

# REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XIX

Octubre de 1943

Núm. 185

## Contratos sobre construcción de edificios

### I

La construcción de viviendas a partir de la guerra de 1914-1918 ha venido presentando, en todos los países, problemas de interés creciente, agravados aún más en los días actuales.

No sólo deben ser estudiados tales problemas en el terreno económico y social, sino también en el del derecho de Obligaciones. De aquí la conveniencia de considerar, aunque sea brevemente, la figura del contrato aplicada a la edificación de inmuebles.

En torno a la construcción de un edificio, la práctica nos muestra dos contratos distintos. De un lado, el que celebra el propietario con el arquitecto, y de otro, el del dicho propietario con el contratista. En España, el término "contratista" normalmente se emplea para designar la persona que, en las diversas formas a que luego aludiremos, se obliga con un propietario, mediando la intervención de un arquitecto como técnico, a la construcción de un determinado edificio.

### II

El fenómeno económico constituye en todo momento, hoy más todavía, la esencia del fenómeno jurídico, sobre todo en materia obligacional. Así, cuando el Derecho interviene para regular una institución jurídica, lo hace impelido por una necesidad económica difícil de desconocer

No es, pues, de extrañar la honda transformación operada en la figura del contrato y en sus aplicaciones, puesta de manifiesto por los juristas modernos (1).

La evolución del contrato, como señaló Josserand (2), ha sido cuantitativa y cualitativa a un mismo tiempo. Nuevas categorías de contratos hacen su aparición en el último tercio del pasado siglo, siendo muchas de las mismas incorporadas al Código alemán de 1896, al Código suizo de 1912 y al moderno Código italiano de 1942.

La noción romana del arrendamiento, acogida por el Código de Napoleón, queda en el moderno derecho abandonada y sustituida por una serie de contratos autónomos. Virgilio Rossel llega a decir (3) que la palabra "arrendamiento" ha desaparecido de la terminología del vigente Código suizo.

Tiende la doctrina, cada vez más, a configurar una amplia categoría de contratos en la que integra todos aquellos en los que la actividad personal de una de las partes constituye el objeto de la convención o una de las obligaciones que dicha convención implica. Tales son los que pueden ser llamados contratos de "actividad" o de "actuación", y a los que los juristas alemanes vienen aplicando el término de "Betätigungsverträge".

El Código alemán, todavía vigente, regula dos categorías de contratos de actividad: el contrato de servicios—*Dienstvertrag*—y el contrato de obra o empresa—*Werkvertrag*—(4). El contrato de servicios lo define con arreglo a un criterio de gran amplitud en cuanto al contenido. Prestación de servicios, de un lado; promesa de remuneración, del otro, y en el párrafo segundo del parágrafo 611 señala especialmente que el objeto de este contrato puede consistir en servicios de cualquier clase (5).

El criterio diferenciativo entre el contrato de servicios y el contrato de obra que ha llegado a ser clásico es el siguiente: los servicios, abstractamente considerados, constituyen el objeto del primer contra-

(1) Pérez Serrano: *El nuevo sentido del contrato*. Conferencias en la Real Academia de Jurisprudencia en 16 y 26 de febrero y 5 de marzo de 1943.

(2) «L'essor moderne du concept contractuel», en *Recueil d'études sur les sources du Droit en l'honneur de François Gény*, vol. II.

(3) *Manuel de Droit Fédéral des Obligations*, t. I, 1920.

(4) Staudinger. *Komm. B. G. B.* Indicaciones preliminares a los parágrafos 611 y siguientes.

(5) Parágrafo 611, párrafo 2.º: «Gegenstand des Dienstvertrags Können jeder Art sein.»

to, en el segundo, en el de obra o empresa, las partes han tenido en cuenta, preferentemente, un fin, un resultado a obtener.

Pero el contrato de servicios no puede identificarse de modo absoluto con el contrato de trabajo. Entre ambos existen claras diferencias. Jean Vincent (1) considera al contrato de trabajo como una especie del contrato de servicios, siendo la nota caracterizadora del primero la noción de dependencia, de subordinación personal en que se encuentra aquel que suministra sus servicios con respecto a quien le contrata. El cambio de un servicio por una remuneración no será siempre contrato de trabajo, siendo necesario para que este último se dé—añade Vincent—, que entre las partes se establezca un lazo de dependencia, que tenga el patrono sobre su empleado un poder o facultad de dirección inmediata (2).

Esta diferencia entre el contrato de trabajo y el contrato de servicios en general, es interesante, sobre todo, cuando se analiza la relación jurídica entablada entre propietario y arquitecto, como veremos más adelante. El otro contrato, el que tiene lugar entre propietario y contratista, no ofrece problemas fundamentales.

### III

*Contrato entre el propietario y el arquitecto.*—Versa este contrato sobre la elaboración del proyecto y la dirección de la obra. Puede quedar limitado a uno de los dos extremos mencionados, aunque lo normal es que el arquitecto que se encarga de elaborar el proyecto asuma también la dirección de la obra.

#### A) *Naturaleza jurídica de la relación planteada entre propietario y arquitecto.*

La actividad del arquitecto corresponde al grupo de las llamadas "profesiones liberales". Este concepto—dice Paúl Colin—(3) proviene de la distinción romana entre las "operae liberales" y las "operae illiberales". El término "operae liberales", lo mismo que otras expresiones análogas, como "liberalia studia" y "liberales artes disciplinae",

(1) *La dissolution du contrat de travail. Étude comparative de Droit Alleman et du Droit Français.* Paris, 1935.

(2) Esta nota se estudia en Hueck-Nipperdey: *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, tomo I (1931) y tomo II (1932).

(3) *De la détermination du mandat salarié. Mandat salarié et activité professionnelle.* Paris, 1931.

se encuentra en los textos romanos (1). Cicerón empleó el término "illiberales" en su "De Officiis".

En los primeros tiempos de Roma, la clase de ciudadanos libres, agrupada en comunidades familiares, se ocupaba principalmente de la agricultura. En esta época, además de los servicios de los esclavos empleados en las labores agrícolas, fué necesaria la prestación de ciertos cometidos, cuya finalidad tendía a satisfacer las necesidades del público. Se trataba —dice Walon— (2) de oficios materiales (panaderos o cocineros, por ejemplo), a los que hubieron de dedicarse las nuevas familias llegadas a Roma. El ciudadano libre consideraba estos oficios como deshonorosos y se apartaba de ellos.

En el lenguaje jurídico romano—sigue diciendo Colin—(3), las personas que arrendaban sus servicios eran llamadas "mercenarii". Cicerón denomina "sordidum" al lucro o ganancia de todos los trabajadores asalariados. El hombre libre, por el contrario, recibía una remuneración—"gratie, gratum facere"—(gratificación), y la actividad que realizaba no era "labor operae", sino "studium", verdadero conjunto de esfuerzos (4).

Merced a causas de naturaleza diversa, durante los siglos II y III opérase una gran transformación en la cultura y en la vida romanas. Los viejos sistemas van cayendo en desuso, y la idea del ejercicio de una profesión liberal toma matices nuevos del todo.

Por influencia principalmente romana, como afirma Planiol (5), las profesiones o artes liberales han venido siendo tradicionalmente consideradas al margen del contrato de servicios, aceptándose, en cambio, para ellas la noción del mandato. Y es que, incluido el contrato de servicios en la categoría del arrendamiento, parecía inadecuado aplicar este término al supuesto de las profesiones liberales, y nada fácil admitir que se "arrendasen" los servicios de un médico, de un abogado o de un profesor. En consecuencia, entre el arrendamiento de servicios y el mandato retribuido, se optaba por esta última solución. Tal fué el criterio adoptado en el siglo XIX por la jurisprudencia francesa.

Pero cuando tiene lugar, y en virtud de motivos primordialmente económicos, aquella evolución cuantitativa del contrato a que antes

(1) Dig., 38, 1, 26, pri., 50, 13, 1.

(2) *Histoire de l'esclavage dans l'antiquité* París, 1879 vol II, pág. 6.

(3) Ob. cit.

(4) Jhering: *Der Zweek im Recht*.

(5) *Traité pratique de Droit civil français*, t. XI. Contrats civils

aludimos; cuando puede admitirse la figura del contrato de "actividad" o de "actuación" que agrupe los dos tipos, contrato de servicios y contrato de obra, no vemos inconveniente en aplicar al caso de las profesiones liberales la figura jurídica del "contrato de servicios". bien que debidamente delimitada de aquella su modalidad, el contrato de trabajo, caracterizada, como ya dijimos, por la nota de dependencia o subordinación.

En el supuesto en que la actividad que la profesión liberal implica, se preste estando adscrito el técnico a una determinada persona o entidad como empleado y percibiendo un sueldo (el arquitecto de una empresa de construcción, el médico de una Sociedad, etc.), podría plantearse el problema de la posible aplicación de la relación "contrato de trabajo" y no de la de "contrato de servicios". No obstante, creemos que la dependencia que pueda significar la cualidad de empleado para el técnico por el hecho de su inclusión en la nómina de una empresa no desplaza en absoluto la figura del contrato de servicios, ya que el repetido técnico, arquitecto o médico, por ejemplo, conservará siempre total autonomía en el desenvolvimiento de su cometido. Los elementos directores de quien dependa no podrán marcarle de una manera inmediata y concreta, los límites de su actividad, como podría hacerlo un maestro de taller con relación a los obreros que tuviera a su cargo.

Esta posición del técnico recuerda la que estudia Jellinek (1) respecto del funcionario frente al Estado, según las distintas situaciones en que puede aquél hallarse.

El moderno derecho privado no duda, pues, en configurar la relación jurídica que las profesiones liberales implican como un verdadero caso del contrato de servicios (2), con la salvedad a que se hizo referencia.

Son escasos, sin embargo, los autores que especialmente han tratado de la relación jurídica entre propietario y arquitecto (3). Baudry-

(1) *Teoría general del Estado* Traducción española, 1915, t. II.

(2) Planiol. *Traité élémentaire de Droit civil*, II, num. 1841.—Baudry-Lacantinerie: *Traité théorique et pratique de Droit civil. Du contrat de louage*. Tercera edición, 1907.—Bonet «La naturaleza jurídica del contrato de mandato y el carácter del contrato de servicios celebrado por los abogados y demás personas que ejercen profesiones liberales, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo» *Revista de Derecho Privado*, t. XXII, año 1935

(3) Es Planiol uno de los tratadistas que más extensión dedica a la relación jurídica entre propietario y arquitecto en el *Traité pratique de Droit civil*, t. XI. *Contrats civils, deuxième partie*, 1932, núm. 910. De modo más o menos directo aluden también a la materia Corberand: *La responsabilité des architectes*, tesis, París

Lacantiniere (1) rechaza en éste, como en los demás supuestos de las profesiones liberales, la idea del mandato, alegando la ausencia de representación, nota ésta característica del mandato en el derecho francés.

Planiol (2) llega a hablar de un contrato de empresa en el caso del arquitecto, distinguiendo a éste como artista que ejerce una profesión liberal, del empresario en el sentido estricto de este término, que es un comerciante, cuando se obliga a la construcción de un edificio, calificando al arquitecto de "empresario" de trabajo intelectual.

La posición del arquitecto, en nuestro Derecho, redactando el proyecto y dirigiendo la obra, cabe dentro de la figura del contrato de servicios en sentido amplio; como cualquier otro caso de las restantes profesiones liberales. No es un "resultado" a lograr por medio de una actividad lo que constituye el objeto primordial de este contrato, sino un resultado a través de una serie ordenada de servicios (planos, presupuesto, dirección de obra, etc.), que el dicho arquitecto se obliga a prestar al propietario a cambio de una remuneración percibida en forma de honorarios, y, por supuesto, conservando aquél una absoluta independencia en la dirección técnica de la obra.

B) *Desarrollo práctico, en nuestro Derecho, del contrato entre propietario y arquitecto.*

El Código civil sólo alude a la relación entre arquitecto y propietario en dos de sus artículos: el 1.591, que regula la responsabilidad a que quedan sujetos arquitecto y contratista, y el 1.593, que trata de la posible modificación en el precio del contrato y que con respecto al arquitecto, creemos de difícil aplicación.

Las normas reguladoras de este contrato es preciso hallarlas al margen del Código civil, pudiéndose considerar como disposiciones vigentes de mayor interés las siguientes:

1.º El Real Decreto de 1 de diciembre de 1922, que aprueba las tarifas de honorarios que han de percibir los arquitectos por los trabajos de su profesión, completado por la Orden aclaratoria sobre honorarios en proyectos que excedan de un millón, de 22 de febrero de 1932.

2.º El Real Decreto-Ley de 27 de diciembre de 1929, que crea

1929, y Menville. *Histoire et condition juridique de la profession d'architecte*, Burdeos, 1921.

(1) Ob. cit., núm. 3 869

(2) Ob. cit., núm. 910

los Colegios de Arquitectos para toda España, dotándoles de personalidad jurídica, organizando su régimen interno, estableciendo su dependencia del Ministerio de Instrucción Pública, ordenando la redacción de sus respectivos Estatutos y haciendo necesario para el ejercicio de la profesión, además del título correspondiente, la colegiación.

3.º El Decreto de 13 de junio de 1931, confirmado por Ley de 4 de noviembre del mismo año, que aprueba los Estatutos para el régimen y gobierno de los Colegios de Arquitectos.

4.º Los Reglamentos Orgánicos relativos a los peritos arquitectos en asuntos judiciales, convenios profesionales, actuación profesional y su control, y cobro de honorarios, todos ellos aprobados por Orden ministerial de 11 de marzo de 1936.

5.º El Decreto de 7 de junio de 1933, la Orden circular de la Presidencia del Consejo de Ministros de 9 de julio de 1936 y la Ley de 16 de octubre de 1942, sobre honorarios de los arquitectos por sus trabajos profesionales prestados al Estado, las Provincias, los Municipios y organismos de carácter público.

A través de este conjunto de normas puede comprobarse, en el contrato entre propietario y arquitecto, uno de los más importantes extremos en la evolución de la técnica contractual. Al tipo tradicional de contratos cuyas cláusulas son discutidas libremente por las partes, se opone aquel otro de contenido predeterminado. Y en el caso del propietario y arquitecto, ninguna de las dos partes impone la redacción del contrato, sino que ésta viene determinada por la intervención de un organismo oficial, el Colegio de Arquitectos, conforme al art. 9.º de los Estatutos de 1931, que otorga a dicha entidad amplias facultades en este sentido, y al art. 4.º del Reglamento Orgánico aplicable a convenios profesionales, aprobado por Orden de 11 de marzo de 1936.

Así, la formalización del contrato que estudiamos tiene lugar por escrito, revistiendo la forma de una comunicación, firmada por arquitecto y propietario, y dirigida al decano presidente del correspondiente Colegio. Este escrito se ajusta a un formulario impreso, que el Colegio suministra, y en el que se hace constar oficialmente el encargo del trabajo por el propietario al arquitecto. Es más, la palabra "contrato" se emplea de modo expreso en este documento.

La clase de trabajo a que se hace referencia podrá contraerse, según el repetido formulario, a la "redacción de proyectos, dirección de obras,

tasaciones, mediciones u otros trabajos" También se alude al compromiso de los firmantes para la aplicación de los Estatutos y Reglamentos oficiales del Colegio, abono de los honorarios al arquitecto por intermediación del Colegio oficial, con arreglo a lo dispuesto en los Estatutos, y, en fin, a la sumisión de las partes en su caso, a la jurisdicción de tribunales determinados.

Esta previa formulación, a la que las partes necesariamente han de someterse si pretenden contratar, implica, como se ve, un total desplazamiento del principio de la autonomía de la voluntad, tal y como tradicionalmente ha venido siendo comprendido. La fórmula—dice Edmond Sallé—(1) se impone al individuo en virtud de razones diversas, apareciendo un particular formalismo que puede ser denominado "formalismo convencional".

El contrato, pues, entre propietario y arquitecto es un contrato de formulario y en esto reside una de sus fundamentales características.

### C) *Obligaciones del arquitecto.*

Las obligaciones del arquitecto pueden concretarse de la siguiente forma

1.ª *Redactar la Memoria*.—Esta Memoria es de tipo descriptivo, y con arreglo al art. 10 del Reglamento Orgánico aplicable a la actuación profesional y su control, deberá comprender

a) Mención de las disposiciones aplicables de las normas del Colegio al trabajo presentado y declaración de haberlas cumplido.

b) Sistema de cimentación.

c) Estructura adoptada.

d) Con carácter voluntario se presentará medición en metros cuadrados del área del solar construído y de la superficie libre, valor de adquisición del metro cuadrado del solar, del metro cuadrado de planta edificable y del metro cúbico de obra.

2.ª *Trazar los Planos*.—Los planos serán los siguientes:

a) Plano de emplazamiento.

b) Plantas de distribución.

c) Planos de estructura de todas las plantas, incluyendo las de cimentación y cubiertas.

d) Plano de la red general de desagües subterráneos

(1) *L'évolution technique du contrat*, 1930



e) Planos de la disposición de instalaciones de calefacción y otras complementarias.

3.º *Redactar el pliego de condiciones.*—La finalidad del pliego de condiciones es la de determinar la calidad de los materiales y mano de obra, dividiéndose en tres capítulos:

- a) Condiciones generales.
- b) Condiciones facultativas
- c) Condiciones económicas.

4.º *Elaborar el presupuesto* —El presupuesto, uno de los apartados de mayor interés en este conjunto de obligaciones del arquitecto, significa el estudio económico de la obra.

5.º *La dirección técnica.*—Una vez comenzada la obra, corresponde al arquitecto dicha dirección, sin que en la misma pueda reservarse al propietario intervención de ninguna clase.

