expuesto no he pretendido, ni mucho menos, sentar verdades irrefutables. Sólo he querido presentar y apuntar soluciones a un problema jurídico, dudoso y pleno de interés, ante los lectores de la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO. Cualquiera que haya prestado atención a este trabajo puede, con muchos más merrecimientos que yo, dar respuesta cumplida y certera a la cuestión planteada.

LUIS BOLLAIN.

Jurisprudencia de la Dirección general de los Registros y del Notariado

RENTA VITALICIA. EFECTOS QUE PROVOCA, TENDENCIA QUE DES-
ENVUELVE Y FINALIDAD QUE PERSIGUE EL CONTRATO DE TAL
NOMBRE EN NUESTRA LEGISLACIÓN.

*Resolución de 21 de diciembre de 1943. "B. O." de 19 de enero
de 1944.*

Por escritura otorgada ante el Notario D. José Luis Fernández, dos cónyuges cedieron, mediante renta vitalicia, a otro señor, una casa de campo con un trozo de tierra a la misma aneja, con una superficie total de seis áreas 71 centiáreas, aunque de medición reciente resultan 12 áreas; estipulándose, entre otras que no son del caso, la siguiente cláusula: "e) La pensión constituye una carga o gravamen real sobre el inmueble de referencia, de tal suerte, que el adquirente del mismo, o sus sucesores en tal inmueble en el futuro —sean a título de herederos o de adquirentes voluntarios por actos intervivos— a quienes se les transfiera la finca, estarán obligados a satisfacer la pensión y, en su consecuencia, donde quiera que vaya la finca por sucesivas transmisiones irá la carga de la pensión en favor de los otorgantes esposos o del que de ellos quedare; gravamen preferente, por acuerdo de los contratantes y en razón del tiempo, al de los terceros hipotecarios que surgieran o pudieran surgir."

Presentada la escritura en el Registro de Torrox, se suspendió su inscripción por el defecto subsanable de que, constituyéndose expresamente un derecho real de garantía sobre la finca transmitida para asegurar el pago de la renta, no se expresan la naturaleza, extensión y condiciones de tal derecho, requisitos indispensables para que pueda

tener eficacia registral. Y se suspende, asimismo, en cuanto a una cabida de cinco áreas 29 centiáreas por el defecto, también subsanable, de no hallarse previamente inscrita a nombre de los transferentes, puesto que la finca resulta en el Registro con una cabida de seis áreas 71 centiáreas, o sea, poco más de la mitad de la que en el título presentado se le asigna.

Interpuesto recurso por el Notario autorizante, la Dirección, con revocación del auto apelado que rechazó en cuanto al primer defecto la nota del Registrador, declara que no se halla extendida la escritura con arreglo a las prescripciones y formalidades legales, sentando la interesantísima doctrina siguiente, que desenvuelve después del certero planteamiento de la cuestión, según aparece en el enunciado:

Que el Código civil, cuando regula este contrato, reproduce casi exactamente la doctrina del Napoleónico y sigue fielmente su inspiración de reputarlo como productor de efectos obligatorios, criterio mantenido por la doctrina que, no obstante el inciso final del art. 1.802, sostiene abiertamente esta posición, porque relaciona su contenido con los preceptos siguientes, que desvirtúan la frase "cuyo dominio se le trasfiere, desde luego, con la carga de la pensión";

Que nuestro Cuerpo legal emplea en su articulado indistintamente la palabra carga, así en los arts. 452, 504 y 633, entre otros, variando el concepto que de la misma tiene, ya que en unas ocasiones parece sinónima de gastos, a veces de contraprestación y en otras adopta una concepción distinta, sin atenerse a un tecnicismo propio y depurado;

Que para desmentir el carácter real de esa carga a que alude el artículo 1.802, basta considerar que en el capítulo correspondiente no se faculta al pensionista para exigir de terceras personas el cumplimiento de la carga, ni para entrar en posesión del predio cedido, ni para pedir el reembolso del capital cuando se falta al abono de la pensión, sino que se le reservan, de un lado, los derechos que todo acreedor puede ejercitar para reclamar el pago de las rentas atrasadas, y de otro, el privilegio de asegurar las futuras;

Que esta reglamentación de las rentas constituidas a título oneroso responde, en primer término, a la necesidad de conceder a los Bancos vitalicios o entidades análogas la libre disposición de los bienes que adquieren mediante la contraprestación de la renta, en segundo término a la orientación moderna del llamado seguro de pensión

vitalicia y, en fin, al lugar que, como contrato, ocupa la institución en el Código civil:

Que lo antedicho no impide que pueda garantizarse con una finca el pago de las pensiones, y a este respecto el derecho real de hipoteca es el más adecuado, a pesar de las particularidades tan interesantes que su aplicación a la renta vitalicia presenta derivadas de la índole especial del contrato en el que la duración es indeterminada y las pensiones a garantizar desconocidas, circunstancias todas que despojan a esa hipoteca de las líneas tradicionales para asimilarla a algunas de las llamadas de seguridad;

Que este tipo hipotecario, dentro del cual tiene su desenvolvimiento la garantía inmobiliaria del contrato de renta vitalicia, no ha sido aplicado en la escritura objeto del recurso, porque el Notario autorizante sostiene reiteradamente, y con palabras que no dejan lugar a dudas, su propósito decidido de hacer caso omiso de tal derecho de garantía, y, por el contrario, al insistir sobre la figura de una renta con carácter real que afecte inmediatamente al inmueble, plantea un interesante problema que ha de ser examinado con todo detenimiento;

Que la pretendida analogía del contrato de renta vitalicia con los censos dentro del Código es más aparente que real, y así, respecto a su naturaleza, el art. 1.623 determina claramente que los censos producen acción real sobre la finca gravada, y consecuente con este principio, los arts. 1.659 y 1.664 permiten el abandono del inmueble en favor del censualista cuando se falta al abono de las pensiones, y, en cambio, en la renta vitalicia no aparecen estas particularidades características de los derechos típicamente reales, aparte de que la perpetuidad, capitalización y redimibilidad de los censos imponen como consecuencia normas jurídicas totalmente alejadas de la constitución de una renta aleatoria;

Que el entronque más directo e inmediato de la figura jurídica creada sería el censo vitalicio, pero es necesario tener en cuenta que el Código civil no habla de este derecho real y si sólo del contrato de renta vitalicia, deferenciándolo del anterior en atribuir al pensionista un simple derecho personal, por lo que el Notario autorizante de un contrato de esta índole deberá respetar los límites y caracteres específicos, sin perjuicio de robustecer la posición del pensionista con

las garantías prudentes y posibles que los interesados estimen convenientes y la Ley admite como adecuados;

Que nuestra ley Hipotecaria, en el artículo 88, y su Reglamento, en el 169, al estudiar la anotación preventiva de legado, cuando se trata de rentas o pensiones periódicas impuestas por el testador a cargo de herederos u otros legatarios, pero sin declarar personal esta obligación concreta en derecho del legatario favorecido en la posibilidad de que convierta en inscripción hipotecaria su anterior anotación, consignando con perfecta claridad y visión exacta el verdadero matiz y la propia naturaleza que encierran esas pensiones periódicas;

Que la doctrina del "numerus apertus" tampoco es de aplicación en el presente caso, porque a pesar de su indudable influencia en el derecho inmobiliario, la ciencia jurídica moderna acoge con simpatía la orientación contraria, que encierra las innegables ventajas de facilitar la labor del Registrador en cuanto a su deber de calificación, favorecer los cálculos de los terceros adquirentes y evitar la creación de derechos innominados y ambiguos, y nuestra propia jurisprudencia impone ciertas cortapisas y limitaciones a la autonomía de las personas que constituyen un derecho real;

Y respecto del segundo defecto señalado en la nota, que por haber sido consentido por el recurrente no es necesario entrar en su estudio y resolución.

* * *

Las conclusiones a que, tras perfecta elaboración, llega el Centro Directivo, no pueden ser más claras y contundentes. Decididamente inclinado a la doctrina del *numerus clausus* aunque en la escritura se hubiese configurado el contrato como de censo vitalicio, con tal expresa denominación, dudamos, de haber sido igualmente rechazada por el Registrador, la hubiese aquél estimado correcta.