Admitida la posibilidad en los Estatutos de 1931 (art. 10) de que el arquitecto pueda cesar "por cualquier causa" en el cargo de director de la obra, obligasele entonces a comunicarlo oficialmente al correspondiente Colegio, no pudiendo en este caso ningún otro arquitecto sustituirle sin "obtener previamente la explícita autorización del Colegio" (párrafo 2º del mismo art. 10).

#### D) *Derechos del arquitecto.*

Entre los varios derechos que al arquitecto corresponden con arreglo a los Estatutos y Reglamentos orgánicos, deben destacarse como más interesantes, los relativos a la dirección técnica de la obra y al percibo de los honorarios según tarifa oficial.

A la dirección técnica hemos aludido con ocasión de las obligaciones antes referidas, y ya hemos mencionado también la autonomía que al arquitecto compete en este punto frente al propietario, constituyendo la misma uno de los más importantes derechos para el repetido arquitecto

En cuanto a los honorarios rige el Decreto de 1 de diciembre de 1922 y las disposiciones complementarias a que ya se ha hecho referencia, distinguiéndose dos tipos de obras: las de carácter particular y las de carácter oficial. En cuanto a estas últimas, previene una bonificación o rebaja el Decreto de 7 de junio de 1933, la Orden circular de la Presidencia del Consejo de Ministros de 9 de julio de 1936 y la Ley de 16 de octubre de 1942.

Fijándonos sólo en las obras de carácter particular, para no extender demasiado este trabajo, tengamos en cuenta, con arreglo al Decreto de 1922, dos conceptos diferentes para el percibo de honorarios.

a) Honorarios por *redacción del proyecto*. Considéranse incluidos en este primer concepto, el estudio del mismo, los planos detallados que constituyen la representación gráfica de aquél, y los demás documentos necesarios. El percibo de estos honorarios se verificará por intermediación, del Colegio oficial, dentro de los ocho días siguientes a la entrega del repetido proyecto.

b) Honorarios por *dirección de obra*. Comprende este concepto, la inspección y vigilancia de la obra, ejecución de los planos, etc.

Hay libertad en la determinación de los plazos para el percibo de estos honorarios entre propietarios y arquitecto, pero en defecto de pacto, éste tendrá derecho a percibirlos por terceras partes al mediar la obra, al terminarla y al presentar la liquidación final. También se hacen efectivos por mediación del Colegio oficial.

Los honorarios no satisfechos dentro de los dos meses subsiguientes a la presentación de la minuta, devengarán desde la fecha de ésta un interés de 5 por 100 anual, sin perjuicio de las acciones que en defensa de su derecho puede ejercitar el facultativo, según lo que dispone el capítulo primero del Real Decreto de 1 de diciembre de 1922.

#### E) *Responsabilidad del arquitecto.*

La responsabilidad del arquitecto puede constituir por sí sola materia de un estudio independiente, enfocándola desde el triple punto de vista penal, civil y disciplinario (1).

Sólo nos limitaremos a hacer referencia al art. 1.591 del Código civil, único que alude a la responsabilidad del arquitecto, y, conforme al cual, en el caso de destrucción o pérdida del edificio, si se debe la ruina a vicio del suelo o defecto de la dirección, alcánzale dicha responsabilidad durante un plazo de diez años.

El capítulo VII del Reglamento del Colegio oficial de Madrid (aprobado por Orden ministerial de 11 de marzo de 1936) dedícase a la Jurisdicción disciplinaria regulando la Comisión de depuración y Tribunal profesional.

(1) *La responsabilité des architectes*. Fénix. París, 1929

## IV

*Contrato entre el propietario y el contratista.*—La no existencia de un organismo oficial que imponga unas normas a la voluntad de las partes, en el contrato entre el contratista y propietario, configura dicho contrato de modo bien distinto al ya examinado entre propietario y arquitecto.

Se trata de un normal contrato de obra, al que son de aplicar los arts. 1.588 a 1.600 del Código civil reguladores de "las obras por ajuste o precio alzado".

Sólo cuando frente al contratista como parte, contrate una persona moral de Derecho público, una entidad pública, serán de aplicación determinadas normas relativas a los contratos administrativos, y a ellas y a sus consecuencias jurídicas, necesariamente habrá de someterse todo contrato que desee concluir un contratista con una entidad administrativa.

Deliberadamente venimos en el desarrollo de este trabajo apartándonos del terreno del Derecho público, para fijarnos sólo en los contratos, que con ocasión de la construcción de un edificio, puedan celebrarse en la esfera puramente privada de la contratación. Por este motivo no nos referimos a aquellos supuestos en que, como parte, interviniese una entidad pública.

A diferencia del contrato entre arquitecto y propietario, este a que ahora nos referimos, puede obedecer en su contenido y alcance ampliamente al principio de autonomía de la voluntad. Ni existe una redacción predefinida, ni puede aquí hablarse de contrato de fórmula.

Se trata de un contrato en el que una de las partes, el contratista, se obliga a la materialidad de edificar, reformar o reparar un edificio, tomando como base los planos elaborados por un arquitecto, a cuya dirección e intervención técnica se somete, ajustándose al contenido del pliego de condiciones y cumpliendo todo lo demás estipulado en el convenio. La otra parte, el propietario, se compromete al abono de un precio.

La relación entre contratista y propietario se inicia mediante la llamada "oferta" o proposición que formula el primero apoyada en el presupuesto y pliego de condiciones elaborados por el arquitecto.

Aceptada dicha oferta por el propietario, se celebra el contrato, en el que se estipularán las obligaciones y derechos de las partes, y se

hará referencia a la oferta propuesta por el contratista y al proyecto redactado por el arquitecto.

De tres maneras puede obligarse el contratista con el propietario a efectuar la obra:

a) Comprometiéndose por *un tanto alzado*. Los riesgos que en la actualidad plantea este sistema hace que sea poco frecuente en la práctica. El Código civil prohíbe al contratista, en este caso, solicitar aumento de precio, aunque hubiera aumentado el de los jornales o materiales, a menos que se haya hecho algún cambio en el plano que produzca aumento de obra, y siempre que hubiese dado su autorización el propietario. (Art. 1.593.)

b) Aceptando las partes el sistema de *unidades de obra*. Constituye la manera normal de construir y, aunque en este caso la jurisprudencia expresamente no declara aplicable el art. 1.593 (sent. de 10 de julio de 1900), los contratistas corrientemente incluyen una cláusula en el contrato, determinando el carácter *revisable* de los precios, para ponerse a cubierto, sobre todo en períodos de crisis económica, de consecuencias ruinosas.

c) Efectuándose la obra por *administración*. Este procedimiento, que tiene ciertas aplicaciones en la contratación del Estado y demás entidades públicas, en la esfera privada, no es ni mucho menos el corriente.

El Código civil prevé que, en defecto de pacto o costumbre en contrario, el precio de la obra se abonará al hacerse la entrega (artículo 1.599). Prevalece sin embargo la costumbre de fraccionar el pago en períodos libremente previstos por las partes.

En lo que afecta en fin, a la responsabilidad del contratista, el Código civil hace subsistir ésta durante el plazo de diez años a contar de la terminación de la obra, si ésta se arruinase por vicios de la construcción y, además, durante el plazo de quince, el Código permite ejercitar la acción de indemnización contra el contratista, si la ruina proviniera de incumplimiento de condiciones del contrato, a que éste se hubiera obligado. (Art. 1.591.)

Alcanza al mismo tiempo al contratista, la responsabilidad subsidiaria en cuanto al trabajo ejecutado por las personas que ocupare en la obra. (Art. 1.596.)

# Herederos y legitimarios

(Donde hay herencia no hay legítima)

En el despacho notarial suelen presentarse los testadores queriendo limitar, condicionar o suprimir la legítima, bien en beneficio de los mismos legitimarios o sus descendientes o bien de extraños (caso más raro). El Notario contesta negativamente explicando a continuación la forma que la Ley divide la herencia, la parte de libre disposición, la mejora a favor de los demás hijos o descendientes, etc... No obstante, algún sector del Notariado (especialmente de las últimas oposiciones) mantiene ya alguna posición distinta con la concesión por el testador a favor de su cónyuge del usufructo universal. Esta forma de limitación débil no hizo pensar en la posibilidad de limitar "sin cuantía" los derechos de los legitimarios. La misma intuición popular fué preocupación para llegar al estudio de esta materia. Hemos tenido en algunos casos creo que la fortuna de tropezar con hijos que, rotundamente, nos han dicho que "como hijos y herederos de su padre cumplen todo lo que él ha dispuesto en el testamento", y han sido los menos aquellos que se han colocado frente a la voluntad expresa y manifiesta de su causante.

Por otro lado, la práctica seguida en la división de la herencia de no tener en cuenta la división por legítimas, sino atendiendo generalmente a lo que el testador ordena, bien por cumplir la voluntad del causante o bien por no llegar al juicio combatiendo el testamento o, en último término, por evitar las sanciones que el testador consigna a todo aquel que promueve contienda judicial, hace que las legítimas no tengan la consideración extraordinaria y la protección desmesurada que alguien pretende otorgarle. Recuérdese diversas resoluciones de la Dirección en las cuales se sostiene, modificando la calificación de los Registradores, que los herederos, cuando son mayores de edad y tienen

la libre disposición de los bienes de la herencia, pueden modificar, alterar o condicionar la partición en la forma que quieran. Y esto supone que queda al arbitrio de los herederos (no sujetos a condición), disponer como tengan por conveniente porque ellos son los únicos sucesores de aquel que, según el Registro, tiene la plena facultad dispositiva (exceptuando las limitaciones impuestas en el testamento).

Los formularios notariales habían consagrado también en su contexto alguna cláusula con la cual parecían salvar los derechos legitimarios. Así, Zarzo (Teoría pág. 200), dice "El donante declara que esta donación no perjudica a nadie pues no tiene herederos forzosos." La advertencia así consignada representaba como una garantía "priori" de la validez del acto, sin la cual parecía imposible realizarlo. La jurisprudencia surgida del Código civil (Tribunal Supremo y C. Directivo) no da importancia a esta formalidad.

No tiene otra sede en el instrumento que una mera advertencia legal de palabra (art. 194, R. N.).

Y el presente ensayo ha surgido a la vista de la persona que reúne en sí la doble cualidad de heredero y legitimario, y se nos ha planteado el problema de la posibilidad legal de esta forma. Si el heredero es el mismo causante o su continuador, ¿cómo será posible sostener la legítima del heredero?

## II.—LOS SISTEMAS JURÍDICOS ROMANO Y GERMÁNICO

En todos los sistemas jurídicos se protege a los parientes próximos en los actos de disposición, pero esta protección varía siempre en cantidad y calidad. El derecho romano partía de la libertad de testar para llegar a un sistema de legítimas y, al contrario, el derecho germánico principió con la sucesión forzosa abriendo paso a la libertad de disponer. Veamos:

a) El derecho romano protege a los "sui heredes" en forma distinta en el largo período de su evolución. Primero se conforma con una protección formal en cuanto que el hijo debía ser instituido o desheredado, pero nunca preterido. La omisión anulaba la institución. De la protección formal se pasó a la concesión de una parte de bienes "Portio legitima", fijándose en una cuota por el Tribunal de los Centunviro. Justiniano, por fin, establece el sistema legitimario que más tarde ha de influir en los países, fijando los efectos de la "querella"

los de la "actio ad supplendaú legitimam", causas de desheredación, etcétera.

b) En el derecho germánico la protección, desde el primer momento, es mucho más enérgica que en el romano. Se desconoce la libertad de testar e impera el régimen de sucesión forzosa. Se protege no la voluntad libre del causante sino el grupo familiar. El individuo se halla sometido a los intereses del grupo de que forma parte y no puede disponer. La comunidad se disolvía por muerte del padre y se dividían los bienes automáticamente entre los hijos. El heredero es sucesor forzoso en toda la herencia. Nada espera de su causante ya que carece de libertad para disponer. El muerto hace herederos a los vivos "Mortuus aperit oculos viventis". La solución es aquí contraria al derecho romano. Aparece después, en la historia de este sistema, la libertad de disponer a través de la mejora, disposiciones "pro anima" favorecidas por la Iglesia, etc., pero sigue latiendo el principio de que el heredero lo es por su propio derecho, existiendo entre ambos separación absoluta de actos y patrimonios.

El heredero es en derecho romano un continuador de su causante, debe entregar su propia cosa legada, responde "ultra-vires", acata todo lo que el causante dispone y sus patrimonios se confunden en uno solo.

Esta concepción personal, escasamente patrimonial (salvo el beneficio de inventario), es totalmente distinta a la del derecho germánico donde causante y heredero son dos personas ligadas en la comunidad doméstica, pero con derechos y obligaciones diferentes y máxime en los bienes del grupo. Incluso en muchos casos, el jefe necesita del asentimiento de los miembros del grupo para disponer (la evolución de los retractos familiares es una atenuación de la facultad dispositiva en común en muchos casos).

### III.—LA EVOLUCIÓN EN LOS DERECHOS NACIONALES LATINOS

En Francia, los países de derecho escrito y consuetudinario habían fijado en forma distinta la naturaleza de la legítima, según Planiol. En aquéllos era "pars bomorum", y en los otros "pars hereditatis" y esta es también la concepción vigente según el Código civil. Pero los razonamientos de los autores y sus ilusiones se acercan más a una sucesión en forma germánica que romana.

En Italia, dice Ruggiero (Instituc , pág 1122-II), "resultado

de la combinación de la Institución conocida con el nombre de "portio legitima" del derecho romano (el cual parte de la libertad de testar restringiendo ésta con la obligación impuesta al testador de dejar algo al legitimario) y con la de la reserva propia de los derechos germánicos y consuetudinario francés (los cuales parten de la idea de la comunidad doméstica que excluye la libertad de testar y admiten, por excepción, una cierta libertad de disponer en favor de extraños, debiendo reservarse el resto del patrimonio en favor de los hijos). la legitima o reserva de nuestro derecho se inspira, por lo que afecta a su regulación en las dos instituciones en que se origina, representando una conciliación del principio de libertad del propietario para disponer de sus cosas, con las legítimas expectativas de los miembros de la familia".

En España los textos y la tradición jurídica se encuentran confusos, probablemente, por nuestros fondos tan diversos. Tenemos instituciones romanas y germánicas, pero, no obstante, la interpretación se decide siempre por el sistema romano, como luego veremos. Las legislaciones forales están separadas del Código civil y no es proyecto nuestro entrar en su estudio. Solamente apuntaremos que en Aragón la sucesión parece ser forzosa, sin perjuicio de la cuota de libre disposición y de la distribución de la herencia por el padre entre sus hijos (legítima colectiva que dice Castán) añadiendo además que la herencia se entiende siempre aceptada a beneficio de inventario. En Cataluña predomina la libertad de testar romana sin perjuicio de la legítima individual y de simple crédito, eligiendo el testador por heredero a quien tenga por conveniente. La interpretación dada por el T. S. al heredero y legitimario, en Cataluña, confirma lo dicho (así: S. 14-marzo 1916, "Hereu" y legitimario se conciben perfectamente por los teóricos y prácticos como dos cualidades sucesorias distintas.

#### IV.—EL LEGÍTIMARIO EN NUESTRO CÓDIGO CIVIL

¿Qué derechos tiene el legitimario frente a su causante? Un análisis de los textos legales conducen a varias posiciones.

A) *El legitimario no puede exigir ser instituido heredero.*

1) Es dogma en nuestro sistema positivo que la voluntad del hombre decide para la institución, y a falta de ella a la Ley (ar-



tículos 658-912 C. c.). El testador está obligado a dejar la legítima (artículos 806 y 807 ídem), pero de ningún modo puede deducirse que esté obligado a nombrar heredero a quien no desee. La legítima será una institución que se impone al testador (*contra voluntas*), pero el heredero lo elige el testador (*sucundum voluntas*).

2) El legítimo puede exigir solamente su legítima. Y esto no es una cualidad, como la del heredero, sino una porción de bienes mayor o menor, según el caudal hereditario. Así el art. 815 prevé que el testador deje al legítimo su parte "por cualquier título". Entre éstos se encuentra: el reconocimiento al legítimo de su derecho, el legado de legítima (análogo al legado del art. 878) y para algunos autores (Castán), la donación intervivos.

3) Se puede decir para los supuestos anteriores que en el caso de preterición del heredero forzoso (legítimo), éste tiene derecho a ser heredero. Esto no es exacto. La cualidad de heredero la consigue el legítimo a través de una contienda, en la cual se ventila la nulidad de la institución de heredero, y una vez declarada, surge la sucesión abintestato. La Ley sanciona al testador que omite totalmente al heredero forzoso, ya que, en caso de dejar por cualquier título al legítimo su parte o el de preterición del cónyuge viudo, no sucede tal cosa. Además el legítimo que consigue la declaración de nulidad obtiene la declaración de ser heredero como pariente próximo, pero no como legítimo.

4) Distinto al anterior caso es el de la desheredación. El legítimo injustamente desheredado que ha obtenido sentencia favorable, no adquiere nada más que su legítima. La institución de heredero se mantiene en lugar de anularse, como sucede con el efecto de la sentencia obtenida por el preterido, sin perjuicio de entregar al legítimo lo que le corresponda por legítima (art. 851).

5.) La práctica notarial e hipotecaria recogida por el Código civil viene admitiendo al legítimo omitido que sin reconocimiento formal por el testador lo es por los herederos instituidos. Lo normal y corriente es que concorra como un heredero más a la sucesión con igual porción e iguales deberes. Esta fórmula evita la contienda, que habría de seguirse si se interpreta a la letra el art. 814 del Código civil. La Dirección ha dicho, salvo en una resolución reciente, que no ha lugar a la nulidad de la institución de heredero si no se pide en el juicio correspondiente por las personas que pueden hacerlo.

B) *El legitimario puede ser nombrado en formas diferentes.*

El legitimario puede ser nombrado heredero, y esto es lo corriente, pero interesa fijar lo que deciden los textos legales y la variedad de soluciones que admiten.

1) La legítima como *pars bonorum*. La legítima es para el legislador "una parte de los bienes, dos terceras partes del haber hereditario..." (arts. 806 y 807). Esta es la regla general: El testador tiene que respetar en el legitimario el derecho a obtener de la herencia una cuota de bienes. Participa en todos ellos y no puede ser excluido arbitrariamente de alguno. En cantidad y calidad le corresponde como cualquier heredero. Ahora bien: el legitimario no forma parte de la comunidad hereditaria sino en cuanto está en una situación en período de liquidación de la sociedad.

2) La regla general anterior tiene sus excepciones en los mismos textos positivos que pasamos a exponer,

El art. 821. En el caso de conflicto entre legatarios y legitimarios. "Cuando el legado sujeto a reducción consista en una finca que no admita cómoda división, quedará ésta para el legatario si la reducción no absorbe la mitad de su valor, y, en caso contrario, para los herederos forzosos; pero aquél y éstos deberán abonarse su respectivo haber en dinero. El legatario que tenga derecho a legítima podrá retener toda la finca, con tal que su valor no supere al importe de la porción disponible y de la cuota que le corresponda por legítima."

El art. 829. "La mejora podrá señalarse en cosa determinada. Si el valor de ésta excediere del tercio destinado a la mejora y de la parte de legítima correspondiente al mejorado, deberá éste abonar la diferencia en metálico a los demás interesados."

El art. 1.056. El padre que en interés de su familia quiere conservar indivisa una explotación agrícola, industrial o fabril, podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se satisfaga en metálico su legítima a los demás hijos."

El art. 654, en relación con el 820 y 821, se deduce que las donaciones son reducibles si exceden de la parte libre, pero no se anulan en su totalidad.

3) En último término, el legitimario decide, causada la legi-

tima, sobre su derecho (arts. 816, 817 del Código civil). Toda renuncia, transacción etc.

## V. LA CONDICIÓN DE HEREDERO EN NUESTRO DERECHO CIVIL

Sentamos que nuestro Código civil decide la sucesión hereditaria conforme a su modelo más tradicional: el romano. El Código civil recoge claramente los precedentes de Las Partidas y la práctica jurídica. Es cierto que al lado del heredero hay otras modalidades y tipos que nada tienen que ver con el Derecho romano o son opuestas al mismo. La jurisprudencia misma del Tribunal Supremo ha decidido siempre cualquier interpretación sobre las bases romanas. Ya veremos cómo se decide la incompatibilidad entre heredero y legitimario por una apelación a esta tradición jurídica (legal y popular).

1) La condición de heredero es una concepción recentísima (Carnelutti, *Tecría*, pág. 203), un "status". Así cuando se habla de heredero se refiere a un complejo de situaciones jurídicas. Igual que el hijo, el padre o el marido, el heredero tiene respecto de su causante una situación personal que determina un estado. La teoría que ha establecido distinciones entre derecho hereditario *in abstracto* o *in concreto* y ha hablado de la embargabilidad, hipoteca, gravamen o enajenación del derecho hereditario es errónea, ya que parte de un supuesto imposible: la negociabilidad de la cualidad de heredero. Es como si la cualidad de hijo pudiera ser objeto de embargo o enajenación.

Es el heredero, por tanto, un sucesor personal de su causante, adquiriendo con tal estado todos los derechos y bienes transmisibles, así como todas las deudas (arts. 659, 661, 1.003 y a sensu contrario el 1.023).

2) El heredero asume todas las obligaciones y responsabilidades de su causante, y los actos realizados por éste se estiman como realizados por el mismo heredero. Por ello, no puede impugnar ninguno de aquellos que el causante hubiera cometido con perjuicio del heredero. Así: las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1896 y 6 de mayo de 1902 sostienen acertadamente que los hijos como herederos de su padre no pueden impugnar las ventas de los bienes reservables realizadas por aquél. Algún sector doctrinal ha

criticado, esta doctrina, e incluso Castán nada dice en su defensa, pero es lo cierto que, conforme a las bases de nuestro Derecho positivo e histórico, es totalmente correcta y exacta. Si el heredero responde incluso con sus bienes propios del pasivo de su causante (1.003 del Código civil), ¿cómo no va a respetar esas enajenaciones? Si sobre los bienes propios del heredero puede disponer igualmente, puede condicionar la legítima, suspenderla o no reconocerla en tanto el llamado a la herencia la acepte simplemente.

## VI. INCOMPATIBILIDAD ENTRE HEREDERO Y LEGITIMARIO

Ya hemos visto anteriormente que entre ambos existe incompatibilidad en cuanto que el legítimo tiene que aceptar todos los actos, disposiciones o limitaciones que recaigan sobre su propio patrimonio cuando reúne la cualidad de heredero. Por ello se confirma forzosamente el lema "donde hay herencia no hay legítima". Se precisa separar ambas instituciones fijando los caracteres propios de cada una.

1) El legítimo (de igual forma que el heredero del Derecho germánico) sucede por derecho propio y no por la voluntad de su causante. Su sucesión se basa en la Ley que le otorga (en razón de ciertos principios, especialmente de parentesco próximo. El heredero, por el contrario, recibe su designación por voluntad del testador o por la Ley, en su defecto. Ya habíamos dicho que la voluntad del hombre decide sobre ello (arts. 658, 763 y siguientes).

2) La legítima es siempre un activo hereditario. Sea una parte, unos bienes, un crédito, etc. Por eso se llama en algunas legislaciones (Francia, Italia . .) reserva. Así, art. 806, "Legítima es la porción de bienes . . ." La doctrina y la jurisprudencia ha puesto de relieve el problema cuando se ha tratado de ver la responsabilidad del cónyuge viudo por las deudas hereditarias. Pero ha planteado mal el problema, porque no ha visto la distinción que estamos haciendo. El cónyuge viudo no tiene obligación, como ningún legítimo, de pagar las deudas del causante. La legítima no se establece para que el heredero forzoso contribuya al pasivo, sino para que reciba del activo. Ahora bien; si el cónyuge viudo estuviere instituido heredero (cosa no frecuente), entonces, como cualquier otro heredero, tendría que contribuir al pasivo hereditario. Véanse las observaciones de Castán

y la poca decisión de la doctrina para acometer el problema. Por ello el Tribunal Supremo, ni como cónyuge superstite ni como heredero forzoso, ha podido condenarle al pago de las deudas hereditarias, que sólo incumben al heredero voluntario o legal.

El heredero no sucede en un activo o en un pasivo. Es el continuador del causante, y como tal sucede en todo aquello que es transmisible, el activo o el pasivo. Al heredero no le importa, ni es requisito esencial, que el causante tenga o no bienes. No obstante esta afirmación, los mismos textos legales ligan la existencia de bienes a la cualidad de heredero en términos que parece no concebirse en algún caso heredero sin bienes. Así, el art. 667, y más todavía el 763, que tiene un sabor germánico y nada romano. Nada tiene que ver la existencia de un activo ni la facultad de disponer, ni la capacidad para adquirir bienes para ser nombrado heredero.

3) El legitimario puede percibir anticipadamente algo a cuenta de su legítima. No es obstáculo el art. 816, ya que no se trata de transigir o renunciar, sino de percibir a cuenta para ser imputado en su día. Así: el art. 1.035, 654. La práctica notarial, especialmente la antigua, habla de recibir a cuenta de la legítima o donaciones como anticipo de legítima, y estas son fórmulas correctas.

Sobre la herencia nada puede recibirse anticipadamente, ni es objeto de tráfico, cuenta o partición. (Así: art. 1.271, salvo los pactos sucesorios). Además no puede decidirse sobre la cualidad de heredero hasta el momento que el instituyente ha fallecido.

4) El legitimario tiene garantizado sus derechos contra la futura sucesión antes y después de la muerte del causante. En los actos inter vivos el legitimario que se ve amenazado de la ruina del patrimonio de su causante, puede pedir la declaración de prodigalidad (art. 222) y en los actos *mortis causa* con las medidas cautelares generales o las específicas de los juicios universales. Si el legitimario es heredero, debería acatar totalmente todas las disposiciones de su causante porque así es el sistema, ya se trate de venta o gravamen. En lugar de consentimiento, lo correcto sería demostrar en forma auténtica que el heredero forzoso había aceptado voluntariamente la herencia de su causante. Si, por el contrario, el legitimario ha renunciado a la herencia y aceptado solamente la legítima, entonces comprendemos la norma del art. 20 (consentimiento de los herederos forzosos para la enajenación o gravamen).

5) El legitimario puede impugnar todos los actos que haya realizado su causante en contra de su legítima o con fraude; art. 654 del Código civil. Esto no puede realizarlo el heredero. Situación muy análoga a la del legitimario es la del heredero a beneficio de inventario; art. 1.023.

6) La herencia y la legítima se distingue como dos aspectos de la sucesión distintos. En la renuncia de herencia aceptando la mejora (que es una parte de la legítima), art. 833; el tutor testamentario que se excusa de la tutela y pierde lo que voluntariamente le hubiese dejado el testador, salvo creemos el derecho de legítima (artículo 251): el albacea que no acepta el cargo (art. 900).

## VII. CONCLUSIONES

Resumimos inmediatamente el estudio realizado en la forma siguiente:

1) Donde hay herencia no hay legítima, y por ello heredero y legitimario no puede darse en una misma persona, de igual manera que nadie puede tener derechos contra sí mismo. El heredero es el continuador del causante, y por ello asume toda su personalidad y patrimonio en lo que tiene de transmisible y representable. El legitimario es un pariente próximo que tiene derechos contra el causante mismo y por ello contra el heredero.

2) El testador puede imponer al llamado legitimario cuando es heredero todas las condiciones, limitaciones y restricciones que tenga por conveniente, ya que tiene que aceptar la herencia en la forma que se le designa o renunciar a ella.

3) La legítima y la herencia son dos aspectos de la sucesión distintos. Puede renunciarse o aceptarse independientemente una de otra.

JULIÁN DAVILA GARCÍA.

Notario.

## En pro de la unificación del Derecho civil español

Siempre ha sido un problema candente, apasionante y de importancia indudable, el relativo a la unificación legislativa de nuestra Patria. Si la legislación positiva traduce al exterior la unidad de sentimientos, de creencias y de destino de un pueblo, esta unidad de los pueblos hispánicos que predicó el Fundador de la Falange ha de ser consagrada, no solamente en el recinto interno de las conciencias y en el pensamiento unísono de los corazones, sino también en la vertebración jurídica del Estado, ya que el Derecho ha de traducir en normas positivas el común sentimiento que fluya hacia la unidad de lo más profundo del espíritu nacional.

España arrastra desde hace algunos siglos esta pesada cadena de su falta de unidad, precisamente en aquel ámbito legislativo que más hondamente cala en sus intereses y en su constitución, y sabido es que este eterno batallar por la unidad, a pesar de ingentes esfuerzos y de sacrificios estimables, muchos de ellos no por ignorados menos brillantes, aún no ha podido lograr traducirse en la realidad tan anhelada.

Desde la proposición del diputado Espiga y Gadea, allá por febrero del año 1811, en la que se propugnaba con calor por la codificación del Derecho positivo español, y que la Constitución doceañista recogió en su art. 258 al afirmar que "el Código civil y criminal y el de Comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes"—y nótese ya en este texto cómo la unidad, apenas en balbuceo, ya se resquebraja en el inciso final del párrafo—, hasta

la actualidad vigente, consagrada en el art. 12 del Código civil, han pasado más de cien años y el proyecto de la unificación legislativa, como el fantasma del cuento, siempre se esfumó, a pesar de que muchas veces ya parecía que nuestras manos iban a tocarlo.

Todas las tentativas hechas en tal sentido sólo han conocido el fracaso. Desde la fórmula impositiva de 1851 hasta la contemporizadora—acaso en grado extremo—de la Ley de Bases de 1888, muchos han sido los experimentos intentados y mayores aún los esfuerzos de todos—juristas, Tribunales, organismos estatales, etc.—que han caído en un vacío desconsolador y enervante.

Se empezó—bien sabido es—por nombrar en diversas y sucesivas fechas (1813, 1814, 1820, como más importantes) sendas Comisiones, dándoles el encargo terminante de formar un Código civil único para todos los pueblos hispánicos peninsulares; pero circunstancias políticas—esa política que siempre agostó en España los intentos de un avance que no fuese de mero relumbrón y de palabrería!—impidieron que los proyectos llegaran más allá del simple esbozo. Llegó la época del absolutismo fernandino, y también algunos proyectos por éste encargados a algunos jurisconsultos, con carácter particular, murieron sin ser realidad. En 1843 se crea la Comisión general de Codificación que, intentando justificar su rótulo, pone mano a la obra, y, en efecto, llega a casi terminar un Código civil completo (pues solamente en su tercer libro quedó éste inacabado); pero en plena labor es suprimida—¡la política de nuevo!—y hemos de aguardar hasta 1846 para que la nueva Comisión entregue al Gobierno el proyecto, que posteriormente tanto influyó en el actual Código civil y que es conocido por el nombre de Proyecto de Código civil de 1851.

Desgraciadamente, este proyecto de 1851 adolecía de un defecto radical—justo es decirlo, una vez más—: desdeña y olvida por completo el Derecho foral, de hondísima raigambre en vastos territorios españoles—tan españoles como pueda serlo Castilla—, y, naturalmente, tropieza de modo inmediato con la oposición irreductible de los representantes de aquellos territorios, quienes no quieren que instituciones seculares queden derogadas y sin vida de un plumazo, para ser suplantadas por otras, para ellos tan extrañas como las de cualquier otro Estado extranjero. “El espíritu del proyecto de 1851—dice Sánchez Román (1)—es exclusivo y estrecho, pues en vez de intentar una

(1) Sánchez Román: *Estudios de Derecho civil*, t. I-V.



obra de armonía entre las diversas legislaciones civiles de España, pretende imponer tan sólo la legislación castellana." "Representaba este proyecto—dice Castán (1)—el sistema de unidad en su forma más centralista, pues sus redactores, procediendo con un criterio estrecho y parcial, utilizaron como fuentes de su trabajo el derecho de Castilla, las doctrinas de los expositores del derecho castellano y bastantes principios e instituciones de derecho extranjero, principalmente del Código francés, postergando y eliminando, casi en absoluto, las instituciones del Derecho foral. Tal vez por ello, y por ser excesivamente radical en algunas materias de carácter social y religioso, no llegó a ser ley." Si bien no falta quien—por ejemplo, De Buen—, aunque suscribiendo la posición de Sánchez Román antes citada, añada, sin embargo, que "hay que confesar que, a pesar de todos los defectos que se le señalan, contenía mucho merecedor de elogio e introducía algunas instituciones dignas de ser implantadas" (2).

Nada se logró, pues, con tal proyecto de 1851, a pesar de que el Gobierno excitó el celo de juristas, Tribunales y hasta particulares para que lo comentasen, pensando quizá que aquello de que "de la discusión sale la luz" sería una realidad y no un dicho más. Y así pasaron los años, sin más notas destacadas que los Congresos de Jurisconsultos españoles de 1863 y 1880, en los que siguió reflejándose la división que agostaba todo intento de codificación seria y eficaz.

En vista de ello, se pensó en lograr tal resultado por otros caminos, y entre ellos, por el que se juzgaba más eficiente de la publicación de leyes especiales, fruto de cuya tendencia fueron, entre otras, la Ley Hipotecaria de 1861—a mi juicio, el mejor instrumento legislativo español del pasado siglo—; la Ley del Notariado de 1862; la "provisional" Ley del Registro Civil de 1870—que, como muchas cosas "provisionales" en España, fué definitiva; ya que aún se encuentra en vigor—; la Ley del Matrimonio civil de 1870 también—producto efímero de una revolución sin consistencia en la conciencia nacional—: la Ley de Aguas, etc...

Pero tales instrumentos legislativos sólo abarcaban parciales insti-

(1) Castán Toboñas: *Derecho civil español común y foral*. 5.<sup>a</sup> edic. Madrid, 1941, volumen I, pág. 30.—V. también la obra de Sánchez Román *La codificación civil en España*, Madrid, 1890.

(2) De Buen: *Introducción al estudio del Derecho civil*. Editorial «Revista de Derecho Privado», pág. 179.

tuciones civiles o se referían de modo primordial a la creación o sistematización de organismos que, como el Registro y el Notariado, tenían casi exclusivamente un matiz adjetivo, y, desde luego, no rozaban, o rozaban sólo superficialmente, la "llaga" nacional, a saber: las instituciones jurídicoprivadas, vivientes en los países llamados "foralistas". Por eso no tropezaron con tantos obstáculos como los proyectos ya referidos, a pesar de que alguna de ellas, como, por ejemplo, la Ley Hipotecaria de 1861, fué discutidísima en algunos aspectos, como en materia de foros—precisamente al rozar la "llaga" de que acabamos de hablar—hasta el punto de que aún hoy día hay quien afirma (1) que en tal materia no rige por completo aún hoy día en dicha región, que, por cierto, históricamente no tiene, ni de lejos, el carácter de región foral, y chocando, en cuanto hace referencia a otras instituciones, y aun en cuanto a su articulado *in génere*, con críticas negativas de ilustres jurisconsultos de procedencia foral (2).