Y, sin embargo, el inciso final del art. 1.802 "cuyo dominio se le transfiere, desde luego, con la carga de la pensión" y la opinión de algún autorizado comentarista—véase Castán, *Contestaciones a Notarías*, página 551, tercera edición—al expresar que dicho censo ha sido transformado en el contrato de renta vitalicia, parece inclinarnos a lo contrario, o sea, a la posibilidad de llegar a construir esa suerte de censo. Que sus afinidades con el reservativo son grandes, es indudable, si bien

así como en éste la no redención por parte del censatario no podrá exceder de sesenta años (art. 1.068 del Código civil); en el vitalicio, cuando se constituya sobre la vida de más de una persona, no podrá nunca extralimitarse el grado que para las sustituciones fideicomisarias señala el art. 781 del mismo Cuerpo legal. Además, dado el carácter de unilateral—*de unilaterio* lo califican Pérez González y Algur en sus notas a *Enneccerus*—asignado al contrato de renta vitalicia, a cuyas normas se sujetaría el censo de tal nombre—¿cabría su redención?—Porque a ello se opondría el art. 1.805 del Código civil y la doctrina de la Dirección, que en su Resolución de 28 de mayo de 1895 declaró lo siguiente: Según el art. 1.805 del Código civil ni aun la falta de pago de las pensiones vencidas de una renta vitalicia autoriza a su perceptor a exigir el reembolso del capital, de donde se sigue que con mayor razón ha de estar prohibido al pensionista extinguir la renta mediante una capitalización convenida con el dueño de la finca o fincas gravadas y percibo, por consiguiente, del capital estipulado.

ENAJENACIÓN DE BIENES EN CATALUÑA GRAVADOS CON CLÁUSULA DE RESTITUCIÓN O AFECTOS A SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA. RE-
- PRESENTACIÓN POR LA MADRE DE HIJOS MENORES DE EDAD SIN
- QUE SE DEN LOS SUPUESTOS DE EXTINCIÓN, PÉRDIDA, SUSPENSIÓN
- Y PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD DEL PADRE DE LOS MISMOS
- NI HAYA SIDO DECLARADA JUDICIALMENTE SU AUSENCIA. PRECE-
- DENCIA DE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA ENAJENAR BIENES
- DE MENORES A LA INSCRIPCIÓN. DISTRIBUCIÓN DEL PRECIO APLA-
- ZADO ENTRE LAS FINCAS VENDIDAS. FALTA DE INSCRIPCIÓN
- PREVIA.

Resolución de 10 de marzo de 1944. "B. O." de 16 de abril.

Don J.-C. falleció bajo testamento en el que, entre otras disposiciones, nombró usufructuario de todos sus bienes a su esposa, doña M. de la C., e instituyó heredero a su hijo don J. C. C., sustituyéndole para después de su muerte los hijos que dejare de legítimo matrimonio, previendo, a más, otros llamamientos para el caso de que el fiduciario le premuriese o, sobreviviéndole, no dejara sucesión. No obstante dicha sustitución, facultó a su citado hijo don J. C. C. para que pudiera dejar

a la que fuera su esposa el usufructo de los bienes de la herencia conservándose viuda.

Formalizado el inventario de los bienes relictos por el causante, se inscribieron los mismos en los Registros respectivos a favor de doña M. de la C. como usufructuaria, y de don J. C. C. como heredero fiduciario. Este promovió ante el Juzgado de Primera instancia de Mataró juicio de testamentaría para detraer, como dedujo, de aquellos bienes la parte proporcional que le correspondía en pago de su legítima, dejando a salvo la detacción de la cuarta trebeliánica que le pertenecía como heredero gravado de restitución. Aprobadas las operaciones divisorias mediante auto de dicho Juzgado, se adjudicaron al repetido don J. C. C., afectos a la sustitución fideicomisaria establecida por su padre, cuatro piezas de tierra y una casa de labranza que forman la finca "Can Peric".

Con estos antecedentes, la esposa del fiduciario—autorizada al efecto por éste en poder oportuno en el que le concede la venia marital más amplia para regir su persona y bienes; cuide de sus hijos L. y T. como madre con la representación legal que le otorga sin limitación alguna, y venda, con o sin requisitos de subasta, la finca "Can Peric" por el precio y condiciones que la acomoden—, la esposa del fiduciario, repetimos, por sí, o sea en cuanto al probable usufructo que pudiera corresponderle por testamento que acaso otorgara su esposo, en nombre de éste, del modo y forma que dispone el art. 109 de la ley Hipotecaria, comprendiendo incluso el derecho a detraer la cuarta trebeliánica que reservara al mismo el Juzgado de Mataró y en el de los hijos de la otorgante L. y T. como sustitutos fideicomisarios vivientes, menores de edad, vendió por escritura otorgada ante el Notario D. Damián Galmés la relacionada finca "Can Peric" y otra llamada "El Garrofers", que se supone de la misma procedencia y que carece de inscripción, a determinado señor por el precio de 175.000 pesetas, de las cuales afirmó la vendedora tener recibidas 80.000, entregándose otras 15.000 en el acto del otorgamiento y quedando aplazadas las restantes 80.000 y en poder del comprador para hacerlas efectivas un mes después de haberse inscrito en el Registro el expediente posesorio de la finca "El Garrofers" y de haberse obtenido la autorización judicial para consolidar la venta de los derechos futuros de los menores hijos L. y T!

Presentada la escritura de compraventa en el Registro de Mataró, causó la siguiente nota: No admita la inscripción del precedente docu-

mento por los defectos siguientes: 1.º Porque el usufructo de las fincas vendidas aparece inscrito a favor de persona distinta del vendedor. 2.º Porque el derecho correlativo de nuda propiedad, aunque no se le designe así, se vende en nombre de personas que no lo tienen, careciendo, por tanto, de capacidad para disponer de él, y si lo que quiere darse a entender es que lo renuncian, tampoco pueden renunciarse derechos que no están en el patrimonio del renunciante. No pudiendo determinarse hoy quiénes sean los fideicomisarios del fideicomiso que estableció don J. C., mal pueden venderse hoy bienes del mismo por sus nietos L. y T., que no son los únicos llamados y sin condiciones, único caso en que podrían vender con autorización judicial pedida por su padre, pues pudieran no existir a la muerte del fiduciario y si otros hermanos suyos. Por esta razón sólo es hoy enajenable el usufructo como derecho atribuido a un titular determinado y cierto. 3.º Porque del precio de la venta se aplaza cierta cantidad, sin distribuirla entre las fincas vendidas, y en el Registro ha de constar claramente la parte de precio que por la transmisión de cada una queda pendiente, pues de no hacerlo así, induce a error a los terceros que adquieran algún derecho sobre ella. Y 4.º Respecto a la finca "El Garrofers" existe además el defecto de la previa inscripción. Los tres primeros defectos son insubsanables.

Interpuesto recurso gubernativo, la Dirección, confirmando en parte el auto apelado, que ratificó en todas sus partes la nota del Registrador, declara que la escritura objeto de recurso adolece de los defectos señalados por dicho funcionario, de los cuales el segundo tiene carácter insubsanable.

Considerando, respecto del primer defecto contenido en la nota, que una vez acreditado debidamente en el Registro el fallecimiento de la usufructuaria doña C. C., satisfechos a la Hacienda los derechos correspondientes y solicitada la cancelación en debida forma del Registrador, requisitos todos que las partes interesadas pueden llevar a cabo subsanando la falta consignada, podrá aquel funcionario hacer constar la extinción del usufructo, reflejando así el Registro la debida concordancia con la realidad.

Considerando que don J. C., en el testamento otorgado el 7 de enero de 1910, instituyó heredero a su hijo don J., sustituyéndole para después de su muerte los hijos que dejare de legítimo matrimonio, previendo otros llamamientos para el caso de que su mencionado hijo

le premuriése o, sobreviviéndole, no dejare sucesión, y de las palabras empleadas por el testador, así como del sentido general de las cláusulas, se desprende con toda evidencia la existencia de una sustitución fideicomisaria.

Considerando que el art. 109 de la ley Hipotecaria permite en Cataluña al heredero gravado de restitución la enajenación de los bienes, siempre que cumpla los requisitos prevenidos en dicho precepto, es decir, haciendo constar en la inscripción, con expresa reserva, las particularidades de que depende el derecho de los adquirentes, para que los terceros que de aquél traigan causa no puedan perjudicar el derecho de los llamados en segundo lugar.