Además, con la publicación de tales leyes, el problema fundamental y de mayor importancia y envergadura quedaba todavía en pie, con la agravante de que el contenido "sustancial", cuyos meros moldes señalaban tales Leyes, estaba aún por hacer. Así, la configuración de los derechos reales, la sistematización de un derecho de obligaciones y de contratación a tono con los avances del tráfico jurídico y con las necesidades imperiosas de los tiempos—tan distintos en muchos puntos de los que se exteriorizaban en los textos entonces vigentes en España—, el influjo de otros países que, como Suiza y Alemania, con una diversidad jurídica mayor que la nuestra, con una riqueza de legislaciones superior y sin una unidad política—al menos externa—tan acusada como la de España, exigían de modo imperioso aquello que, sin embargo, durante tantos años se venía aplazando un día y otro.

En tal estado las cosas, se llegó, por fin, a la Ley de Bases de 1881 tras el Decreto de 1880, que, recogiendo la sugerencia del ya citado Congreso de Juristas de la misma fecha, ordenó que a la Comisión de Códigos se le agregase un representante de las regiones de Aragón, Mallorca, Cataluña, Navarra, Vizcaya y Galicia (a pesar de que ésta

(1) V. Ríos Mosquera, en colaboración con Béraud: *Contestaciones a Registros* Legislación Hipotecaria. Instituto Reus, 1928, t. I, pág. 42.

(2) Piénsese, por ejemplo, en las frases nada halagüeñas que a este problema dedica Costa en su, por otra parte, indiscutiblemente maravilloso folleto *La ignorancia del Derecho*. V. en «Manuales Soler», núm. XII, pág. 90 especialmente.

—ya lo hemos dicho—no tiene en absoluto por qué titularse región foral, ya que a excepción de su raquílica institución, conocida por el nombre de Sociedad Familiar Gallega, que a todo lo más se despacha en dos líneas de un apartado de cualquier artículo del Código, carece por completo hoy día de ninguna institución con fuerza suficiente para tal separación) (1). En tal Ley de Bases se propugnaba, con un oportunismo muy demoliberal, vacilante y escamoteador, por un Código civil general, reservando para una Ley o Leyes especiales el tratamiento de aquellas instituciones de las provincias “aforadas” que, por su enorme arraigo en las costumbres de los pueblos donde regían, era imposible desconocer sin causar trastornos muy graves a la familia y a la propiedad. Siendo tales bases—con el interregno que significa el paréntesis de las presentadas por Silvela en 1885, por otras partes coincidentes casi por completo con las de 1881 a que aquí nos referimos—las que se aprobaron por las Cámaras españolas, bajo la firma de Alonso Martínez—cuyo tesón, firmeza y constancia merecieron con creces tal premio—y en cuyo molde está calcado el Código civil que aún hoy día rige la vida civil de treinta y nueve provincias españolas.

El espíritu de éste, en cuanto a la subsistencia del Derecho foral, es de sobra conocido para insistir sobre él. Pero hay una cosa que hoy, después de más de una cincuentena de años de vigencia, y con la serenidad de juicio que da el contemplar las cosas a vista “panorámica”, aparece con definido y neto relieve: los problemas que acuciaban a España cuando tal texto legal salió a la luz en las páginas de la *Gaceta*, y que se centran en su unidad civil no lograda, siguen en pie, quizá más vivos que entonces y más enormes que nunca.

Que el Poder público hizo bien en no arremeter contra las legislaciones forales y llevar a rajatabla el proyecto unificador y centralista de 1851, es cosa indudable. “El Código civil—dice De Buen (2)—ha respetado la subsistencia del Derecho foral, y en esto merece plácemes, porque aunque sea una aspiración llegar a la unidad, no es justo llegar a ella por el camino de la imposición.” Ello es cierto, evidentemente, máxime si se tiene en cuenta que las vicisitudes y la

(1) Los «foros», además de no ser una institución exclusivamente gallega, en el fondo son enfiteusis con ligeras y específicas diferencias de la institución «enfiteusis» típica y normal, en las que sólo la consolidación de ambos «dominios» plantea cuestiones de cierta enjundia.

(2) De Buen: *Derecho civil común*. Contest. a Judict. Madrid, 1930, pág. 55

situación política de aquella época no autorizaban a mayores empresas. Un régimen de raíz y tendencias liberalizantes no podía hacer otra cosa, porque llevaba en sus entrañas el virus de la impotencia, de la indecisión y de la abulia, carne de su carne y sangre de su sangre. Es más; examinando desapasionadamente tales circunstancias y el clima histórico de tal época desintegradora, casi puede uno suspirar satisfecho y darse por contento de que, al menos, se lograra la unidad en cuarenta provincias hispanas, y de que se lograra llevar a la realidad un texto como el párrafo primero del art. 12, y el art. 13, que no cabe duda que son bastiones abiertos en la muralla de la diversidad legislativa, y que hablan muy alto del tesón—digno de mejor causa, por otra parte,—de Alonso Martínez, alma mater del texto de 1889 y a quien el aplauso, repetimos, no debe ser regateado.

Pero hoy día, en que las circunstancias políticas, económicas y de toda índole han cambiado, no podemos sentirnos satisfechos aquellos estudiosos del Derecho español que examinamos este problema que parece eterno, con esta diversidad en la legislación civil, enervadora de las energías nacionales. Aquellas palabras de Ureña (1), comparativas entre la realidad germánica y la española, siguen con la misma validez y actualidad que cuando fueron escritas. Ni aquí existe la abigarrada variedad legislativa que en Alemania existía antes de la Codificación, ni aquí hubo que luchar con un genio de la talla de Savigny, empeñado en declarar imposible la codificación y en anatematizar todo derecho que no fuere el consuetudinario, elaborado "en la tenebrosa fragua del espíritu popular" (2).

Hoy la *communis opinio* entre los técnicos del Derecho patrio es rotundamente partidaria de la unificación en materia de legislación civil. Las circunstancias y el clima histórico han cambiado radicalmente, y aquella amarga y desilusionada lamentación de Sánchez Román y Gallifa en el prólogo a la obra de De Buen antes mencionada, ya no tiene razón de ser, borradas aquellas instituciones que desintegraban a España hasta su más profunda raíz, y pretendían—no sé si por ignorancia o por hipócrita malicia, o por ambas cosas a la vez—que la unidad legislativa española se lograría mejor por el trabajo se-

(1) V. *Enciclopedia Española*, voz «Derecho foral».

(2) Sin perjuicio de no olvidar que, sin embargo, hubo que luchar no sólo con ambiente popular refractario en las regiones forales a tal intento, sino con opiniones, como la ya citada de Costa, de neto relieve en la doctrina civilística patria

parado y desacorde de cada republiquita autónoma, que por la organización común y única, nacida de una sola mano, aunque de múltiples sugerencias y transacciones, y bajo un solo cerebro (algo así como si se pudieran componer los *Annales* de Ennio, lanzando al aire millones de letras y recogiendo tal como cayesen al suelo, como decía Cicerón).

Para mí, la más trascendental misión que el Estado nacionalsindicalista puede acometer, y que hará perdurable su obra por los tiempos de los tiempos, es ésta de la unificación de la legislación civil española, pues no en vano las instituciones civiles son, aunque a primera vista no lo parezca, las instituciones más enraizadas en los más profundos pliegues de los intereses de los pueblos, por su intrínseca naturaleza y por las cuestiones que regulan—propiedad, familia, sucesión hereditaria, etc.—, y por ello, difícilísimamente cambiables. Pero, a pesar de todo, no hay que olvidar que observando la realidad fríamente y sin apasionamientos, las diferencias que separan a las legislaciones forales de la llamada legislación castellana o común, no son tan profundas ni tan radicales que no puedan ser allanadas por la comprensión mutua, la firmeza y la buena voluntad de todos, auxiliadas por una técnica adecuada, que hoy no falta, y por el resultado actual de esa vastísima obra eliminadora de obstáculos y separaciones que representa la larga y trabajosa jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado de estos últimos cincuenta años de vida española que, unas veces con acierto y otras sin él, con protestas o con aquiescencias, pero casi siempre con tacto y firme decisión, han ido eliminando aquellos valladares que parecían infranqueables y rellenando aquellos abismos, al parecer insondables, entre ambos campos legislativos patrios.

No son estas apreciaciones nuestras solamente. “Fuera de las especialidades del régimen económico matrimonial (donaciones, dote, *aixovar*, *escreix*), de los heredamientos, de los censos y censales y de las modalidades impuestas por la incompatibilidad romana de las sucesiones testada e intestada, todo lo demás podría fundirse en amplias fórmulas de aplicación general dentro de la República española”, decía el ilustre D. Jerónimo González en las páginas de la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, que dirige, el año 1931, comentando el Apéndice de Derecho catalán al Código civil redactado en 1930 por una Comisión de juristas catalanes, y calcado en gran parte en

el proyecto de Durán y Bas, complemento de su Memoria sobre aquel Derecho regional español. Y añadía: "No existen entre las regiones que la componen—refiriéndose a España—las profundas diferencias de raza, religión, costumbres, idioma y vida que separan los cantones suizos, hoy regidos por un solo Código civil, y no sería Castilla quien menos hiciera por unificar el Derecho privado" (1). Nada más cierto. Las diferencias legislativas de la Península—repetimos una vez más—no son insuperables. Sobre todo, si se parte del criterio de que las legislaciones forales son tan españolas como la castellana: que reflejan matices riquísimos y profundamente castizos de la vida nacional; que no se trata de cantones informes, de instituciones muertas, caducas y retrospectivas, sino que, remozadas en cierto aspecto, adaptándolas a los inexorables cambios de los tiempos, despojándolas del ropaje medieval, feudal y de casta que en ciertos aspectos presentan—como la realidad ha impuesto, por encima de la letra de la Ley en muchos casos—y haciéndolas que vuelvan a ingresar en la vida que corre, y librándolas de las trabas que los Decretos de Nueva Planta les impusieron, al imposibilitarles toda renovación—lo que equivale a condenarlas a la muerte por consunción y anquilosis—, son, en su conjunto, consagración españolísima de un "modo de ser" y de vivir, de concebir la vida y de resolver sus problemas, tan españolas y tan respetables como cualquier otra legislación de la Península. Y hoy, en que inexorablemente volvemos "a una nueva Edad Media" y a contemplar los problemas del mundo bajo el prisma que el medievo—un medievo "nuevo", naturalmente—, nos facilitó, y en que pueblos tan progresivos como el alemán, vuelven la vista a esencias, conceptos e instituciones que en el siglo XIX reputó caducos, no cabe duda que vuelven a estar de actualidad las soluciones apuntadas en dichas legislaciones, aunque dentro de nuevos moldes, como el vino viejo contenido en nuevos odres.

Ni puede ni debe, pues, haber obstáculos a esta unificación. El Código civil español, que tan enteco nació, que tantas imperfecciones alberga, que tan incompatible es con la tónica y la estructura social y económica en que hoy vivimos, clama imperiosamente por una reforma radical que, más que reforma, sea una construcción nueva, desde sus raíces y desde sus cimientos. Y ante tal coyuntura, el momento

(1) V. J. González: «El Apéndice de Derecho catalán al Código civil», en *Revista Crítica* cit., núm. 77, mayo 1931, págs. 355-56.

de fundir en sus venas una enorme masa de reglas procedentes de las legislaciones forales, se impone como oportuno y conveniente, y no debe ser desaprovechado. Instituciones como la libertad de testar, sabiamente moderada, la introducción de la sucesión contractual, al lado de la testamentaria y de la legítima o abintestato, las cargas censales, las peculiaridades de la organización patrimonial de la familia, las españolísimas capitulaciones matrimoniales, con un aspecto y consecuencias en todo el ámbito familiar, y hasta sucesorio, la regulación orgánica y flexible del modo de suceder—tan de actualidad puesta por la legislación alemana nacionalsocialista, con su Ley de 29 de septiembre de 1933 sobre el patrimonio campesino—, la regulación de la situación económica del cónyuge viudo, etc., son problemas que están casi perfectamente resueltos, en amplitud y en profundidad, por las legislaciones forales y que, con pequeños cortes y alguno que otro “recorte”, pueden y deben adaptarse a toda España, por su superior orientación y su magnífica finalidad (1).

Frente al criterio impositivo a rajatabla de 1851, o el contemporizador, pero inorgánico, de 1888, en la actualidad hay que propagar enérgicamente por un criterio “eclecticoconstructivo”, introduciendo en la corriente legislativa del Derecho común una gran masa de reglas de Derecho foral, superiores en orientación, adaptables perfectamente a aquél y sólo necesitadas del artífice técnico que las moldee y las adapte al nuevo clima donde han de vivir.

Esta tarea—la más gloriosa y trascendente para un Estado, repito—debe abordarla, sin prisas ni acuciamientos, pero sin desmayos ni aplazamientos que la esterilicen, el Estado nacionalsindicalista con todos los recursos que su fuerza pone en sus manos. Que si toda labor de persuasión y de “adaptación” es poca, también—por desgracia—, estoy seguro, que habrá que aplicar el “fuego sagrado y la fuerza creadora” para lograr tan altos propósitos. Hasta donde sea posible, la mano enguantada; desde donde ésta no alcance, la mano de hierro. Provocará, quizá, algún escozor; pero si las heridas duelen, las cic-

(1) En España contamos con trabajos doctrinales valiosísimos para esta unificación, que indudablemente, para cuajar en la realidad, necesitan imprescindiblemente de la ayuda de la técnica, no menos que la del órgano legislador. Véase, por ejemplo, en esta materia, la serie de trabajos que, bajo el lema «Unificación del Derecho Nacional» y de «Derecho Agrario Español», publicó el Notario Sr. Uriarte Berasátegui en diversos números de la citada REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO de los años 1935, 1940 y 1941, respectivamente.

trices honran. Y el lograr que la España sea Una en todos los órdenes de la vida, bien merece cualquier esfuerzo y cualquiera medida, por dolorosa que sea ésta para quien la sufra (al menos de momento). La Revolución actual española no puede serlo sólo de nombre ni puede limitarse simplemente a arañar en la corteza de los verdaderos problemas españoles. Debe afrontarlos y resolverlos orgánicamente, con una fórmula castizamente tradicional—y por ello conservadora, pero revolucionaria también—, y por ello renovadora. La unidad de destino con que José Antonio definía a España, hay que lograrla también aquí, cueste lo que cueste, y al precio que sea. Entre otras razones, porque los resultados finales la justifican con creces.

ENRIQUE DEL VALLE FUENTES

Abogado.



## La propiedad inmueble como medio eficaz de colonización en la zona española de Marruecos

La propiedad territorial en Marruecos no debe ser base de crédito, idea que es el eje en torno de la cual gira toda la exposición que con su peculiar competencia consignó el Sr. Franqueira en sus artículos, a los que aludíamos en el nuestro anterior, sino que, a nuestro juicio, y como ya decíamos en ese primer artículo y reiteramos en este segundo y último, es fundamental para la revalorización económica de la zona marroquí española, la colonización, y a la que debe servir de base la propiedad inmueble, por ser la finalidad legítima vital de todo sistema de reforma legislativa relacionado con la propiedad rural. Muy difícil podría citarse ningún economista y sociólogo moderno de verdadera solvencia científica a quien no preocupase la idea cardinal de liberar al pequeño productor de los campos, de los riesgos a que los expone el crédito, en el que es tan fácil y tan frecuente que se infiltre la usura devoradora del campesinado. Y no es otro el origen de tantas saneadas posesiones territoriales a través de esos contratos de "rahnía" y "tse-nía" (el primero, de prenda sobre muebles e inmuebles, y el segundo, especie de compraventa con pacto de retro), porque han sido y siguen siendo las dos fuentes de donde ha salido la ruina de muchos y la fortuna de unos pocos.

Los modernos economistas y sociólogos aceptan por eso la organización del crédito popular, apoyándolo en una base social que se concreta en la cooperativa crediticia tan difundida hoy en el mundo que hasta en los países asiáticos se practica actualmente en sus múltiples formas, como el eminente y competentísimo africanista D. Rafael de Roda explica perfectamente en su magnífico libro "Economía marroquí y los problemas del campo".

El crédito agrícola no es hipotecario más que por excepción. Su funcionamiento se ejerce med ante un sistema de condiciones éticas y jurídicas que en vez de facilitar la expoliación del débil le defiende y

protege contra los poderosos enemigos que acarrea el endeudamiento y con él la ruina del modesto labrador. Por ello, sin duda, el ilustrado economista José Toniolo, a quien el inmortal Papa León XIII le llamó el Príncipe de los economistas cristianos, decía que la hipoteca para la pequeña propiedad era su tumba. Porque la pequeña propiedad tiene dos enemigos: la hipoteca y la subdivisión hereditaria de aquélla. Y a ello se han puesto dos remedios: las Cajas rurales de Raiffeisen y la constitución del patrimonio familiar indivisible e inembargable, lo que admite el vigente Fuero del Trabajo.

Por ello y a base de lo anteriormente expuesto, la propiedad territorial no debe ser en nuestra zona marroquí de Protectorado base de crédito, sino de revalorización y consiguiente colonización, ya que aquél requiere una educación económica adelantada para poder hacer uso del mismo, lo que actualmente no ocurre, y porque sin estar además perfectamente definida y delimitada la propiedad, como decía muy bien aquel gran africanista y bizarro general Capaz, no habrá revalorización posible de la tierra. Porque es lógico que el propietario de cada inmueble lo tenga bien identificado para que nadie pueda molestarle en la tranquila y pacífica posesión del mismo.

Es, por tanto, indispensable poner en valor el país, porque la riqueza rural es en Marruecos, como en España, la base primordial de su posible prosperidad. Ya que sin ello ni podrá existir agricultura propiamente dicha en Marruecos, ni podrá España contar con una influencia moral y política nacional, que se deriva siempre de la posesión de la tierra. Es una ley histórica comprobada durante la colonización romana y que algunos autores franceses han recordado y echado en cara a sus gobernantes.

Y la razón esencial de la reforma inmobiliaria para la zona marroquí española; de que después nos ocuparemos, no debe ser la de hacer de la propiedad rústica un instrumento o base de crédito hipotecario, sino la de conseguir que su ordenamiento sirva de base positiva y firme para la revalorización de las tierras de la zona marroquí de Protectorado español susceptibles de explotación agrícola, rodeando a la propiedad de los atributos de seguridad, claridad y garantía, que justifican la institución del Registro inmobiliario. Unido esto a la economía y rapidez en las operaciones registrables que debe de llevar también aquél aparejado.

Ahora bien, ¿se logra todo esto con el actual sistema del régimen

inmobiliario? En manera alguna, o al menos con grandes dificultades. Porque para esos efectos el Registro del Dahir de 1.º de junio de 1914, en el que se ha querido recoger el sistema inmobiliario conocido por el Acta Torrens, pero que tampoco lo es en toda su pureza, resulta ineficaz. Por ello tiene completa razón el Sr. Franqueira al apuntar las dificultades e inconvenientes del régimen vigente en nuestra zona de Protectorado, las cuales desvirtúan los efectos del sistema Torrens, en el que a lo que parece se quiso inspirarlo. Pero me cabe la pequeña satisfacción de haber sido el primero en señalarlos. Como lo hice en una conferencia que pronuncié en Tetuán a fines de marzo del año 1936, y desde entonces no he cesado de defender aquellos puntos de vista en artículos y folletos y en esta misma Revista. Y el periódico de Tetuán *La Gaceta de Africa*, el de mayor circulación de la zona, en su editorial del 8 de mayo de 1936 decía, entre otros interesantes particulares: "La experiencia ha venido a demostrar que el sistema inmobiliario establecido en la zona, inspirado, como se sabe, en el australiano del Acta Torrens, no ha rendido los resultados apetecidos a causa principalmente de la dilatada tramitación y de los desembolsos onerosos que supone la inscripción de fincas en el Registro. Un Registrador español, el Sr. Marina Encabo, ha hecho tema favorito de sus interesantes trabajos africanistas la reforma de ese sistema, que debe sustituirse por el régimen hipotecario peninsular, según demostró en la documentada conferencia que pronunció en esta ciudad el 27 de marzo último, de la que informamos circunstancialmente a nuestros lectores."

El sistema del Acta Torrens, como decía bien el Sr. Díaz Moreno, uno de los más autorizados tratadistas de legislación hipotecaria, es precisamente de Registro y no hipotecario, pues sus principios cardinales en cuanto a la forma y efectos de la inscripción, proceden del régimen alemán. La publicidad y la especialidad son como en éste caracteres eminentes del Registro del Acta. "En Australia, cuna del sistema, las concesiones de terrenos baldíos hechas por el Gobierno a los particulares después de la vigencia del Acta, quedan sometidos a ésta."

Estamos de completo acuerdo con tan distinguido tratadista, y ese régimen inmobiliario, que a mediados del siglo pasado pudo tener su eficacia en países vírgenes para grandes extensiones de terreno, como en Australia, donde nació, no puede tener aplicación práctica en Marruecos, en donde la propiedad y sobre todo en algunas regiones de la

zona, se encuentra excesivamente parcelada. Y esto aparte de que con el régimen inmobiliario actual ni hay unidad de oficina, ni inatacabilidad de título, ni existe tampoco ese fondo de indemnizaciones para los perjudicados por la inscripción que establece y regula el Acta Torrens.

Y este sistema australiano a que nos venimos refiriendo, encuadra más bien en el latifundio que en la pequeña propiedad, y pertenece al grupo de los sistemas democráticos de política agraria. Su fin, según lo declaraba su propio autor, consiste en desembarazar la propiedad de la tierra de todas las trabas que impiden su libre acceso a todos; "semejante—decía—a las barreras, puentes levadizos y fosos que defendían los castillos de nuestros antepasados".

Además ese sistema se impuso en Australia inspirándose en el principio de que las colonias son para la Metrópoli y no la Metrópoli para las colonias, como un medio eficaz para facilitar la negociación de terrenos, valorándolos con las fáciles y sucesivas transmisiones de dominio en beneficio de traficantes y especuladores de toda laya. Pero en países como Marruecos de pequeña propiedad, lo que conviene es precisamente todo lo contrario, o sea arraigar en la tierra al cultivador, y hacer de cada terreno un asilo inviolable para la familia. Y para conseguir estos fines, es mucho más eficaz el sistema hipotecario peninsular.

La misma Inglaterra abrió tímidamente la puerta al sistema Torrens en su territorio y, por supuesto, sin darle carácter obligatorio. Y eso que allí ofrecía menos peligro que en cualquiera otro país, por las condiciones de su organización agraria. En cambio, votó diversas leyes para favorecer la difusión de la pequeña propiedad cultivable incluso por colonización directa.

Y nuestro invicto Caudillo Franco, en su calidad de Jefe del Estado, y con un gran sentido de su misión histórica, está defendiendo constantemente los principios sociales de la escuela católica, radicalmente contraria a las soluciones individualistas, como se desprende claramente, entre otras varias disposiciones suyas, en la doctrina contenida en nuestro admirable Fuero del Trabajo y del discurso pronunciado el día de la Raza.

Y en cuanto a la reforma de la legislación vigente en la zona en materia inmobiliaria por lo que propugnamos, establecida de acuerdo con los Tratados internacionales que crearon el Protectorado, fué implantada en 1914, al iniciarse la acción de España en Marruecos, sin que se suscitara la menor protesta por parte del elemento indígena.

Como no podía haberla, por la sencilla razón de que lo legislado por España no afecta en lo más mínimo a nada que pueda considerarse como una violación del derecho islámico, que para los musulmanes es de origen divino y, por lo tanto, inmutable. Y en todos los países de Protectorado o de mandato, la metrópoli legisla en materia de derecho, respetando la libertad del indígena para acogerse o no, según su conveniencia, a las ventajas que dicha legislación le ofrece. Y la experiencia ha demostrado que en toda el África septentrional los musulmanes se han apresurado a disfrutar de esas ventajas tan pronto como han sabido apreciarlas. La legislación de la zona francesa de orden patrimonial es también de carácter voluntario para el indígena, pero la realidad es que la mayor parte de éstos se han sometido a la legislación metropolitana, en la que encuentran ventajas y garantías que no les ofrecía el régimen islámico.

Pero el sistema inmobiliario establecido en nuestra zona mogrebina de Protectorado por el Dahir de 1.º de junio de 1914, ya mencionado, puede decirse por las consideraciones ya apuntadas, que en la práctica ha fracasado, siguiendo la mayoría de los habitantes del país sus prácticas consuetudinarias. Y si así ha sido, se debe en gran parte a que indudablemente no se previó que los gastos y trámites del expediente de primera inscripción, dados lo costosos y dilatorios que son, eran incompatibles con el estado económico y social de la inmensa mayoría de los habitantes de la zona.

Por ello es de tener en cuenta la escasa importancia que sin la reforma que propugnamos pueda alcanzar el crédito territorial en los casos que sea preciso, ya que, como es sabido, no puede hacerse sino sobre la base de hipoteca, condición que no puede cumplirse, porque, como sabemos, la mayor parte de aquellos a quienes interesan esos préstamos, y sobre todo tratándose de indígenas, no tienen su titulación en regla, y dentro del régimen malequí no tiene aplicación la hipoteca. Por otra parte, y aun en el supuesto de hipoteca, como los trámites para la inscripción de aquella en el Registro de inmuebles correspondiente, dado el sistema que hoy rige en la zona, resultan tan lentos y onerosos, como hemos dicho antes, sobre todo para los medianos y pequeños propietarios, cualquier medida estimuladora en ese sentido tendría escasa o nula eficacia.

Lo que a buen seguro no ocurriría con la implantación allí del régimen inmobiliario peninsular e inspirado en la legislación propia

del país protector a tenor del art. 24 del Tratado francoespañol de 27 de noviembre de 1912. En un país eminentemente agrícola como Marruecos el sistema hipotecario peninsular contribuiría por todo lo que precedentemente dejamos expuesto y especialmente con la reducción de gastos y tiempo al desenvolvimiento de la revalorización territorial y al progreso económico de la zona. Además, el Registro del Acta Tórrrens, y por ende, el del Dahir aludido, en los puntos que pueda tener de contacto con aquél, es un Registro materializado, por así decirlo, consustancial con el Catastro que debe de llevarlo aparejado, mientras que el establecido por la Ley Hipotecaria de la península es más bien Registro de tipo jurídico, el que funciona perfectamente con Catastro o sin él, como ocurre en las varias regiones españolas en las que aquél está ultimado y en las que no lo está.

Se impone, por consiguiente, a nuestro modesto entender, y con el fin de concretar la solución del problema, se dicte un nuevo Dahir que sustituya al de 1.º de junio de 1914, ya aludido, el que además de escaso de técnica resulta incompleto, pues salvo los artículos referentes al expediente de primera inscripción, los demás son recogidos y no todos de nuestra Ley Hipotecaria peninsular. Y con el nuevo que se dicte se haría desaparecer los inconvenientes del régimen actual para poner término de una vez al caos jurídico en que está envuelta la posesión y disfrute de la propiedad rural marroquí. Lo que consideramos de interés trascendental para el porvenir de nuestra zona jalifiana, cuya evolución progresiva está detenida y como paralizada por esta causa en la función fundamental de su economía. En la que puede darse también el ejemplo de lo organizado en la región de Tánger, pero con arreglo a los principios del sistema hipotecario español. Todo menos el mantenimiento del *statu quo* actual.

De desear es que lo que antecede pueda convertirse pronto en una próspera realidad para sustraer a la pequeña propiedad de las garras de la usura mediante un sistema que facilite la inscripción en el Registro y abra por otro lado puertas al crédito social por medio de la asociación rural, como se practica en la zona marroquí vecina desde el año 1919. Todo ello es un deber de nuestra parte que responde a la imperiosa necesidad de hacer posible el progreso de la masa rural indígena.

JUAN FRANCISCO MARINA ENCABO

Registrador de la Propiedad.

# Jurisprudencia de la Dirección general de los Registros y del Notariado

REGISTRO MERCANTIL. EN LAS ESCRITURAS DE CONSTITUCIÓN DE SOCIEDAD ANÓNIMA ES PRECISO ESPECIFICAR LAS APORTACIONES CON QUE SE CONSTITUYA EL CAPITAL SOCIAL.

*Resolución de 23 de junio de 1943. "B. O." de 28 de julio.*

Ante el Notario de Calahorra, D. Jesús de Otañes, se otorgó escritura de constitución de Compañía Mercantil Anónima por un capital de 2.005.000 pesetas, del cual se especificó el aportado en inmuebles y valores por dos de los otorgantes por un total de 717.000 pesetas, omitiéndose las declaraciones relativas a la distribución del restante, si es que tuvo lugar.

Presentada la escritura en el Registro Mercantil de Logroño fué denegada porque habiéndose asignado a la Sociedad un capital inicial de constitución enteramente "liberado" de 2.005.000 pesetas, no aparece la aportación más que en la cantidad de 717.000 pesetas.

La Dirección confirma la nota del Registrador, repitiendo el magnífico segundo Considerando de la Resolución de 17 de abril de 1943, extracto de la cual y su comentario puede verse en el núm. 182 de esta Revista.

PUEDEN LOS JUECES MUNICIPALES OTORGAR ESCRITURAS DE VENTA DE FINCAS EMBARGADAS EN EJECUCIÓN DE LO CONVENIDO EN ACTO DE CONCILIACIÓN Y PARA PAGO DE UNA SUMA COMPREDIDA EN LOS LÍMITES DE SU COMPETENCIA, PUES NO ES EL VALOR DE LO VENDIDO, SINO EL IMPORTE DE LO RECLAMADO LO QUE

DETERMINA AQUÉLLA. ASIMISMO LOS REGISTRADORES TIENEN FACULTAD CALIFICADORA RESPECTO DE TALES ESCRITURAS, TODA VEZ QUE UN CONVENIO EN ACTO DE CONCILIACIÓN NO PUEDE TENER LOS LÍMITES ESTABLECIDOS PARA LAS RESOLUCIONES JUDICIALES.

*Resolución de 1.º de julio de 1943. "B. O." de 30 de julio.*

En escritura otorgada el 3 de enero de 1941 ante el Notario de Dalías, D. Juan Algarra, por el Juez municipal de aquélla y D. F. E. C. se hizo constar en autos para ejecución de lo convenido en acto de conciliación aparecía que en el celebrado en aquel Juzgado entre los cónyuges doña A. E. C. y D. F. C. M., se había convenido que el marido abonaría a su esposa, de quien de hecho estaba separado, 1.000 pesetas a pagar en dos plazos de 500 cada uno, e insatisfecho el segundo de dichos plazos, solicitó la esposa que por los trámites de ejecución de sentencia se llevase a efecto lo acordado, por lo que fué trabado embargo y seguido el procedimiento, se remató en tercera subasta la finca embargada por D. F. E., a quien le fué adjudicada por la cantidad de 2.500 pesetas y más tarde le fué vendida por el Juez municipal en nombre del deudor.

Presentada primera copia de la escritura en el Registro de Berja se denegó su inscripción primero, por no tener lo convenido en acto de conciliación el mismo valor de la cosa juzgada, ni aun caso de tenerla podría llevarla a cabo el Juez municipal por exceder la cuantía de la venta a la competencia que le está atribuída, y que en todo caso el título inscribible sería, no el otorgado ante el Notario, sino por el funcionario competente asistido de la fe judicial. Segundo, porque aun en el caso de no adolecer de los defectos consignados en el apartado anterior, no constando la suspensión legal de las relaciones matrimoniales y patrimoniales, el contrato celebrado parece ser de los prohibidos entre cónyuges.

Entablado recurso por el Notario autorizante, la Dirección, revocando en parte el auto del Presidente de la Audiencia, expresivo de hallarse la escritura extendida con arreglo a las prescripciones y formalidades legales, declara que la misma adolece del segundo de los defectos incluidos en la nota, por las razones, en extracto, del encabezamiento. añadiendo que—por lo que toca al primero de los defectos—aunque en



ocasiones se ha opuesto a que con el pretexto de la ejecución de ciertas sentencias queden solventados en juicio verbal créditos de gran importancia no reclamables por tal medio y cuestiones atribuidas a otra jurisdicción, con grave trastorno del orden procesal, atendidas las circunstancias que concurren en el caso actual y dado que no existe una diferencia apreciable entre el valor de la finca vendida y el límite de la competencia del Juzgado, parece que no procede entorpecer las facultades de éste para llevar a término sus acuerdos.

Y en cuanto al segundo defecto—a más de lo consignado en la segunda parte de la rúbrica—que no debe olvidarse que si no existe en nuestro ordenamiento civil un precepto general prohibitivo de contratos entre cónyuges, es indudable que según su espíritu y, en ciertos casos, según su letra, una vez celebrado el matrimonio no cabe alterar normalmente el régimen económico familiar, lo cual, unido a las disposiciones legales sobre nulidad, con muy contadas excepciones, de las donaciones entre esposos y a la prohibición de celebrar contratos de compraventa, no permite dar plenos efectos al acto de conciliación celebrado por los consortes C-E, que sirvió de base al procedimiento durante cuya tramitación se efectuó la venta de la finca, contra todas las presunciones personales y patrimoniales vigentes en la materia y sin ninguna prueba de que los consortes se encuentren en alguno de los casos en los cuales pueden contratar entre sí.

INMATRICULACIÓN AL AMPARO DEL PÁRRAFO TERCERO DEL ART. 20 DE LA LEY HIPOTECARIA SUSCITANDO DUDAS AL REGISTRADOR LA IDENTIDAD DE LAS FINCAS CUYA INSCRIPCIÓN SE PRETENDE POR LA COINCIDENCIA DE ALGUNOS DETALLES CON OTRAS YA INSCRITAS. DEBE ACUDIRSE A LA PREVISIÓN LEGAL Y AL PROCEDIMIENTO ESPECÍFICO DEL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ART. 88 DEL REGLAMENTO PARA SU EJECUCIÓN, QUE AL REMITIRSE AL 29 DEL MISMO REGLAMENTO, PERMITE AL INTERESADO OBTENER UNA DECLARACIÓN JUDICIAL EN ARMONÍA CON LA REGLA SEGUNDA DEL ART. 393 DE LA CITADA LEY. LA CERTIFICACIÓN PARA INCOAR UN EXPEDIENTE POSESORIO DEBE EXPEDIRSE CON TODO ESCRÚPULO, REFLEJANDO LAS SOSPECHAS O DUDAS QUE PUEDAN MÁS TARDE SER UN OBSTÁCULO PARA LA INSCRIPCIÓN, EVITANDO DE ESA SUERTE LA PERTURBACIÓN EN EL DESENVOLVIMIENTO DE LOS DERECHOS DEL SOLICITANTE.

TANTE. POR TANTO, TAL CERTIFICACIÓN EXPEDIDA CON CARÁCTER NEGATIVO, AUNQUE SIGNIFICA UN INDICIO FAVORABLE A LA POSIBILIDAD DE INSCRIBIR, NO IMPLICA UNA CALIFICACIÓN DEFINITIVA QUE RECAE SOBRE EL TÍTULO, TODA VEZ QUE EL REGISTRADOR CON POSTERIORIDAD A LA EXPEDICIÓN DE AQUELLA HA PODIDO CONOCER PORMENORES O CIRCUNSTANCIAS QUE LE HAGAN RECTIFICAR, ENGENDRANDO LAS SOSPECHAS A QUE SE REFIERE EL ART. 88 DEL REGLAMENTO Y CONCORDANTES DE LA LEY.