Considerando que, aparte del fiduciario, han intervenido en la venta—representados por su madre—los fideicomisarios presuntos, nietos del testador, don L. y doña F., para transmitir sus respectivos derechos futuros, pero la concurrencia o el consentimiento de estos herederos no produce la transferencia total del derecho de propiedad, porque el testador ha llamado a los hijos que de su legítimo matrimonio tuviere el fiduciario, y queda siempre en pie, como defecto por ahora insubsanable, la posibilidad—por nada contradicha—de que nazcan otros hijos, a quienes también alcanza el llamamiento.

Considerando que la representación que se atribuye a la madre plantea un interesante problema en lo que atañe a su origen, legitimidad y contenido, que habrá de ser examinado en este triple aspecto.

Considerando que nuestro Código civil, en su art. 167, enumera las causas generales por las que se extingue la patria potestad, mas en ninguno de los tres supuestos que señala puede comprenderse la situación aquí planteada, y en los preceptos siguientes, 169, 170 y 171, referidos a los casos de pérdida, suspensión y privación, respectivamente, abarca otras hipótesis, entre las que tampoco es lógico incluir la figura actual.

Considerando que si la ausencia del marido no ha sido declarada judicialmente por no concurrir los requisitos exigidos por el art. 183 de nuestro Cuerpo legal para considerarlo en tal situación, ni ha sido pedida la declaración, por las personas que tienen derecho a ello, surge un obstáculo legal que impide a esa situación producir, respecto del instituto de la patria potestad, el apetecido efecto de derivar en la madre su total contenido.

Considerando que, no obstante las razones antedichas, los preceptos

que podría ponerse de relieve con un atento examen de los arts. 1.441 y siguientes del Código civil, la necesidad perentoria de proveer a un hogar pasajeramente privado de su legítimo representante, la utilidad, de buscar soluciones amplias y flexibles que puedan hacer frente a problemas económicos graves y de carácter acuciante, y la conveniencia de que los hijos sean atendidos por la persona más obligada, como es la madre, son razones todas que justifican la tesis de reputar a ésta legítima, representante en casos como el discutido;

Considerando que la enajenación de bienes de menores por el padre o la madre requiere, a los efectos del Registro, como previa, la autorización judicial, y este requisito, claramente exigido por el art. 164 del Código civil, indica que esa formalidad fundamental ha de preceder a la inscripción de la venta, puesto que el Juez debe normalmente conocer con antelación las causas de necesidad y utilidad en que se funda, y su dictamen favorable deberá ser elemento includible para la calificación de la escritura.

Considerando que, ni aun aceptando en todo lo compatible con el principio de legalidad la doctrina del Tribunal Supremo relativa a que el contrato celebrado sin la previa autorización no es radicalmente nulo, sino sólo anulable y susceptible de ser invalidado por acción de nulidad o purificado y convalidado mediante su confirmación, podría tomarse anotación preventiva del título presentado, porque, según se hace constar en el recurso, la autorización para vender las fincas en cuestión, lejos de haber sido otorgada con posterioridad a la formalización de la venta, ha sido denegada por el Juzgado competente.

Considerando que la necesidad de distribuir el precio aplazado entre las fincas vendidas pudiera salvarse respecto de la denominada "Can Peric", porque los cuatro predios que integran colindan entre sí y es factible practicar, a petición de los interesados, la correspondiente agrupación y formar una sola finca; pero habiendo sido también objeto de la venta el otro inmueble conocido por "El Garrofers", deberá determinarse con precisión la parte del precio que se le señala.

Considerando que la falta de inmatriculación de la finca vendida debe reputarse defecto subsanable, conforme a lo dispuesto en los párrafos segundo y sexto del art. 20 de la ley Hipotecaria.

¿LOS EXCESOS DE SUPERFICIE DE LAS FINCAS PUEDEN INSCRIBIRSE AL AMPARO DEL PÁRRAFO TERCERO DEL ART. 20 DE LA LEY HIPOTECARIA O, POR EL CONTRARIO, DEBEN INGRESAR EN EL REGISTRO, CONFORME A LO DISPUESTO EN EL ART. 504 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO, MEDIANTE LOS OPORTUNOS EXPEDIENTES DE POSESIÓN O DOMINIO?

Resolución de 14 de marzo de 1944. "B. O." de 21 de abril.

Un señor adquirió por escritura de compra dos fincas, una de ellas —monte, terreno inculto— de 16.972,80 metros cuadrados, que después de varias segregaciones, quedó reducida a 1.073,94 metros cuadrados, aunque, de medición reciente, su cabida es de 9.610 metros cuadrados; y otra—también terreno inculto—de 15.361,92 metros cuadrados, de la que, por consecuencia de segregaciones en ella practicadas, quedó reducida a 576,45 metros cuadrados, si bien su superficie real es de 10.069 metros cuadrados.

Fallecido dicho señor, su viuda, por sí y como comisaria del mismo, por escritura otorgada el 12 de septiembre de 1942, ante el Notario de Guecho D. Juan Mantilla Aguirre, segregó—para donar, como lo hizo, a una hija de ambos—tres trozos de dichas dos anteriores relacionadas fincas, que se describían en los antecedentes, señalando sus cabidas, según lo indicado, a saber:

A) Heredad denominada Masti, de 6.190 metros cuadrados. Se segregó de la primera finca; y como la superficie inscribible de aquélla es de 1.073,94 metros cuadrados, el exceso de 5.116,06 metros cuadrados debe matricularse al amparo del párrafo tercero del art. 20 de la ley Hipotecaria.

B) Otra heredad denominada Abaro, de 3.420 metros cuadrados. Se segregó de la misma finca primera y se solicitaba su inscripción al amparo del citado precepto; y

C) Monte denominado Inferunetas, de 10.069 metros cuadrados. Se formó por segregación de la finca segunda y como de ella sólo es inscribible la superficie de 576,43 metros cuadrados, el exceso de 9.492,57 metros cuadrados se solicitó se inscribiera al amparo del repetido párrafo tercero del art. 20 de la ley Hipotecaria.

Presentada primera copia de la escritura en el Registro de Bil-

bao, se extendió a su pie la siguiente nota: Inscrita la segregación y donación respecto de la finca de la letra C, sólo con la superficie de 576,43 metros cuadrados, y denegada la inscripción de las segregadas con las letras A y B. de 6.190 metros cuadrados y 3.420 metros cuadrados, respectivamente, así como del exceso de 9.492 metros cuadrados 57 decímetros cuadrados de las letra C, porque no habiendo en la finca matriz, según el título, más que 576,43 metros cuadrados, resto del monte Inferunetas, y 1.073,94 metros cuadrados en el otro pertenecido, no es posible, respecto de las últimas, formar dos nuevas con los linderos que se expresan y las cabidas referidas; sin que pueda aplicarse el artículo 20 de la ley Hipotecaria para inscribir estos excesos de superficie, por resultar del propio título que se cita y que está inscrito que lo adquirido por el causante en la escritura de compra fueron las fincas con sus cabidas precisas y no más, por cuya razón no puede la donante, con referencia a esa escritura, hacer constar, a los efectos de la regla segunda del art. 87 del Reglamento de la ley Hipotecaria, ni el nombre de la persona de quien adquirió el dominio, ni el acto o contrato que motivó la adquisición, ni el funcionario que expidió el documento ni su fecha, por todo lo cual es el art. 392 de la referida Ley al que deben acogerse, ya que carecen de título escrito.

Interpuesto recurso por el Notario autorizante, la Dirección, confirmando el auto presidencial ratificadorio de la nota del Registrador, declara no hallarse la escritura extendida con arreglo a las prescripciones y formalidades legales mediante la siguiente atinadísima doctrina que sienta tras la formulación del enunciado.

Que es esencial en nuestro sistema hipotecario el principio del trácto sucesivo, y para que la excepción al mismo, que aparece consagrada en el párrafo tercero del art. 20 de la ley Hipotecaria, sea aplicada a los excesos de superficie, se requiere que la finca inscrita aparezca contenida dentro de linderos ciertos y pueda ser indudablemente identificada, lo que no ocurre en el caso del recurso; y como, de un lado, no es lo mismo inscribir por primera vez una finca si no existe asiento contradictorio en el Registro que ampliar la cabida de las ya inscritas, sin audiencia de los colindantes, y la acción *finium regundorum* es de distinta naturaleza que la reivindicatoria, mientras, de otro lado, el principio de legitimación del art. 41 de nuestra ley Hipotecaria puede dar lugar a que resulten perjudicados por las expansiones perimetrales los dueños de otros terrenos inscritos, carece de valor para el presente caso la alega-

ción hecha por el recurrente de que en la legislación hipotecaria española la medida superficial no está protegida por la fides pública.

Que la doctrina constante de este Centro directivo estima que no es suficiente la sola manifestación de los interesados para legalizar la existencia de los excesos de superficie y que, por tanto, su inscripción sólo debe practicarse (cuando no concurren circunstancias análogas a las que motivaron las Resoluciones de 26 de junio de 1933 y 27 de junio de 1935, inaplicables al presente caso), previos los oportunos expedientes de posesión o de dominio a que se refiere el artículo 504 del Reglamento Hipotecario, por ser éste un precepto especial y posterior que limita o modula la aplicación de las disposiciones anteriores de carácter general.

Que si bien debe procurarse por todos los medios posibles la más exacta correspondencia entre el Registro y la realidad, hasta el punto de que la jurisprudencia autoriza en nuestro país al Registrador para no conceder valor a ciertas diferencias, siguiendo en esto el criterio de otros sistemas, tal norma no puede admitirse en el caso del recurso, ya que se faculta únicamente para que se subsancen pequeñas discordias entre el título y el asiento registral, pero no para rectificar cifras de tan distinta cuantía que, alterando sustancialmente la extensión de las fincas, modifican por completo uno de los requisitos que de ordinario sirven de base para su identificación.

GINÉS CÁNOVAS GOUTIÑO
Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIA DE 26 DE FEBRERO DE 1944.—*Novación. cuenta corriente.*

En este pleito se parte del hecho indiscutible de que los hermanos J. y V., uno como deudor principal y el otro como fiador solidario, obtuvieron del demandante un préstamo, que en el contrato se califica de mercantil, renovado las últimas veces en 4 de abril, 4 de julio y 4 de octubre de 1934 por la misma cantidad y con las mismas condiciones, salvo el plazo de vencimiento, que fué prorrogado de tres en tres meses, discutiéndose fundamentalmente en este recurso si, ejercitada la acción de inexistencia por simulación de los contratos de cesión de parte proindivisa y venta de una casa por los referidos hermanos en el mes de abril de aquel año, el acreedor demandante está activamente legitimado por virtud de la renovación del préstamo en octubre de 1934 para solicitar la aludida declaración de inexistencia en virtud del préstamo y, por consiguiente, estaba éste vivo en la fecha de la cesión y venta que se dicen simuladas (tesis del recurso), o si, por el contrario, la renovación produce la extinción de la obligación anterior y hace surgir otra nueva, lo que privaría al acreedor de interés protegible para impugnar los actos y contratos que sus deudores hayan realizado con anterioridad a la fecha de la última renovación del préstamo (tesis de la sentencia recurrida).

Gran parte de la argumentación del recurso va encaminada a combatir la tesis de la Sala sentenciadora partiendo del supuesto de que el préstamo en cuestión quedó ligado a un contrato de cuenta corriente garantida, en el que la cuenta no se extingue por las liquidaciones trimestrales, sino que sigue en vigor el crédito resultante de cada liquidación si el deudor no paga: mas esta posición del recurso es inoperante y sería, en todo caso, contraproducente a los fines que se persiguen.

1.º Porque el tema de la cuenta corriente no ha sido objeto de alegación y discusión en el período expositivo del juicio, y sólo hay en trámite de prueba alguna indicación de apertura de cuenta de crédito, no de cuenta corriente contractual, ofreciendo así en casación este tema la consideración de cuestión nueva; aparte de que no existe constancia alguna de que los interesados hayan hecho declaración de voluntad de constituir el negocio de la cuenta corriente como contrato normativo de sus actividades, pues lo que dice la póliza de préstamo es que el deudor podrá abrir cuenta corriente garantida, con cargo a la cual le será permitido disponer del crédito que el Banco le concede hasta el momento del préstamo, y esta posible operación bancaria de apertura de crédito sólo tiene de común con el contrato de referencia su forma contable, pues la configuración y efectos jurídicos del contrato de cuenta corriente son sustancialmente distintos de la apertura de crédito y figuras similares en particular, porque falta en éstas la recíproca concesión de crédito que es esencial en aquel contrato; y 2.º Porque si efectivamente existiese contrato de cuenta corriente, como su efecto más destacado es el de transformar el crédito preexistente en una mera partida de la cuenta, sujeta a no exigibilidad hasta el momento convenido, la relación jurídica del préstamo se habría extinguido al ser registrado y fundido su importe en la cuenta referida, a diferencia de lo que ocurre con la apertura de crédito y negocios similares en que no hay transformación de la relación jurídica al sujetarla a mera forma contable, pues sigue manteniendo su autonomía.

Si por el cauce del contrato de cuenta corriente no se llega a la casación que se pretende, resulta procedente ésta por la argumentación alternativa del primer motivo del recurso, pues siendo efectivamente cierto que el préstamo fué objeto de renovaciones desde abril de 1934 por la misma cantidad de 21.000 pesetas y con la misma garantía personal, modificándose solamente el plazo de vencimiento, y aun cuando en materia tan sutil sería aventurado marcar un criterio de diferenciación absoluta entre renovaciones de préstamo que producen novación o no la producen, se puede afirmar, siguiendo las orientaciones más preponderantes de las doctrinas jurisprudencial y científica, que la renovación, en casos como el de autos, no es determinante de efectos novatorios, porque la circunstancia de variar el plazo de vencimiento, manteniéndose la identidad completa del contenido de la obligación y de sus elementos personales, no causa por sí sola ni el *animus novandi*, ni

la alteración o cambio sustancial de las condiciones principales de la obligación en términos generales, y, a salvo especiales casos como el del contrato a fecha fija, en que el vencimiento siquiera fué la razón determinante o condición esencial que motivó la celebración del contrato. Por lo expuesto, procede concluir que el contrato de préstamo trimestralmente renovado desde el 4 de abril de 1934 estaba en vigor el 22 de mayo inmediato en que fueron otorgados la cesión y venta que se tildan de inexistentes por simulación, quedando así activamente legitimado el Banco acreedor para accionar en este pleito como perjudicado por aquellas enajenaciones, y al no entenderlo así, la Sala de instancia ha infringido los arts. 1.203 y 1.204 del Código civil y la doctrina jurisprudencial que con aquellos preceptos se cita en el primer motivo del recurso.

SENTENCIA DE 3 DE MARZO DE 1944.—Lesio enormis y desvalorización (1).

Son de estimar como antecedentes en la presente litis que mediante escritura pública, otorgada ante el Notario en 25 de octubre de 1938, J. V. B. vendió a doña J. O. S. la casa mediante precio de 425.000 pesetas en Barcelona, cantidad que ingresó el vendedor en la sucursal del Banco de España en la citada población bajo depósito voluntario, que más tarde quedó sometida a la ley del Desbloqueo, produciéndose la oportuna inscripción de la finca objeto de venta en el Registro de la Propiedad a favor de la compradora; y que, tasada pericialmente en autos la referida casa con relación a la época de la venta 440.425,60 pesetas, pretende el vendedor está afectado dicho contrato de lesión como consecuencia del valor dado a la moneda roja en el porcentaje establecido por la Ley de 7 de diciembre de 1939.

Para que exista la referida lesión a tenor del libro IV, título cuarenta y cuatro, leyes dos y ocho del Código Justiniano, y, según es opinión unánime de los comentaristas, debe apreciarse únicamente el precio en el tiempo de otorgarse el contrato; doctrina asimismo sustentada por esta Sala en reiterada jurisprudencia, entre otras sentencias, en la de 30 de junio de 1906, que concretamente sostiene que, si bien son rescindibles en Cataluña, según la legislación allí vigente, las ventas en que hubiere mediado lesión enorme, o sea engaño, en más de la mitad del justo precio, es necesario determinarlo con arreglo al valor

(1) Véase en idéntico sentido S. 18-III-1944.

que la cosa enajenada tuviera al realizarse la venta, prueba que incumbe al actor como primer fundamento de su acción.