*Resolución de 12 de julio de 1943. "B. O." de 5 de agosto.*

Un señor obtuvo del Registrador de Sanlúcar la Mayor certificación negativa de determinada finca, respecto de la que se proponía incoar expediente posesorio.

En vista del contenido de la certificación decidió variar el procedimiento de inmatriculación y recurrió en cuanto a dicha finca y otra a escritura de venta ante Notario, acogiéndose a los beneficios del párrafo tercero del art. 20 de la Ley Hipotecaria. Y presentada la misma en el Registro de Sanlúcar fué suspendida su inscripción por sospecharse por el calificador que tales fincas fuesen las mismas que tenían registradas a su nombre las personas de quienes las adquirió el vendedor, pues aunque no coincidiesen con aquéllas en sus linderos, discrepaban sólo poco en cuanto a cabida y ambas radicaban en el mismo paraje de las inscritas.

Entablado recurso, la Dirección, conforme con el auto apelado, confirma la nota del Registrador por los fundamentos y prevenciones, en cuanto a la meticulosidad con que dichos funcionarios deben proceder en la expedición de certificaciones para incoar expedientes posesorios, de la rúbrica.

ACTUANDO UN PROCURADOR ANTE UN JUZGADO MUNICIPAL EN RECLAMACIÓN DE CANTIDADES QUE SE LE ADEUDABAN POR TRABAJOS PRACTICADOS EN CALIDAD DE AGENTE DE NEGOCIOS Y NO POR SU CARGO, ES COMPETENTE DICHO JUZGADO, SIN QUE PUEDA SOSTENERSE—COMO PRETENDE EL REGISTRADOR—SER INCOMPETENTE AQUEL CONFORME A LO DISPUESTO EN EL ART. 8.º DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL REGULADOR DEL PROCEDI-

MIENTO ESPECIAL PARA EL COBRO DE SUS DERECHOS POR LOS PROCURADORES EN LOS PROCEDIMIENTOS EJECUTIVOS ENTABLA- DOS ANTE LOS JUECES MUNICIPALES DENTRO DE LOS LÍMITES DE SU COMPETENCIA, ES ADMISIBLE ADJUDICAR FINCAS EN ALGUNA MAYOR CANTIDAD QUE LA FIJADA A AQUÉLLA, HABIDA CUENTA LAS PARTICULARES CIRCUNSTANCIAS DEL CASO, PUES EN EL PRE- SENTE RESULTA ACREDITADA POR LA CERTIFICACIÓN DEL REGIS- TRO QUE SOBRE LOS INMUEBLES NO PESAN GRAVÁMENES DE ES- PECIE ALGUNA, CON LO QUE SE DESCARTA LA COMPLETA Y GRAVE CUESTIÓN DE LIQUIDACIÓN DE CARGAS, SIEMPRE TENIDA EN CUEN- TA POR EL CENTRO DIRECTIVO PARA EXTREMAR SU CELO Y VIGI- LANCIA, A FIN DE EVITAR POSIBLES ABUSOS Y PERJUICIOS.

*Resolución de 13 de julio de 1943. "B. O." de 8 de agosto.*

En el Registro de Frechilla se presentó testimonio de auto de ad- judicación de fincas en procedimiento de ejecución de sentencia dictada por el Juez municipal de dicha localidad, en virtud de demanda inter- puesta por D. A. C. contra determinada herencia yacente, reclamando la cantidad de 946,50 pesetas por derechos y suplidos ocasionados con motivo de asunto judicial relacionado con dicha herencia. Las fincas —que eran dos—se tasaron en 3.000 y 360 pesetas respectivamente, y celebrada la subasta, que se declaró desierta, fueron adjudicadas al actor por las dos terceras partes de su avalúo.

El Registrador denegó la inscripción, primero, por estimar incom- petente el Juzgado municipal de Frechilla, dada la acción ejecutada y lo dispuesto en el art. 8.º de la Ley de Enjuiciamiento civil, ya que la cantidad reclamada procede de derechos suplidos con motivo de asunto judicial; y segundo, porque aunque los Jueces municipales pue- dan conocer de reclamaciones de cuantía hasta mil pesetas, no lo son para adjudicar fincas, como se hace en el presente asunto, muy superio- res a dicha cantidad.

Tanto el Presidente de la Audiencia como la Dirección revocan la anterior nota—en el Recurso entablado—por los razonamientos ex- tractados del enunciamento, especificándose, en cuanto al primero, además, que no aparecía poder alguno que probase que el demandante actuase como Procurador.

COMISARIO-CONTADOR-PARTIDOR. TAL CARGO SOBREPASA POR SUS ATRIBUCIONES EN EL ORDEN DECLARATIVO A LOS ALBACEAS CON FACULTADES EJECUTIVAS Y A LOS CONTADORES-PARTIDORES DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL CON FUNCIONES ACTUARIALES Y DADO EL CARÁCTER PERSONALÍSIMO EN QUE AL NOMBRARLO SE INSPIRÓ EL TESTADOR, EL ACTO JURÍDICO QUE EL COMISARIO LLEVA A CABO ES DE TIPO UNILATERAL, DEBIENDO, EN CONSECUENCIA, CUMPLIR SU MISIÓN COMO JUEZ IMPARCIAL. SIN CONCURRENCIA ALGUNA DE HEREDEROS. APARECIENDO EN EL CUADERNO PARTICIONAL Y RATIFICADO EN LA ESCRITURA DE PROTOCOLIZACIÓN QUE EL VIUDO RENUNCIA A SU LEGÍTIMA Y GANANCIALES, PUEDE EN LA MISMA ESCRITURA REPRESENTAR A UNA HIJA MENOR POR HABER DESAPARECIDO LA INCOMPATIBILIDAD DE INTERESES, TODA VEZ QUE LAS DECLARACIONES HECHAS "UNO ACTU" DEBEN SER LÓGICAMENTE COLOCADAS EN EL ORDEN NECESARIO PARA QUE PRODUZCAN PLENOS EFECTOS. FINALMENTE, EL HECHO DE FIRMAR LA HIJA MENOR REPRESENTADA POR SU PADRE EL CUADERNO PARTICIONAL, PODRÁ ESTIMARSE COMO UN REQUISITO SUPERFLUO, PERO NO AFECTA A LA VALIDEZ DEL ACTO.

*Resolución de 15 de julio de 1943. "B. O." de 15 de agosto.*

Una señora falleció bajo testamento en el que nombraba Contadores-partidores, con las facultades del art. 1.057 del Código civil.

Por el Notario de Pinos-Puente, D. Carlos Arauz de Robles, se autorizó el 10 de enero de 1941, escritura que denominó de protocolización de operaciones particionales, renuncia de gananciales y declaración de obra nueva, en la que comparecieron los Contadores-partidores, el viudo de la testadora y dos de los cinco herederos de ésta, y en la que se hizo constar que en su testamento la misma mejoró en los muebles y efectos de la casa a una hija; que los Contadores-partidores citaron para el inventario a los coherederos y legatarios, ésta por ser menor de edad, en la persona de su padre, quien, previamente, tenía renunciados su legítima y participación de gananciales, en prueba de lo cual firmaron el cuaderno particional que se protocolizó en la escritura a que se hace referencia y que, en consecuencia, los citados

Contadores dieron por firmemente cumplido su encargo, ratificando solemnemente el viudo la renuncia a su legítima y participación de gananciales.

A la escritura se acompañó el cuaderno particional confeccionado por los Contadores y firmado por éstos, el viudo y los hijos y herederos de la testadora, el cual lleva igual fecha de 10 de enero de 1941 que el documento en que se protocolizó, apareciendo en el mismo dos bases, por las que en una—la cuarta—se afirma existir deudas sin constatación oficial para la liquidación de derechos reales y que se adjudicarán bienes a un heredero para que los enajene; y otro—la sexta—en que “declaran los herederos que tampoco se reconocen donaciones colacionables”.

Presentado el título en el Registro de Santafé, se denegó su inscripción primero, por no haberse practicado la partición por los Comisarios designados por la causante, sino por ellos y los herederos, según resulta del mismo cuaderno particional; segundo, representar a la hija que se dice menor, su padre, antes de que por las renuncia de éste a sus derechos en la herencia hubiese cesado la incompatibilidad de intereses; tercero, falta de claridad en cuanto a la misma representación, dado que la menor, que se dice representada, firma personalmente el inventario de la herencia.

Entablado recurso por el Notario autorizante, el Presidente de la Audiencia y la Dirección declaran no hallarse extendida la escritura con arreglo a las prescripciones y formalidades legales por adolecer del primer defecto señalado en la nota del Registrador, en virtud de los razonamientos—en extracto—que figuran en el enunciamiento y dado —se añade—que la lectura de las bases cuarta y sexta del cuaderno ponen de relieve que al hacerse la entrega del cuaderno por los Contadores a los herederos para que prestaran su beneplácito, se formularon declaraciones sobre colación y adjudicación de bienes, que son propiamente de liquidación y partición, con lo que se infringe el art. 1.057 del Código civil y se cercena el poder dispositivo de los Comisarios. Los dos restantes defectos se rechazan por las consideraciones que asimismo figuran en el enunciamiento.

VALOR Y ALCANCE DE LAS MENCIONES. SUS EFECTOS. POSIBILIDAD DE MODIFICAR O EXTINGUIR LOS DERECHOS MENCIONADOS.

*Resolución de 16 de julio de 1943. "B. O." de 19 de agosto.*

Por escritura otorgada en Ciudad Rodrigo el 15 de enero de 1890. ante el Notario D. Francisco Forns, don S. F. vendió a doña R. R. en precio de presente de 750 pesetas, pero para su hija natural E., de tres años de edad, en cuyo nombre y representación comparecía aquélla, un corral; realizándose la venta con la expresada condición de que "si falleciese la niña E. sin descendientes herede el usufructo vitalicio de dicho corral su madre doña R.; pero al fallecimiento de ésta se ha de vender en subasta extrajudicial, cuyo remate presidirá el señor cura párroco de San Isidoro de esta ciudad, y su líquido importe se ha de emplear: la mitad, en misa de limosna sinodal, y la otra mitad se distribuirá entre los pobres de esta ciudad", inscribiéndose tal escritura en el Registro.

Y por otra que en la misma ciudad, ante el Notario D. Telesforo Mayor, otorgaron el 23 de junio de 1906, los anteriores comparecientes don S. F. y doña R. R., expusieron: que por escritura de 15 de enero de 1890 (o sea la anterior) se había llevado a efecto la transmisión de determinada finca, con la condición precedentemente trascrita; que la niña E. falleció, por lo que se inscribió el usufructo vitalicio a favor de doña R.; que el objeto de la escritura era consignar que los dos comparecientes "dejando sin efecto la repetida escritura de 15 de enero de 1890, en cuanto a la nuda propiedad de la expresada casa, en su lugar se han de entender vendido el corral y la casa en nombre y a favor de los hijos naturales de la doña R., llamados doña E. (segunda hija natural) y don L. R., entendiéndose de estos dos la expresada nuda propiedad desde luego, y heredando los mismos el usufructo de la propia casa al fallecimiento de la doña R., madre de los mismos, con la exclusión de todos los demás descendientes que pudiera tener ésta, y, por consiguiente, reuniéndose en los expresados doña E. y don L. R. el usufructo y la propiedad al expresado fallecimiento de la doña R. y al fallecimiento de estos tres si la doña E. y don L. hubiesen fallecido sin descendientes la repetida casa y corral se han de vender en subasta extrajudicial, cuyo remate presidirá el señor cura párroco de San

Isidoro, y el líquido importe de su precio se ha de emplear: la mitad en misas de la limosna sinodal, y la otra mitad se distribuirá entre los pobres de buenas costumbres de esta ciudad", dejándolo en todo lo demás vigente la mencionada escritura de 15 de enero de 1890.

Presentada primera copia de la anterior escritura en el Registro de Ciudad Rodrigo, causó la siguiente nota: "No admitida la inscripción del precedente documento, porque implicando una modificación de los derechos estipulados en favor de los pobres de esta ciudad y misas sinodales en la primera escritura de 15 de enero de 1890 y que fueron mencionados en el Registro en sus inscripciones respectivas, no consta el consentimiento de los representantes legales de los mismos, conforme al art. 29 de la vigente Ley Hipotecaria y resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de junio de 1896 y 10 del mismo mes del año 1910. Y, además, contener pactos sucesorios prohibidos por nuestro Código civil en su art. 1.271, sin que pueda tomarse anotación preventiva."

Interpuesto recurso gubernativo, la Dirección, confirmando el auto presidencial, que había ratificado la nota del Registrador, y luego de dejar sentado que no tocaba entrar en el análisis profundo de la figura jurídica creada por los contratantes, centra la cuestión sobre los efectos que provoca la mención en el Registro de tales estipulaciones, declarando que nuestro sistema hipotecario acepta como base el principio de publicidad, y como lógica consecuencia y desarrollo del mismo, la mención del derecho verificada al amparo de los arts. 7 y 29 de la Ley Hipotecaria, goza de la protección de tal principio mientras aparezca vigente en el fondo de los asientos, y si bien no puede negarse que a la sombra de esta doctrina figurarán en los Registros derechos y facultades concedidos a personas desconocidas, inexistentes, indeterminadas y a terceros que no se hallan dispuestos a adquirirlos, tales anomalías que podrán ser corregidas con una ley adecuada, carecen hoy de remedio sencillo y rápido.

Que en virtud de la protección concedida a estos derechos, limitaciones, modalidades y prohibiciones, de configuración más o menos perfecta, los terceros no adquieren las fincas libres de toda carga ni pueden invocar la fe pública del Registro para dejar sin efecto su contenido, como tampoco los Registradores se hallan autorizados para prescindir de las menciones, más que en los casos previstos por la legislación hipotecaria.

Que, por aparecer expresamente mencionado en el Registro el derecho de la Iglesia y los pobres sobre el inmueble objeto de las sucesivas transmisiones, no se puede desconocer la existencia y alcance de tal mención, que ha tomado rango en el orden registral, acredita provisionalmente el destino de la finca y autoriza a los favorecidos o a sus legítimos representantes para aceptar el beneficio en la forma procedente.

Y que es doctrina unánimemente reconocida la de que la mención del dominio y demás derechos reales sólo se extingue, si la Ley no ha dispuesto otra cosa, por su cancelación formal y no puede desvirtuarse su efecto mientras subsista en el Registro, teniendo declarado este Centro Directivo en reiterada jurisprudencia que son de aplicación para su cancelación los requisitos exigidos en el art. 82 de la Ley Hipotecaria, y, debido a ello, no puede inscribirse en el Registro ningún título por el que se extinga o reduzca el derecho mencionado, sin el consentimiento de la persona a cuyo favor se hubiera hecho aquélla, o sin que recaiga la correspondiente providencia ejecutoria.

G. CÁNOVAS COUTIÑO

Registrador de la Propiedad.



# Jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Especial

## DERECHO PRIVADO

SENTENCIA DE 31 DE MARZO DE 1943.—*Contrato de obra y prescripción.*

Al concertar el demandante con el demandado la ejecución por aquél de la obra de sillería labrada y de mampostería en la construcción a que la demanda se refiere, poniéndose por el primero los materiales expresados, se perfeccionó un contrato de obra con suministro de material regulado aunque con notoria insuficiencia, por los artículos 1.588 y siguientes del Código civil, y que, en cuanto lo suministrado de modo erróneo por el actor pasaba al patrocinio del demandado, participa de los caracteres del contrato de compraventa; y así, asumida por el actor en la expresada relación contractual la calidad de empresario o de contratista, según se dice en la sentencia recurrida, no se le puede considerar como menestral para el efecto prescriptivo de la acción que le asiste para reclamar el precio convenido, y no satisfecho por el demandado, porque si bien en el concepto que corresponde a aquella denominación, equiparada a la de jornalero en algunas disposiciones del Derecho con vigencia anterior al citado cuerpo legal sustantivo, y que no parece en éste definida, puede comprenderse a quienes se obligaren a realizar a destajo una obra manual, haciendo los desembolsos o suministros exigidos por su trabajo, no sucede lo mismo respecto a los que contratan, obligándose a la ejecución de construcciones con materiales propios y valiéndose para extraer éstos y realizar aquéllas de obreros supeditados a los mismos, criterio que informó, sin duda, la sentencia de 21 de enero de 1905, en la que éste

Tribunal consignó la doctrina de que el tiempo que para la prescripción de las deudas de menstrales señala el art. 1.967 del Código civil, haciéndolo extensivo a los suministros o desembolsos que conciernen al mismo hubieren hecho, se entiende limitado a las deudas ocasionadas por su trabajo personal, por lo cual no están sujetas a ellas las derivadas de un contrato de obras en las que el contratista, aunque trabajara personalmente, puso el trabajo de los demás operarios a sus órdenes y los materiales.

SENTENCIA DE 29 DE ABRIL DE 1943.—*Endosabilidad de ciertos títulos; ámbito de la jurisdicción en Marruecos.*

El endoso en sentido propio tiene por objeto la transformación de un documento en título de crédito que sea suficiente para ejercitar de modo autónomo e incondicionado el derecho patrimonial incorporado al mismo título; y las certificaciones que se expiden a los contratistas de Obras públicas, en armonía con lo que dispone el art. 36 del vigente pliego de condiciones generales de contratación de esta clase de obras y la circular de la Dirección General del Ramo, son endosables cuando se ajustan al modelo oficial establecido para esta clase de certificaciones, porque este modelo se refiere a obras que se ejecutan conforme a un proyecto con presupuesto y a un pliego de condiciones aceptado por el contratista y al derecho a cobrar cantidad determinada en dinero. Como las certificaciones que esgrime en este juicio el Banco demandante se apartan del aludido modelo oficial, se contraen a obras ejecutadas sin presupuesto y, además, condicional el derecho del contratista a la aprobación del correspondiente proyecto y al resultado de la medición de equéllas, es visto, que el Tribunal "a quo" que toma en consideración este carácter condicional de las certificaciones en orden a la existencia y extensión del derecho transmitido para negar al repetido Banco el rango de endosatario de documento transmisible por endoso según el Código de comercio vigente en la zona del Protectorado español en Marruecos, concordante en este punto con el que rige en España, no incide en la infracción de los arts. 318, 320 y 324 del primero de los citados Cuerpos legales.