La parte demandante pretende fundamentar la acción por lesión, no por la sufrida en el momento de consumarse el contrato de compraventa, o sea, el 25 de octubre de 1938, sino como consecuencia del valor atribuido por la Ley de 7 de diciembre de 1939 a la moneda roja, olvidando que los porcentajes de valoración establecidos por dicha Ley no tienen aplicación más que en los casos en ella taxativamente previstos, y así es hace constar en su preámbulo al consignar que "es obligado tener en cuenta que, a los efectos de una actuación concreta del Estado en estos problemas, una cosa son las relaciones extinguidas bajo el dominio marxista y otra las que, de modo indeclinable, demandan una solución a la suspensión en que actualmente se encuentran. En las primeras, el Estado debe intervenir en tanto en cuanto el interés general lo aconseje. Hubiera constituido una perturbación la plena revisión de pagos hechos durante el dominio marxista", de donde se desprende que, no incluido en los preceptos de la Ley citada el caso de autos, no puede desorbitarse el art. 12 de la misma, separándolo de los casos en ella previstos para conjugarlo con los de lesión, establecidos por la legislación de Cataluña en época pretérita, tanto más cuanto a mayor abundamiento de haber empleado el vendedor el precio de la venta en vez de dejarlo depositado en el Banco, faltaría la pretendida ocasión de plantear esta litis.

SENTENCIA DE 4 DE MARZO DE 1944.—*Seguro.*

El laudo dictado en 21 de noviembre de 1940 por la Junta Consultiva de Seguros, constituida en Colegio de amigables componedores, a virtud de lo dispuesto en la Ley de 17 de octubre anterior, excluye de toda indemnización aquellos siniestros que, consistiendo en hechos de guerra (bombardeos, caída de proyectiles, explosión de minas o de bombas y demás hechos que sean efecto directo de operaciones militares), no estén cubiertos expresamente por cláusula especial de la póliza; y así, si bien este laudo no tiene fuerza legal para el caso presente, que está exceptuado en el apartado *b*) del art. 2.º de la Ley de 17 de octubre citada, por haber sido presentada la demanda con anterioridad, constituye, sin embargo, un criterio jurídico respetable que viene a robustecer el que en esta sentencia se adopta.

SENTENCIA DE 4 DE MARZO DE 1944.—*Nulidad procesal.*

En el primer motivo del recurso se acusa la vulneración de los artículos 1.573 y 1.574 de la ley Procesal, alegando que, detenido el recurrente y cerrado su establecimiento al deducirse la demanda de desahucio, es indudable que medió por parte del entonces actor una ocultación maliciosa de tales extremos, y, como consecuencia de la misma, fué practicada la citación del demandado en lugar distinto al de su residencia, defecto procesal determinante de la nulidad del juicio, aduciéndose en el segundo de los mismos motivos que, al no reconocer el Tribunal *a quo* la existencia de esta nulidad, incide su sentencia en error de hecho y de derecho.

La subsanación de los defectos procesales debe pedirse en el curso del juicio en que se produjeron, haciendo uso, al efecto, de los medios ordinarios de reparación, pero no cabe admitir que un posterior juicio declarativo constituya medio adecuado para obtener la subsanación o nulidad pretendidas, lo que sólo podría intentarse por medio del recurso extraordinario de revisión; y si, como declaró esta Sala en sentencias de 12 de junio de 1918 y 6 de marzo de 1942, la nulidad de actuaciones es siempre un recurso incidental, aunque para denunciarla se acuerda el pronunciamiento de juicio declarativo, esta doctrina impone la desestimación de los motivos del recurso, puesto que las resoluciones recaídas en los incidentes de aquella naturaleza no tienen acceso a la casación por infracción de ley.

SENTENCIA DE 6 DE MARZO DE 1944.—*Interpretación de testamento; derecho de acrecer.*

I. Tiene proclamado esta Sala, en sentencia de 9 de octubre de 1943, que toda interpretación y, por consiguiente, tanto de las normas como de los negocios jurídicos, al ir dirigida a indagar el significado efectivo y el alcance de una manifestación de voluntad, exige, fundamentalmente, captar el elemento espiritual, la voluntad e intención de los sujetos declarantes, contenidos en la Ley o en el acto jurídico, sin limitarse al sentido aparente e inmediato que resulte de las palabras; y esta tesis, que alcanza especial relieve y aplicación cuando se

trata de declaraciones de voluntad no recepticias, cual lo es el testamento, está sustancialmente acogida por el art 675 del Código civil, que concede notoria supremacía a la voluntad real del testador sobre el sentido literal de la declaración, sin perjuicio de prescribir—en razón a que ha de suponerse que las palabras, por lo general, exteriorizan y reflejan fielmente la voluntad—que debe el intérprete atenerse al sentido textual, siempre que la intención no parezca contraria, o, lo que es igual, siempre que el texto de las cláusulas testamentarias sea claro y expresivo, de suerte que baste la simple lectura para colegir por modo inequívoco el propósito e intención del testador. Es también doctrina muy reiterada de jurisprudencia que corresponde al Juzgador de instancia la facultad de fijar el sentido y alcance de las cláusulas testamentarias, debiendo prevalecer su interpretación en tanto no se patentice de un modo claro y manifiesto que es equivocada, ya porque se demuestre, por vía del número primero del art. 1.692 de la ley de Enjuiciamiento civil que ha vulnerado aquél al fijar el sentido de la declaración de voluntad, las normas del Código sustantivo y relativas a la interpretación de los actos de última voluntad, ya porque se acre-dite debidamente por el cauce del número séptimo del propio artículo que se ha cometido evidentemente error en la apreciación de los hechos que sirvan de base material a esa interpretación. El recurso de casación no puede prosperar por las siguientes razones: 1.^a Que los elementos llamados usualmente gramatical, lógico y sistemático no pueden aislarse uno de otros ni ser escalonados como categorías o especies di-versas de interpretación, pues no son más que medios o instrumentos que el intérprete ha de poner en juego dentro de un proceso interpre-tativo unitario 2.^a Que el art. 675 del Código no impone, ni podía hacerlo, ese orden de prelación en que se supone deben utilizarse los criterios interpretativos, pues al decir que "toda disposición testamen-taria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fué otra la voluntad del testador", y que "en caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador, según el tenor del mismo testamento" no excluye, para determinar si hay una clara voluntad del testador que obligue a no dar a las palabras del testador su sentido literal (hipótesis prevista en la proposición primera de dicho artículo) o para apreciar si hay, cuando menos, motivos de duda a este respecto (hipótesis de la proposi-ción segunda), se deban utilizar, conjunta y combinadamente los ins-

trumentos todos de la interpretación. 3.^a Que el caso de duda a que se refiere el propio artículo puede nacer no sólo de las cláusulas del testamento, sean oscuras o ambiguas, sino también de que sean en algún punto inexpresivas, ya que la Ley no excluye esta posibilidad y, por consiguiente, admite implícitamente que el sentido literal de las disposiciones del testamento, insuficientemente expresado, puede ser desen- vuelto o integrado por el Juez, siempre que para ello se parta de las propias declaraciones del documento testamentario. o, lo que es igual, del "tenor del mismo testamento", del cual puede extraerse, por modo claro, la verdadera y completa voluntad del disponente, como así lo ha declarado ya la doctrina de esta Sala en sentencias de 8 de julio de 1940 y 3 de junio de 1942. 4.^a Que, en todo caso, es incuestionable que los testamentos, como toda clase de negocios jurídicos, no se han de interpretar tomando sólo en consideración palabras o frases aisladas, sino la totalidad de la declaración de voluntad, como así también lo viene reconociendo una jurisprudencia muy reiterada, en la que se ha establecido que, para la recta inteligencia de una cláusula testamentaria, objeto de controversia, es forzoso ponerla en relación con las demás del testamento para conocer, por el contenido de todas y de cada una, cuál fué en aquél la verdadera voluntad del testador.

II. Tampoco existe la infracción pretendida del art. 982 del mismo Código, ya que el derecho de acrecer tiene como único fundamento, reconocido por la jurisprudencia de este Tribunal (sentencias de 13 de noviembre de 1911 y 5 de junio de 1917, entre otras) la voluntad del testador y, por ello, ha de ser admitida la aplicación de dicho derecho, no sólo en los casos de porción vacante a que alude aquel artículo y en algunos otros supuestos que resultan de otros artículos complementarios, sino también en el de que sea nula la disposición testamentaria en favor de uno de los herederos conjuntos, cuando, como ocurre en el caso presente, tiene apoyo el juego del derecho de acrecer en la interpretación de la voluntad del causante, ley suprema de la sucesión *mortis causa*.

SENTENCIA DE 13 DE MARZO DE 1944.—*Suspensión de pagos.*

El art. 908 del Código de Comercio estatuye que los bienes que existan en la masa de la quiebra cuya propiedad no se hubiera transferido al quebrado por un título legal e irrevocable, se considerarán

de dominio ajeno y se pondrán a disposición de sus legítimos dueños, y además faculta a éstos para promover, cuando no les sean reconocidos sus derechos, el correspondiente juicio reivindicatorio: y el artículo siguiente, el 909, enumera esos bienes que han de considerarse de dominio ajeno y comprende entre ellos, en su número tercero, los que el quebrado tuviera en depósito. Los citados preceptos, aplicables también a la suspensión de pagos, según se desprende del art. 22 de la Ley reguladora de este procedimiento, inspirado en el designio de evitar que el convenio que pueda concertarse tenga por base una masa patrimonial falta de exactitud, debe interpretarse, como ya establecía la sentencia de esta misma Sala de 28 de noviembre de 1936, en el sentido de que los bienes en depósito a que se refiere este número tercero del art. 909 han de encontrarse en poder del suspenso para que la restitución a sus dueños pueda efectuarse y que cuando la desaparición de lo depositado ocurra antes de la suspensión, el depositante únicamente tendrá derecho a que se reconozca un crédito por el valor de los efectos desaparecidos, crédito que ha de quedar sujeto al convenio de la suspensión porque los acreedores por este concepto no gozan de privilegio alguno, según se infiere de los arts. 15 y 22 de la expresada Ley especial. En el caso de este recurso los litigantes afirman y el Tribunal a quo establece como base de sus declaraciones que los valores mobiliarios depositados por A. F. A. en la Sociedad M. y C. no se encontraban en poder de ésta al decretarse la suspensión de pagos porque habían sido enajenados con anterioridad; y a base de esta afirmación es forzoso admitir que la sentencia recurrida, al declarar que la Sociedad suspensa debe indemnizar al A. F. A. del importe de los valores depositados que no hayan sido devueltos y al condenarle accediendo a lo pretendido en la contestación a la demanda a que satisfaga esta responsabilidad con arreglo al convenio de la suspensión, no infringe los mencionados arts. 908 y 909 del Código de Comercio ni el 15 y 22 de la Ley de 26 de julio de 1922, porque estos preceptos no atribuyen privilegio especial a los acreedores por créditos provenientes de las responsabilidades que origine el quebrantamiento e infracción por el comerciante suspenso de los contratos de depósito que éste tuviera celebrado.

Jurisprudencia sobre el impuesto de Derechos reales

Resolución del Tribunal Central de 29 de julio de 1941.

EL ACTO DE DISOLUCIÓN DE SOCIEDAD TRIBUTA AL 1,20 POR 100 SOBRE TDJO EL CAPITAL NOMINAL SI NO SE ACOMPAÑA AL DOCUMENTO LIQUIDABLE EL ÚLTIMO BALANCE ANTERIOR AL ACUERDO DE DISOLUCIÓN NI SE HACE ADJUDICACIÓN EXPRESA DEL CAPITAL A LOS SOCIOS O A TERCERAS PERSONAS, CUYOS SUPUESTOS SE DAN CUANDO EN LA ESCRITURA DE DISOLUCIÓN SE CONSIGNA SOLAMENTE EL EFECTIVO RESULTANTE DESPUÉS DE REALIZADOS LOS BIENES Y CUMPLIDAS LAS OBLIGACIONES SOCIALES, ADJUDICÁNDOSE EL METÁLICO OBTENIDO COMO RESULTADO DE LA LIQUIDACIÓN.

SI NO SE PONE EN CONOCIMIENTO DE LA OFICINA LIQUIDADORA EL ACUERDO DE LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DENTRO DEL TÉRMINO REGLAMENTARIO DE TREINTA DÍAS, PROcede EXIGIR LA MULTA CORRESPONDIENTE POR FALTA DE PRESENTACIÓN DEL DOCUMENTO EN PLAZO.

Antecedentes.—En escritura de fecha 21 de diciembre de 1940 se hizo constar: que por escritura de 23 de mayo de 1923 las Sociedades Miller y Compañía y Curbelo y Compañía constituyeron una Sociedad mercantil denominada "Almacenes de Vinos de Santa Catalina, Limitada", con un capital de 350.000 pesetas, de las que aportaron cada una de ellas, respectivamente, el 75 por 100 y el 25 por 100; que por otra escritura de fecha 1 de septiembre de 1927 el capital de esa Sociedad fué elevado a 700.000 pesetas, aportando cada una de aquellas dos Sociedades el mismo tanto por ciento del nuevo capital, de modo que el capital de la primera en la nueva Sociedad alcanzó la cifra de 525.000 pesetas y el de la segunda 125.000; que en junta ge-

neral de la Sociedad "Almacenes de Vinos de Santa Catalina", celebrada el 18 de junio de 1940, y ante el resultado de los balances de 31 de marzo de 1940 y 1.^o de abril de 1939, que arrojaba una pérdida considerable, y atendidas otras circunstancias, acordó dar por terminada la Sociedad el día 30 de dicho mes de junio, proceder seguidamente a su liquidación y, una vez hechas las operaciones necesarias al efecto, otorgar la escritura de disolución; que, hechas todas esas operaciones y realizados todos los bienes sociales y cumplidas todas las obligaciones que sobre la Sociedad pesaban, había quedado un remanente en efectivo de 240.345,91 pesetas, y que esa cifra se repartía en la misma proporción en que las dos Sociedades primeramente nombradas habían aportado el capital de la disuelta, o sea, un 75 por 100 para Miller y Compañía y el 25 por 100 restante para Curbelo y Compañía.

En su consecuencia formularon el siguiente balance y distribución de capital: Activo, después de realizados todos los bienes y cumplidas todas las obligaciones, 240.345,91 pesetas; pasivo: el capital social que, por efecto de las pérdidas, ha quedado reducido a esa misma cifra, y que se distribuye así: tres cuartas partes a Miller y Compañía, 180.259,43 pesetas, y una cuarta parte a Curbelo y Compañía, 60.085,48 pesetas; con lo cual, y en cumplimiento del acuerdo citado de la junta general, daban por liquidada y disuelta la Sociedad "Almacenes de Vinos de Santa Catalina".

La oficina liquidadora, al serle presentada la mencionada escritura, liquidó al 1,20 por 100 con multa del 30 por 100 por presentación fuera del plazo reglamentario sobre la base del capital social aportado por cada una de las dos Sociedades, esto es, a Miller y Compañía sobre 525.000 pesetas y a Curbelo y Compañía sobre pesetas 175.000.

Ambas liquidaciones fueron recurridas por la razón de que, conforme al primer inciso del apartado 15) del art. 19 del Reglamento, la disolución de Sociedad tributa al 0,60 por 100 sobre el haber líquido cuando se acompaña el último balance anterior al acuerdo de disolución o, en su defecto, se hace adjudicación del capital a los socios o a tercera personas, requisitos ambos que, a juicio de los recurrentes, concurren en el caso ya que el capital quedó convertido en efectivo como consecuencia de la realización de las mercancías existentes en la Sociedad; y en cuanto a la multa por presentación del

documento fuera de plazo se alegó que la escritura de disolución, de fecha 21 de diciembre de 1940, fué presentada el 30 del mismo mes, dentro, por tanto, del plazo reglamentario.