El Tribunal de instancia establece su incompetencia para resolver la petición de la demanda en el otro extremo de la medición, valora-

ción y liquidación de las obras ejecutadas por el contratista fuera del presupuesto y se funda para ello en que acceder a esta condena exigiría la aplicación de determinados artículos del pliego de condiciones para la contratación de obras públicas, lo cual supone la intromisión de la autoridad judicial en una cuestión puramente administrativa; y como en la zona del Protectorado está atribuido a los Tribunales civiles que allí funcionan el conocimiento de los asuntos que en España son propios de la jurisdicción contenciosoadministrativa y a esta jurisdicción corresponde conocer de todas las cuestiones relativas al cumplimiento, inteligencia, rescisión y efectos de los contratos celebrados por la Administración en sus diferentes esferas sobre toda especie de servicios y obras públicas, según el art. 5.º de la Ley orgánica de dicha jurisdicción, es evidente que el expresado Tribunal ha dejado de conocer de asunto del que debió entender.

SENTENCIA DE 4 DE MAYO DE 1943.—*Ley del desbloqueo.*

Concertado mediante escritura pública los representantes del "Instituto Nacional de Previsión" y de la "Cooperativa de Casas Baratas para Agentes Comerciales y Empleados del Colegio Oficial de Agentes Comerciales de Valencia" un préstamo para la construcción de un bloque de casas con cuya finalidad y en aquel concepto habrían de entregar la primera de las expresadas entidades a la segunda en el transcurso de dos años, a partir de la inscripción de la hipoteca que se constituyó hasta la cantidad de 2.611.118,70 pesetas en tantos plazos como plantas fueran terminándose en los edificios a construir, quedó obligada la Cooperativa prestataria a reintegrar a la prestamista el préstamo en veinte anualidades a contar del día en que quedase terminada la entrega a la misma del principal de aquél; y de este hecho cierto y del que lo es igualmente por la expresa conformidad de las partes de que desembolsado por el "Instituto Nacional de Previsión" antes del 19 de julio de 1936 y conforme a lo convenido la cantidad de 2.414.599,42 pesetas, la Cooperativa dicha la satisfizo el importe del préstamo con dinero marxista y en diversas entregas durante el año 1938, han derivado en el pleito: la actora, la acción que ha ejercitado amparándose en los arts. 38, 41 y 58 en su apartado f) de la Ley de 7 de diciembre de 1939 para obtener que se revisaran los ex-

presados pagos, y la demandada, su oposición a la demanda con el fundamento de que por haber recibido el 31 de octubre de 1936 la última cantidad de 196.519,28 pesetas que completaba la totalidad del préstamo convenido, sólo entonces éste se consumó bajo el dominio marxista, por lo que, conforme al apartado A) del antes citado art. 38 no era revisable. El Tribunal Supremo afirma en primer lugar que el vocablo "consumación", en el art. 38, no significa el cumplimiento de las obligaciones del préstamo, ya que en este caso el precepto carecería de sentido, puesto que el problema de la revisión sólo se plantea frente a préstamos no devueltos hasta el 18 de julio de 1936. Por tanto, "consumación" se refiere sólo al cumplimiento de lo que incumbe al prestamista y lo que es requisito esencial para la perfección del préstamo por ser un contrato real. En segundo lugar, el Tribunal Supremo califica el contrato celebrado entre las partes como una promesa de préstamo por faltarle la entrega de la cantidad pecuniaria. A base de este contrato se celebraron sucesivos préstamos. Por tanto, y en tercer lugar, el Tribunal de instancia, al contraer en su fallo la revisión de pagos a los préstamos anteriores al 18 de julio de 1936, no ha incurrido en ningún error.

SENTENCIA DE 20 DE MAYO DE 1943.—*Interpretación de contrato: contrato de garantía o venta sujeta a retracto convencional.*

La demandada dió al Banco demandante, en garantía de una cuenta corriente que el último abrió a la primera, cien acciones en los términos establecidos en un contrato cuya interpretación forma el tema del litigio. El Banco afirma la existencia de un contrato de garantía, la demandada y recurrente la de una compraventa con pacto de retro. El Tribunal Supremo da la razón al Banco.

"Si bien en la mencionada condición segunda que dice que "para todos los efectos legales las dos partes contratantes quieren que desde hoy se considere perfeccionada la venta de los valores entregados, y adquirida por el Banco la parte accesorio del producto de la venta para pago del saldo deudor en cuenta corriente", esta cláusula se halla comprendida bajo un epígrafe: "Condiciones de la cuenta de garantía a que se refiere la presente carta", y por otra parte, en la condición primera se habla de devolución de los valores que sólo podría pedir la

actora cuando su cuenta corriente estuviera cancelada; en la tercera se hace referencia a la reposición de garantía que el Banco podría pedir en el caso previsto; en la cuarta se provee el caso de que la actora retire dichos valores cuando la situación de la cuenta corriente lo permita; en la sexta se establece el abono en la cuenta corriente de la demandada de los cupones a su vencimiento, y además, en la sexta de la carta se expresa que los valores se abonan en cuenta especial de garantía y que el Banco concederá crédito en cuenta corriente hasta la suma que acuerde, según la cotización; todo lo cual permite afirmar que no se trata de una compraventa, que es incompatible con las condiciones expresadas, entre ellas, la que la supuesta vendedora siguiera percibiendo el importe de los cupones, faltando, además, la condición esencial del precio cierto, sino de un contrato de garantía de un crédito, no pudiendo darse a la repetida cláusula segunda otro alcance que el de facultar al Banco para enajenar la parte de los valores necesaria para pago del saldo deudor, como así resulta del párrafo tercero de la carta, pero quedando a voluntad de dicho Banco hacer o no uso de la facultad."

SENTENCIA DE 24 DE MAYO DE 1943.—*Comunidad de bienes; propiedad de pisos; Derecho transitorio.*

El demandante es propietario de dos edificios en los que se halla incrustado el edificio del demandado, separado de ambos por paredes medianeras. El demandante realizó una obra que, según sus alegaciones, afecta también la casa del demandado, del que por ello pide que sufrague una parte correspondiente de las expensas. El Tribunal Supremo establece la siguiente doctrina:

"El condominio, según los arts. 392 y 399 del Código civil, consiste en el dominio simultáneo de varias personas sobre una cosa en la que cada partícipe tiene un derecho transmisible sobre una participación real y abstracta; y estos elementos de unidad de cosa y simultaneidad de dominio no son de apreciar, cuando las propiedades no tienen más elementos comunes que las paredes medianeras, laterales y horizontal, figuran inscritas en el Registro de la Propiedad como fincas independientes, y no consta que hayan tenido un origen común; que es el caso de los que juegan en este juicio, en el que, ade-

más, concurre la especial circunstancia de que el interesado que afirma la copropiedad ha realzado por su propia y exclusiva iniciativa obras de reconstrucción que transformaron la estructura de la casi totalidad del edificio que supone común, prescindiendo del art. 397 del Código civil preceptivo de que ninguno de los condueños podrá, sin el consentimiento de los demás, hacer alteración en la cosa común, aunque de ella pudieran resultar ventajas para todos. A esta apreciación no debe obstar la doctrina de jurisprudencia, acogida por el Tribunal de instancia, de que el mero hecho de estar dividida una casa en pisos correspondientes a varias personas no borra la comunidad real y efectiva que establecen así la unidad de techumbre, como la del solar, las paredes medianeras y maestras, y las demás cosas y obligaciones de carácter necesariamente común; porque esta doctrina, según revela su enunciado, da por supuesto una cosa con varios elementos comunes, y en el caso actual, según queda dicho, se trata de edificios que tanto hipotecariamente como de hecho, son distintos por tener de común únicamente las paredes de separación en régimen de medianería especial no confundible con el condominio. Si por las circunstancias de hallarse incrustada la casa del demandado en la propiedad del acto se admite que los elementos de separación de ambas autorizan a afirmar que la primera es un piso con salida propia de la total edificación, tampoco en este supuesto procedería reconocer la copropiedad que la sentencia recurrida declara al amparo de la mencionada doctrina jurisprudencial, porque esta doctrina, tan discutida en el terreno científico, razona afirmando que son absolutamente inseparables el dominio de cada piso del edificio entero y de las partes de interés común; y con posterioridad el Poder público, por la Ley de 26 de octubre de 1939, dando nueva redacción al art. 396 del Código civil, reconoce a cada uno de los propietarios de pisos susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común del edificio o a la vía pública, un derecho singular y exclusivo de propiedad sobre su piso o parte de él y, además, un derecho conjunto de copropiedad sobre los otros elementos del edificio necesario para su adecuado uso y disfrute, declara inseparables, en cuanto a su intransmisibilidad, ambos elementos y establece que las partes en copropiedad no son, en ningún caso, susceptibles de división; y esta Ley, que se refiere a toda clase de edificios y no a los destinados a viviendas familiares exclusivamente, como afirma el Tribunal *a quo*, en lo relativo a la distin-

ción que establece entre los elementos propios de cada interesado y los comunes, al reconocimiento de los primeros como propiedad exclusiva e independiente y a la inseparabilidad de ambos, ha de entenderse que interpreta los artículos que el Código consagraba a esta materia, pues así se infiere de los antecedentes doctrinales de la misma Ley y de su preámbulo; y debe apreciarse que la sentencia de segunda instancia, cuando rechaza la aplicación de sus preceptos, incurre en notorio error, pues sabido es que las leyes aclaratorias han de suponerse publicadas en el momento en que lo fueron las que se propone aclarar.”.

SENTENCIA DE 26 DE MAYO DE 1943.—*Delito; costas.*

La sentencia contiene dos doctrinas. En *primer lugar*, distingue la pena y la indemnización. El fin de la pena es el castigo del culpable; el de la indemnización, la reparación del perjuicio. Por tanto, el supuesto de la pena es la perpetración del delito; el de la indemnización, la existencia del daño. La apreciación de la existencia del daño y de su alcance constituyen cuestiones de hecho reservadas a la apreciación del juzgador. Como dicha apreciación, en el caso litigioso, no fué impugnada en adecuada forma procesal, el recurso no pudo prosperar. En *segundo lugar*, opina la sentencia que el art. 111 del Código penal, preceptivo de la obligación de los criminalmente responsables de pagar las costas procesales, no vincula a los Tribunales civiles ante los cuales se ejercita la acción civil engendrada por un delito. Esta última tesis es discutible, dada la finalidad de dicha prescripción y dada la posibilidad de entablar la acción civil, tanto en el proceso penal como independientemente en el proceso civil. No obstante, la sentencia de 21 de junio de 1943 vuelve a afirmar que desligada la acción civil de la penal rígease exclusivamente por las normas comunes de las obligaciones civiles.

SENTENCIA DE 1.º DE JUNIO DE 1943.—*Simulación absoluta y relativa en su papel procesal.*

La demanda afirma la inexistencia de la compraventa por simulación absoluta, fundándose en la falta de precio. La sentencia recurrida comprueba la existencia real de varias entregas de dinero y, configu-

rando los hechos del pleito sin decidirse o como un contrato de garantía o como una compraventa, rechaza la demanda. El recurso hace valer que en la hipótesis del contrato de garantía, la compraventa adolece del vicio de una simulación relativa, ya que la transmisión del inmueble no se hizo en realidad como contraprestación de la recepción de un precio, sino como garantía de la aceptación de un préstamo. El Tribunal Supremo no da lugar al recurso: "Porque aunque se acogiese la tesis del contrato de garantía que permitiese configurar el contrato de autos como relativamente simulado, por encubrir la compraventa fingida un contrato verdadero de hipoteca, siempre surgiría el obstáculo procesal de no poder ser declarada en estos autos, sin faltar a las normas de congruencia, la simulación relativa, por responder a presupuestos de hecho distintos de la absoluta que no fueron objeto de alegación en el pleito, como distintos son los efectos o consecuencias jurídicas de una y otra simulación, y no se formuló pretensión alguna sobre contrato disimulado de compraventa que encubre otro real de garantía."

SENTENCIA DE 4 DE JUNIO DE 1943.—*Propiedad industrial.*

Los requisitos de propia invención y novedad, esenciales para el reconocimiento de la propiedad industrial en la más importante de sus modalidades, y cuya falta produce la nulidad de la patente, con arreglo al núm. 1.º del art. 115 del vigente Estatuto de 26 de julio de 1929, texto refundido de 30 de abril de 1930, han de ser apreciados con relación al objeto que como propio de la patente se reivindica en la Nota extendida al pie de la Memoria descriptiva de la invención a modo de síntesis de la que el peticionario reclama y para la cual trata de obtener la protección y privilegios que el Estado dispensa a las novedades industriales, pues así claramente lo determina el art. 100 del propio Estatuto en su núm. 3.º, al preceptuar que la citada Nota ha de expresar cuanto se reivindique como objeto de la patente, habiendo de entenderse que la concesión recaerá sobre la reivindicación que contenga dicha Nota, y así resulta también de la doctrina que esta Sala tiene establecida, entre otras sentencias, en la de 18 de febrero de 1886.



SENTENCIA DE 5 DE JUNIO DE 1943.—*Precario.*

El concepto del precario presupone, según una reiterada jurisprudencia (sentencias 4-XII-1933 y 5-XII-1934), por una parte la utilización gratuita de un bien cuya posesión de derecho no nos corresponde, y por otra parte la falta de un título que jurídicamente justifique el goce, bien porque no se haya tenido nunca o porque, habiéndolo tenido, se perdiese. En el caso de autos existía un testamento en el que el testador instituyó herederos usufructuarios a todos sus hermanos, atribuyendo la administración al que de ellos fuese mayor de edad. El demandado arrendó la finca del hermano-administrador. Después de la muerte de éste, y pasada la administración al actualmente mayor de los hermanos, este último entabló demanda, considerando al demandado como a un precarista, alegando el art. 480 del Código civil. El Tribunal Supremo niega el precario, ya que el arrendador no actuó en el ejercicio de un propio y exclusivo derecho de usufructo, que, en efecto, hubiera finiquitado con la muerte del usufructuario, arrastrando consigo el arrendamiento, sino como representante de un usufructo correspondiente a todos los hermanos. Por tanto, la relación arrendaticia no se canceló por la muerte del administrador y cotitular del usufructo, poseyendo por ende el demandado un título frente al actor.

SENTENCIA DE 8 DE JUNIO DE 1943.—*Art. 1.965 del Código civil*

Es sabido que el art. 1.965, cuya infracción se denuncia, lo mismo que la doctrina de este Tribunal, contenido en sentencias de 31 de mayo de 1899, 15 de abril de 1904, 24 de noviembre de 1906 y junio de 1917, si reconocen, como es tradicional en nuestra doctrina, la imprescriptibilidad de la acción *familiæ erciscundæ*, subrayan que de ella es supuesto obligado la posesión de consuno o proindiviso de los bienes hereditarios, cuando lo que se afirma por el sentenciador es, por el contrario, que el D. J. L. los tuvo y poseyó quieta y pacíficamente en concepto de dueño y por el término legal establecido para adquirirlos por usucapion.

SENTENCIA DE 10 DE JUNIO DE 1943.—*Posesión y propiedad.*

El 21 de diciembre de 1906 consiguió D. C. R. a su favor una inscripción de posesión en el Registro de la Propiedad. El 12 de julio de 1909 vendió el mismo la mencionada finca al actor, cuyos derechos no se inscribieron. El 22 de abril de 1933 se convirtió la inscripción de posesión en la de dominio. El problema es de saber si el actor tiene un título acreditativo del pretendido derecho de dominio que ejercita contra el Ayuntamiento demandado. El Tribunal Supremo niega esta cuestión. "Debe tenerse en cuenta que si bien, de conformidad con el artículo 399, núm. 3.º de la Ley Hipotecaria, cumplidos los diez años de vida registral se convierte en inscripción de dominio la de posesión practicada, tal conversión sólo surte efectos con relación a los que adquieran después que ella se haya realzado, y únicamente a partir de ese momento el que adquiere lo hace a base de una situación dominical resultante del Registro; porque si es cierto que la aprobación del expediente provee de un título para la inmatriculación de la finca, también es innegable que la inscripción producida por virtud de aquella aprobación no constituye un asiento hipotecario propiamente dicho, con sus normales y ordinarios efectos, como lo demuestra el texto del artículo 34, párrafo 8.º de la citada Ley." Tampoco puede el actor basarse en la usucapion, ya que consta que el demandado estaba en posesión de la finca.

LA REDACCIÓN.

# Jurisprudencia sobre el impuesto de Derechos reales

*Resolución del Tribunal Central de 15 de abril de 1941.*

NO SON DEDUCIBLES LAS DEUDAS REPRESENTADAS POR LETRAS DE CAMBIO, AUN DESCONTADAS POR EL BANCO DE ESPAÑA, PORQUE, CONFORME LA PÁRRAFO 2.º DEL ART. 101 DEL REGLAMENTO DEL IMPUESTO, NO CONCURREN EN ELLAS LAS CONDICIONES NECESARIAS PARA CALIFICARLAS DE PRÉSTAMOS BANCARIOS, NI ES TAMPOCO APLICABLE EL PÁRRAFO 3.º DEL MISMO ARTÍCULO CUANDO NO SE CUMPLEN LOS REQUISITOS QUE ÉL SEÑALA, Y AUNQUE SE CUMPLAN, TAMPOCO ES PROCEDENTE LA DEDUCCIÓN SI LA DEUDA APARECE RECONOCIDA A FAVOR DE UNO DE LOS HEREDEROS.