Este argumento fundamental lo reforzaron los reclamantes diciendo que aunque el mencionado art. 19, en su apartado 16), dispone que para que la liquidación se practique bastará que exista el acuerdo de poner en liquidación la Sociedad y que aquélla tendrá el carácter de provisional, ese precepto no impone al contribuyente la obligación de presentar tal acuerdo en la oficina liquidadora, sino que se limita a consignar una facultad o posibilidad de efectuar la liquidación: y aun en el supuesto de que hubiera que hacer la presentación — continúan diciendo los recurrentes —, ello no produce otra consecuencia que la de girar una liquidación provisional, que habría de modificarse al presentar la escritura de disolución, y como ésta fué presentada dentro del plazo, se practicó, desde luego, la liquidación definitiva, en la que no cabe apreciar demora ni imponer sanción alguna.

El Tribunal provincial Económicoadministrativo desestimó el recurso, y el Central confirmó tal desestimación.

El segundo, después de transcribir el apartado 16) del art. 19, según el cual basta que exista el acuerdo de poner en liquidación la Sociedad para que la liquidación practique, dice que de él se infiere que la liquidación del tributo por disolución de Sociedad tiene dos momentos. uno, el del acuerdo de poner en liquidación la Sociedad, en cuyo instante nace la obligación de ponerlo en conocimiento de la Administración, acompañando el último balance anterior al acuerdo a fin de que se practique la liquidación provisional a cuenta de la definitiva, y otro, el de liquidación definitiva de la Sociedad, que impone también la obligación de presentar el documento respectivo en la oficina liquidadora en el plazo de un año, al objeto de girar, en su caso, la liquidación complementaria o de rectificar la provisional en beneficio del contribuyente.

Esto supuesto, como en el caso discutido, el acuerdo de poner en liquidación la Sociedad se adoptó en julio de 1940, en ese día nació la obligación de presentar en la oficina liquidadora certificación o testimonio de tal acuerdo, junto con el balance anterior formado el 31 de marzo del mismo año; y al no haber procedido así los recurrentes es claro, sigue diciendo el Tribunal, que quedaron incumplidos los

preceptos reglamentarios con todas las consecuencias fiscales derivadas del incumplimiento, como son la aplicación del tipo de liquidación del 1,20 y la imposición de la multa por falta de presentación en plazo.

Según eso, la aplicación del tipo de 0,60 a la cantidad que, como capital social, se fija en la escritura de 1940, suponiendo, como quieren los reclamantes, que se han cumplido los requisitos del párrafo 15) del art. 19 del Reglamento, no es procedente, en primer lugar, porque la cuenta que en la escritura figura como balance no puede estimarse como tal balance porque no figuran en él las partidas del activo y del pasivo a fin de poderlas comparar y deducir lo que realmente constituya el haber social líquido, y, en segundo lugar, porque aunque tal cuenta fuera un verdadero balance, no es ese al que el Reglamento se refiere, sino al último anterior al acuerdo de disolución, y, en tercer lugar, porque tampoco se hace adjudicación expresa del capital a los socios o a tercera personas, como preceptúa el citado apartado 15).

Comentarios.—Parécenos que la conclusión a que llega el acuerdo estudiado es acertada, dados los términos y antecedentes concretos del caso, pero éste nos sugiere la consideración de que el tipo aplicado no sería el procedente si las dos Sociedades que, como socios formaban la Sociedad disuelta, no hubieran llevado a cabo la realización del haber social hasta convertirlo en metálico partible, o que, aun hecha esa conversión, hubieran acompañado el balance correspondiente.

Lo que el Reglamento quiere es saber cuál es el haber líquido, pero quiere saberlo a la vista del balance anterior al acuerdo de disolución, no a la vista del resultado de la liquidación del mismo. Tiene esto importancia, porque la disolución de una Sociedad no da lugar solamente al acto específico de "disolución", o sea, el de pago a los socios de su participación en el haber social, sino que existen o pueden existir, por lo menos, los de adjudicación en pago o para pago de deudas como consecuencia de los créditos positivos o negativos que la Sociedad tenga en el momento en que se toma el acuerdo de disolución; y claro es que todos esos actos se sustraerían al impuesto si al conocimiento de la oficina liquidadora no llegase más que el resultado de la realización del haber social después de haberlo enaje-

nado y convertido en el metálico resultante una vez hechas efectivas todas las obligaciones sociales.

Lo que el Reglamento quiere evitar, por lo tanto, al sancionar con el tipo de 1,20 la falta de balance o, en su defecto, de adjudicación expresa del capital a los socios o a terceras personas es el desconocimiento del haber social íntegro y de los actos que sus diversas partidas puedan encerrar; de donde se puede concluir que si en el caso presente se hubiera consignado en la escritura de disolución el balance completo no nos ofrece duda que hubiera sido procedente la multa nacida de la presentación del documento fuera del plazo de treinta días, contados a partir del acuerdo de terminación de la Sociedad, pero no tendría razón de ser la aplicación del tipo de 1,20 sobre todo el haber nominal de la Sociedad disuelta.

Resolución del Tribunal Central de 7 de octubre de 1941.

LOS ALBACEAS CARECEN DE PERSONALIDAD PARA SOLICITAR LA CONDONACION DE LAS MULTAS IMPUESTAS A HEREDEROS Y LEGATARIOS.

Esta Resolución confirma la doctrina reiteradamente sentada por el Tribunal Central y también por el Tribunal Supremo relativa a la personalidad de los albaceas para pedir condonación de multas. Según tal criterio, el título de albacea no faculta para representar a los herederos en lo que se relaciona con la condonación de multas impuestas a éstos, porque tal título no les autoriza para defender los intereses particulares de aquéllos como contribuyentes, y sólo éstos, o la persona legalmente autorizada por ellos, pueden pedir el perdón de la sanción que les fué impuesta. Así se desprende de lo previsto en los arts. 15 y 114 del Reglamento de Procedimiento en las reclamaciones económicoadministrativas de 29 de julio de 1924.

El Tribunal Supremo, por su parte, ya dejó sentado en su sentencia de 28 de mayo de 1925 que el albacea, como tal, no tiene personalidad para recurrir contra las liquidaciones giradas a los herederos, y en el mismo sentido abunda el Tribunal Central Económicoadministrativo en su Resolución de 5 de febrero de 1935.

Resolución del Tribunal Central Económicoadministrativo de 14. de octubre de 1941.

LA COMPRA DE BIENES MUEBLES POR EL ESTADO MEDIANTE EXPEDIENTE DEL QUE APARECE LA CONFORMIDAD DE LAS PARTES CONTRATANTES ESTÁ SUJETA AL IMPUESTO AUNQUE NO SE HAYA CELEBRADO SUBASTA NI CONCURSO.

Antecedentes.—La Junta económica de la Dirección general del Ministerio del Aire acordó en 1940 la adquisición, por gestión directa con una casa constructora, de ciertos muebles para los Centros de aquel Ministerio con arreglo a presupuestos facilitados por dicha casa.

Realizada la entrega y pasada la correspondiente factura, la Ordenación de pagos de dicho Ministerio expidió los libramientos oportunos al efecto de que la Tesorería central del Ministerio de Hacienda los hiciese efectivos.

La Abogacía del Estado en la Caja general de Depósitos giró liquidación por Derechos reales al tipo de 2,50 como compra de muebles, y la casa constructora recurrió las liquidaciones, alegando que tales adquisiciones estaban exentas, porque en nada se diferencian de las que un particular realiza en un establecimiento mercantil, ya que no hubo concurso ni subasta.

El Tribunal Central desestima el recurso, y dice que la exención pretendida no está comprendida en el núm. 5.º del art. 3.º de la Ley ni tampoco en el núm. 8.º del mismo artículo, porque el primero se refiere a contratos verbales mientras no se eleven a documento escrito, y el segundo a los que tienen lugar en establecimientos y sitios públicos de venta, cuyas circunstancias no concurren en el caso, puesto que en él precedió la presentación de los presupuestos del suministro y la aceptación de los mismos por la mencionada Junta económica.

Comentarios.—Como hemos hecho observar en otros casos análogos por nosotros comentados en números anteriores de esta Revista, la discusión no cabría dada la actual redacción del último párrafo del art. 48 del Reglamento, según el cual basta, como es sabido, que en estos contratos o adquisiciones exista cualquier diligencia o actuación administrativa escrita para que la exención no se aplique,

pero en el anterior Reglamento, que es el aplicado al caso, sí había motivos para sostener lo contrario, es decir, la no sujeción al impuesto con arreglo a la norma general de que la sujeción de los actos intervivos supone siempre la previa existencia del documento en que consten. Ello, no obstante, la jurisprudencia del Tribunal Central venía aplicando a las adquisiciones de bienes muebles por el Estado un criterio restrictivo como el que campea en la Resolución que comentamos.

JOSÉ M.^a RODRÍGUEZ-VILLAMIL.

Abogado del Estado y del I. C de Madrid.

V A R I A

Teoría y Sistema de las Formas Políticas. por Francisco Javier Conde.
Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1944.

Al ponerse en conmoción—dice el autor—la misma idea política, se ha convertido en problema nada menos que la posibilidad de una teoría política y de un derecho político como disciplina teórica. Esta conmoción proviene de un choque con la realidad, con la historia, y hoy, superada la posición del gran Dilthey, conforme a la cual la realidad política presente no sería sino la actualización de la serie de posibilidades de convivencia política contenida ya en “potencia” en el primer hombre, con lo cual viene a quedar sacrificada la libertad humana, el punto de arranque debe ser “la cabal interpretación del primario supuesto ontológico que hace posible la realidad política en cuanto tal: la coexistencia como dimensión formal originaria del ser del hombre”.

Al análisis de este supuesto ontológico dedica Javier Conde el segundo capítulo de su obra, montado sobre ciertos conceptos filosóficos fundamentales expuestos por el profesor español Sr. Zubiri acerca del existir humano abierto a las cosas y a los demás hombres y la distinción entre potencias y posibilidades, concluyendo, empero, con que el ser del hombre no se agota en la coexistencia: el alma de cada hombre es —dice con Santo Tomás—una forma sustancial única correspondiente con una imagen singular en la mente de Dios, y por éste trascender de su propia naturaleza y de su propia historia, es el hombre “persona” y su existencia, existencia “personal individual”. Sentado esto, podemos ya pasar a dilucidar si hay actos propiamente políticos, y si los hay, cuál sea la nota singular que los define y los diferencia cualitativamente de los demás actos sociales históricos, materia del cap. III, *La*

Esencia de la Realidad Política, en el cual, tras una crítica de la conocida tesis de Carl Schmitt de que un acto social cualquiera se convierte en "político" en cuanto adquiere determinada intensidad, posición que arranca de la distinción ontológica entre *natürliches Dasein* y *Existenz*, contra lo cual sostiene nuestro autor que, tratándose del hombre, no puede hablarse de actos puramente naturales o puramente espirituales, siendo todos esencialmente "proyectivos", ni realiza aquél actos económicos, morales, políticos puros, sino complejos, trata de encontrar el sentido objetivo de los actos llamados políticos en "la organización autónoma del obrar común de los hombres partiendo de una idea determinada del derecho conforme a un plan y dentro de un espacio concreto". El ejercicio de la facultad o poder político origina un hábito; éste, una regularidad efectiva, que se considera legítima, creando un orden válido.

Del examen sucesivo de las *formas o figuras políticas*, cada una de las cuales abarca el despliegue de una posibilidad que se hizo realidad y la serie entera de esas "figuras" constituye el cuadro de posibilidades que el pasado político al desrealizarse nos otorgó, se ocupan los últimos dos capítulos, y no podemos en esta breve reseña seguir siquiera el hilo conductor de la apretada doctrina expuesta en tan pocas páginas (la obra entera apenas pasa de las 200 de un volumen en 8.º). Analízase primero la idea de la *polis* griega con ayuda de la interpretación de dos mitos de Platón, el de la caverna—referido en la *República*—y el puesto en boca de Protágoras (y posiblemente de él) en el diálogo de este nombre, el mito de Epimeteo y Prometeo, aunque sólo aproveche el autor su primera y no principal parte. Algunas citas en griego, demasiadas quizás, pues no van acompañadas de traducción al castellano y, por otro lado, plagadas de incorrecciones, dificultan la lectura de estas páginas especialmente. Sigue el análisis del *Imperio romano* y del *ius* con su consistencia casi mineral: la *civitas christiana*, en sus faenas representadas por San Agustín y Santo Tomás y la actitud metafísica y política de Ockam, que es "el giro copernicano hacia una era nueva y una configuración política"; finalmente, el *Estado moderno*, con la teoría de Bodino y el paso del *Estado absoluto*—con la neutralización de la idea de aquél y la reducción radical de la realidad política a pura aquendidad (*auctoritas non veritas facit legem*), constituyendo en su agnosticismo e indiferencia a toda clase de valores, un *magnum artificium* técnicamente perfecto que tiene su razón y su verdad en

sí mismo (Schmitt) —al *Estado constitucional liberal*, contenido en germen en aquél, con su separación radical del fuero interno y externo y la transformación progresiva de la ley como decisión y mandato en norma externa y medio técnico para enfrentar al Estado y sujetar a cálculo el manejo del poder político. Se cierra el examen de formas políticas con la del *Estado totalitario*, el cual es "el modo de organización política determinado por la posibilidad límite de la guerra total" con su total movilización, obra de estos tres factores: democratización, idea nacional y principio revolucionario.

"Sólo una configuración política—termina el autor—trasciende hoy del Estado moderno, allende el Estado liberal y el Estado totalitario: el Estado español". El cual "ha traspuesto de veras el horizonte moderno de la neutralidad, inscribiéndose resueltamente en el horizonte cristiano".—J. de U.

La mujer en la historia y en la legislación.

Bajo este título, el Notario y Secretario de Audiencia Territorial, don Luis Gómez Morán, acaba de publicar un extenso volumen, dividido en tres partes: en la primera, figura una interesante y minuciosa exposición de la historia de la familia y de su regulación, escrita o consuetudinaria en gran número de países, desde los primitivos tiempos hasta la promulgación del Código civil español; en la segunda, se examina la institución familiar, según este cuerpo legal, en cuanto a las personas y a los bienes de los cónyuges; y en la tercera, se estudian los efectos del matrimonio, también con arreglo al citado Código, respecto a los hijos, con referencias, además, a las reservas, a las segundas nupcias y a las precauciones que se deben adoptar cuando la viuda crea que ha quedado encinta.

En toda la obra se observa una profunda erudición y un gran conocimiento de las leyes, de las costumbres y de las opiniones de los más célebres tratadistas relativas a la institución familiar.

El autor analiza detalladamente los preceptos legales vigentes en nuestra Patria, así como las decisiones judiciales e hipotecarias que los interpretaron y aplicaron, referentes a mujeres, y desarrolla una tarea muy superior a la que, según manifiesta en el prólogo, fué su primer propósito; limitado a la redacción de una monografía dirigida úni-

camente a facilitar a éstas el conocimiento de sus derechos y deberes y a servirles de guía en su vida jurídica sin necesidad de ajenas intervenciones.

El acertado y considerable desenvolvimiento dado a su trabajo por el señor Gómez Morán hace que sea útil su estudio para todos, sean o no profesionales del Derecho.

En los razonados comentarios a la legislación y a la jurisprudencia destaca con vigoroso relieve el exaltado amor del autor a la mujer.

Apunta ya este matiz en las primeras páginas de la obra, con la sentimental dedicatoria "A mi hija Marisa, la única niña entre tantos varones que Dios me ha dado", y lo ratifica insistente al fustigar normas escritas o consuetudinarias que a su juicio implican menosprecio del sexo femenino.

En este punto llega a veces a afirmaciones y generalizaciones que, inspiradas en la mejor intención, no armonizan con la deseable objetividad; así sucede, por ejemplo, al comentar la Ley de 11 de mayo de 1942, que restableció el delito de adulterio, lamentando que se imponga "la misma pena a la adúltera que a su correo, con lo cual se equiparan los actos de ambos, cuando el proceso interior de los mismos ha sido completamente distinto, pues no es difícil advertir en todo adulterio un principio de seducción cuya iniciativa corresponde al hombre". Recordando a la mujer de Putifar, es, por lo menos, discutible la concesión a los varones de la exclusiva en la iniciación de materia tan escabrosa.

A parte de este ligero reparo, explicable por el fervoroso amor y por el plausible espíritu de protección a la mujer del señor Gómez Morán, merece este autor ser felicitado por su gran laboriosidad y por su extensa cultura, que le han permitido efectuar una brillante y excelente aportación al estudio de la mujer, en general, y de la española, en particular, en su triple aspecto histórico, doctrinal y jurídico.

R. I. A.