Presentada a liquidación la herencia de D. F. L., resultaron herederos una hermana y unos sobrinos del causante, los cuales en el cuaderno particional declararon deudas en cantidad superior a los bienes hereditarios y entre ellas las representadas por cinco letras de cambio en cuantía de 84.750 pesetas, y merced a tal reconocimiento adjudicaron a la heredera doña Bernarda los bienes de la herencia, en concepto de acreedora de esa cantidad y como adjudicataria para pago en cuanto a otras deudas, quedando todavía créditos pasivos sin cubrir.

La Oficina liquidadora no consideró deducible dicha cantidad y se entabló la reclamación correspondiente, sosteniendo la procedencia de la deducción, como deuda del causante, del capital representado por dichas letras de cambio conforme al párrafo 2.º del art. 101 del Reglamento y afirmando que era equivocado el criterio del liquidador si por aparecer dicha cantidad como debida a la heredera doña Ber-

narda, la consideró no deducible con arreglo al apartado 3) del mismo artículo.

La deuda—dicen los recurrentes—nació de un préstamo hecho al causante por el Banco de España con la forma de esas letras, negociadas con intervención de Corredor de Comercio y protestadas por el Banco por falta de pago, quedaron impagadas en sus cajas y en tal estado continuaban al fallecer el causante, según acredita la certificación correspondiente; todo lo cual demuestra—añaden aquéllos—que el caso reúne los requisitos del art. 101 del Reglamento en su apartado 2), sin que a ello sea obstáculo el hecho posterior a la transmisión e independiente de ella de que esos efectos comerciales hayan tenido que ser recogidos y pagados por la heredera doña Bernarda, la cual, por haberlos garantizado el mismo día de su expedición, tuvo que abonarlos para evitar la ejecución.

Es de notar que las cinco letras están libradas contra el causante y aceptadas por él a fecha del libramiento, y que tres de ellas están libradas por la doña Bernarda y las otras dos por otra de las herederas, todas a la orden de los mismos herederos o de sus familiares, después de lo cual fueron endosadas al Banco de España.

Tanto el Tribunal provincial como el Central desestiman el recurso porque, como claramente se desprende de los hechos relatados, no concurre en ellos ninguno de los requisitos que el invocado apartado 2) del art. 101 exige para que la deducción sea procedente: la existencia del préstamo personal del Banco de España al causante bajo la forma de dichos efectos mercantiles es una mera afirmación sin prueba alguna, puesto que la obligación que él como librado tenía de pagar a su vencimiento el importe de las letras a las personas a cuya orden se libraron nada prueba en relación con el supuesto contrato de préstamo, ni tampoco puede deducirse ese contrato del simple hecho de ser el Banco tenedor de las letras, y también porque no solamente no se presenta la póliza de tal contrato, sino que en el expediente no hay rastro de él, y lo único que consta es que al descontar las letras los libradores, y entre ellos la heredera doña Bernarda, intervino Corredor de Comercio, pero no el causante.

El caso tampoco puede estimarse comprendido en el apartado 1) del mismo artículo mencionado, porque aunque las letras aparecen pagadas al Banco por la doña Bernarda, y aunque en el documento particional los demás herederos reconocen el hecho y que ella es acree-

dora del importe de aquéllas, ese reconocimiento no es suficiente para la pretendida deducción conforme a ese apartado, ya que no consta en documento que lleve aparejada ejecución en la fecha de la defunción del causante.

Por fin, tampoco es posible la deducción apoyada en el apartado 3) del repetido art. 101, porque no solamente no aparece la deuda consignada en documento público por los herederos con la comparecencia del acreedor, sino que, además, está contraída en favor de uno de ellos, y este obstáculo es por sí solo insuperable conforme al mismo apartado.

*Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 22 de abril de 1941.*

LAS CERTIFICACIONES CON REFERENCIA A LOS LIBROS DE LAS OFICINAS LIQUIDADORAS PUEDEN PEDIRLAS SOLAMENTE LOS INTERESADOS EN LAS LIQUIDACIONES O SUS REPRESENTANTES Y NO UN TERCERO, AUNQUE SEA GESTOR ADMINISTRATIVO.

La Orden de la Subsecretaría de la Presidencia del Gobierno, de fecha 9 de marzo de 1940, dictada a propuesta del Ministerio de Industria y Comercio—no publicada en el *Boletín Oficial del Estado*—, recordó a los departamentos ministeriales que en las Oficinas públicas debe exigirse a cuantos gestionen asuntos la exhibición del carnet de identidad del Colegio Oficial de Gestores Administrativos y el recibo corriente de la contribución correspondiente, y que sin ese requisito no debe consentirse la gestión más que al interesado en el asunto de que se trate.

Con apoyo en esa Orden y al efecto de ejercitar acciones y recursos en relación con su cumplimiento, un gestor administrativo, pretendió de una Oficina liquidadora certificación acreditativa de las circunstancias de las personas que no siendo gestores ni directamente interesados habían presentado documentos a partir de determinada fecha.

El Abogado del Estado denegó lo solicitado y entendió que el Reglamento del Impuesto no autorizaba semejante petición. Recurrido el acuerdo, tanto el Tribunal provincial como el Central confirmaron la negativa, diciendo este último, en contra de la alegación de que las Abogacías del Estado son Oficinas públicas y público, por lo tanto,

el Registro de las mismas, que el art. 106 del Reglamento del Impuesto de Derechos reales, al regular la presentación de documentos, faculta la presentación de los mismos por cualquiera persona sin necesidad de acreditar la representación de los interesados en ellos ni de reunir ninguna condición especial, y dispone que el solo hecho de la presentación convierte al presentante en mandatario verbal, y que, lo mismo que ocurre en el procedimiento administrativo, solamente a los propios interesados o a sus representantes se les pueden facilitar antecedentes en relación con los documentos presentados.

La Orden invocada—añade el Tribunal—no se refiere para nada a la obligación de facilitar certificaciones, y si el gestor reclamante cree que alguien en su daño interviene indebidamente en algún asunto, puede hacer uso de su derecho formulando las denuncias correspondientes ante la autoridad que proceda.

*Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 6 de mayo de 1941.*

CONTRAÍDA UNA DEUDA CONSTANTE MATRIMONIO Y GARANTIZADA CON HIPOTECA SOBRE UNA FINCA DE LA SOCIEDAD CONYUGAL, ES DEDUCIBLE EN SU TOTALIDAD DEL CAUDAL DE ÉSTA AL LIQUIDAR EL IMPUESTO POR DISOLUCIÓN DE DICHA SOCIEDAD COMO CONSECUENCIA DE LA MUERTE DE UNO DE LOS CÓNYUGES, Y LA LIQUIDACIÓN POR EL CONCEPTO DE ADJUDICACIÓN PARA PAGO. CONSECUENCIA DE TAL DEDUCCIÓN, HA DE TENER POR BASE LA TOTALIDAD DE LA DEUDA, SIENDO ERRÓNEA LA TESIS DE QUE LA MITAD DE ELLA GRAVABA DESDE ANTES DEL FALLECIMIENTO LA PARTE DE GANANCIAS CORRESPONDIENTE AL SOBREVIVIENTE.

*Antecedentes.*—Los hechos que produjeron el original problema planteado por los reclamantes en este recurso económicoadministrativo son los que siguen:

Como consecuencia del fallecimiento del marido, la viuda y los dos hijos del matrimonio presentaron a liquidación del impuesto la testamentaria declarando como ajuar de casa 250 pesetas, como valor de un corral; 250 pesetas y, además, una casa valorada en 12.000 pesetas conforme al líquido imponible, e hicieron constar que todos los bienes

eran gananciales y que como carga de la herencia y deuda deducible había una de 18.000 pesetas contraída por los cónyuges y garantizada con hipoteca sobre la citada casa, cuya deuda absorbía el caudal inventariado.

En la escritura de partición se hizo constar que los otorgantes aceptaban la herencia y se adjudicaban, respecto a los inmuebles, la mitad en plena propiedad, a la madre, y la otra mitad, en usufructo a esta señora y en nuda propiedad a los hijos.

La Oficina liquidadora, en el oportuno expediente de comprobación, confirmó el valor dado a los bienes, excepto a la casa, la cual valoró fiscalmente en 45.000 pesetas de acuerdo con el valor dado a la misma en la escritura de hipoteca. Alcanzó, pues, el valor comprobado a 45.000 pesetas y de ellas dedujo como baja las 18.000 del préstamo hipotecario y sobre éstas, como base, giró una liquidación al 5 por 100 por el concepto "Adjudicaciones", núm. 1 de la Tarifa y, sobre el resto, hasta las 45.000 pesetas, las correspondientes liquidaciones por los conceptos de gananciales, cuota usufructuaria y herencia.

La liquidación por "Adjudicaciones" fué recurrida por la viuda y uno de los hijos, fundados en que a tenor del art. 101 del Reglamento del Impuesto, cuando proceda la reducción o rebaja de deudas del capital o bienes inventariados se exigirá al "heredero", en concepto de adjudicatario, el impuesto correspondiente; y como el caudal hereditario lo formaban solamente los bienes correspondientes al causante por su mitad de gananciales, de ellos había de deducirse la mitad de la deuda de las 18.000 pesetas, y únicamente sobre esa mitad procedía exigir a los "herederos", que lo eran la mujer y los hijos, el impuesto por la adjudicación para pago de deudas. Respecto a la otra mitad de los bienes, pertenecía a la viuda a título de gananciales como partícipe en la sociedad conyugal y ningún derecho ostentaban sobre ellos como "herederos" los reclamantes.

En definitiva pidieron que la liquidación por "Adjudicaciones" se girase sobre la base de 9.000 pesetas, y que las demás se modificasen y que se les devolviese la diferencia a su favor entre ambas series de liquidaciones.

La Oficina liquidadora sostuvo en su informe la procedencia de la liquidación, pero el Tribunal provincial económicoadministrativo estimó el recurso y entendió que de acuerdo con los arts. 1.408 y 1.417 del Código civil, la mitad de la deuda de 18.000 pesetas pertenecía a

la mujer durante el matrimonio por pertenecerle la mitad de los gananciales, y, por tanto, no era procedente hacerle una adjudicación para pago de una deuda que, con independencia del fallecimiento del marido, gravaba ya su mitad de gananciales y que no tenía en el momento de la defunción su momento inicial, sino simplemente su concreción. Por consiguiente, a juicio del Tribunal, al ser deducida la totalidad de la deuda debió girarse a los herederos una liquidación en el concepto de adjudicación en pago solamente sobre la base de la mitad de ella, o sea sobre 9.000 pesetas, quedando libre la otra mitad como perteneciente al caudal ganancial propio de la viuda con anterioridad al fallecimiento del marido.

Este acuerdo fué recurrido por la Dirección General de lo Contencioso ante el Tribunal Económico-administrativo Central por las razones que éste acoge en su resolución revocatoria del acuerdo del Tribunal provincial.

El argumento de los reclamantes era que la mitad de la deuda gravaba la mitad de los gananciales del cónyuge sobreviviente antes del fallecimiento del causante y con independencia de ese hecho, de donde deducían la improcedencia de la adjudicación para pago de la referida mitad, y a ello opone el Tribunal Central que en toda disolución de sociedad conyugal por fallecimiento de uno de los cónyuges, ha de preceder a la determinación de la herencia del fallecido la liquidación de aquella sociedad, y hasta que esto se realice no puede saberse cuáles son los bienes de la misma ni los que a cada cónyuge pertenecen, ni siquiera si habrá o no gananciales, puesto que si de tal liquidación resulta, como sucedía en el caso discutido, que existen deudas contra la sociedad de gananciales, en ese momento y no antes, es cuando se puede determinar su cuantía, su naturaleza y con qué bienes se han de pagar; y, además, porque la determinación de la existencia de gananciales requiere necesariamente el requisito previo de la deducción de las deudas y obligaciones de la sociedad conyugal y la adjudicación de los bienes para su pago, de los cuales no puede decirse que pertenezcan, en parte, a la herencia del cónyuge fallecido y en parte al sobreviviente, sino que son bienes de la sociedad conyugal.

Esta teoría, dice también el Tribunal en su resolución, viene a confirmarla la propia escritura particional, ya que en ella los interesados, después de valorar los bienes en 12.500 pesetas, reconocen la deuda de 18.000 pesetas y que ella absorbe la totalidad de tales bienes, lo cual es tanto como admitir que no existe remanente ganancial ni herencia



partible, por consiguiente, ni tampoco bienes atribuibles al superviviente en el dicho concepto de gananciales.

*Comentarios.*—El caso, aunque hábilmente planteado por los reclamantes, nos parece que carece de consistencia jurídica, incluso después de ser favorablemente acogido por el Tribunal de primera instancia.

Entendemos que los argumentos opuestos a la tesis sostenida por los interesados y dada por buena por el Tribunal provincial, son decisivos y que se pueden reforzar con consideraciones del campo del Derecho civil y también jurídicofiscal.

En cuanto a lo primero está claro que la teoría de los reclamantes envuelve una inadmisibile confusión o una falta de distinción entre las tres personalidades que juegan en toda sociedad conyugal sometida al régimen legal de gananciales, cuales son, la de la sociedad misma y la de cada uno de los cónyuges con sus tres patrimonios separados, así en el orden jurídico como en el económico.

Mientras la sociedad de gananciales subsiste tiene una personalidad y un patrimonio que no se puede confundir con la personalidad y el patrimonio de marido y mujer y no es posible jurídicamente sostener que la mitad de lo que en ella existe pertenece, desde luego, a cada uno de los cónyuges. Para que ello ocurra es menester que aquella persona social desaparezca, disolviéndose, y que se liquiden y adjudiquen los bienes individualmente a los dos socios o al que de ellos sobreviva y a los herederos del fallecido, y entretanto no existe vínculo directo jurídico entre el superviviente y los bienes de que se trate, ya que el que existe está establecido a través de la personalidad de aquella sociedad y consiste en último extremo, y aparte de las cargas que sobre ella pesan mientras perdura, en participar cada cónyuge por mitad en los resultados de la misma cuando se disuelve, conforme se determina en los artículos 1.418 y siguientes del Código civil.

El criterio contrario conduciría, aplicado a cualquiera otra sociedad como una anónima, por ejemplo, a sostener que el accionista es dueño, con relación jurídica personal y directa, de la parte alícuota que en los bienes sociales representen las acciones de que sea poseedor y ya en esta pendiente llegaríamos a la conclusión de que podía disponer no ya del derecho que las acciones representan sino de los mismos bienes sociales en cuanto a su porción ideal.

Es ello tan claro que parece innecesario insistir.

De estos principios primarios de Derecho civil nace con toda lógica

el argumento jurídicofiscal a que antes nos referimos: si los bienes sociales no están en el patrimonio particular de los socios—en este caso de la viuda—sino en el de la persona sociedad conyugal y tiene que pasar de ésta a equélla previos los actos de liquidación y adjudicación del haber conyugal, tenemos ya el acto generador del impuesto a exigir. En primer lugar, habrá que determinar y deducir el gravamen hipotecario no en su mitad sino íntegramente, y el resto, será el haber social ganancial en el que corresponderá a la viuda la mitad en concepto de haber social, formando la otra mitad la herencia partible del marido, y de aquí nacen ya sin discusión posible los actos liquidables de herencia y junto con ellos el de adjudicación para pago, puesto que aquella deducción previa de la deuda y de los bienes a ella equivalentes hace que éstos se transfieran a los “herederos”, no como tales y a título de herencia sino para que con ellos o con su importe satisfagan el débito.

JOSÉ M.<sup>a</sup> RODRÍGUEZ-VILLAMIL

Abogado del Estado y del I. C. de Madrid.

# V A R I A

REVISTA DE ESTUDIOS POLÍTICOS.—Sumario del núm. 10 (julio-agosto, 1943): Eugenio d'Ors, de la Real Academia Española: Ecúmeno y exotero; Javier M. de Bedoya, Jefe de Sección del Instituto de Estudios Políticos: El sentido de la libertad en la doctrina falangista; Jesús Pabón, Catedrático de Historia Moderna de la Universidad de Madrid: Las ideas y el sistema napoleónicos (continuación); Melchor Fernández Almagro, Jefe de Sección del Instituto de Estudios Políticos: Las Cortes del siglo XIX y la práctica Electoral.—Notas: *Cuando los españoles conquistaron el Sudán*, por Emilio García Gómez; *Maquiavelismo*, por César E. Pico.—Mundo hispánico: *Rumbo peligroso*, por Juan Carlos Goyeneche; *Un viraje en la interpretación de la independencia americana*, por José María García Escudero.—Crónicas: *Crónica de la política nacional*, por José Antonio Cortázar; *Crónica internacional*, por Pedro Mourlane Michelena; *Crónica económica*, por Mariano Sebastián; *Crónica cultural*, por Salvador Lissarrague.—Recensiones: *Postulados de un orden internacional*, Guido Conella, por Antonio P. de Caviedes; *Godŕi, Prince de la Paix*, Jacques Chasténet, por Melchor Fernández Almagro; *Epos de los destinos*, d'Ors (Eugenio), por J. L. Vázquez Doderó; *Régimen legal español de la moneda extranjera*, Ubierna Eusa (José Antonio), por Juan Gascón Hernández; *Las sociedades de economía mixta*, Girón Tena (José), por Juan Gascón Hernández; *Felipe II o Religión y Poder*, Schneider (Reinhold), por Manuel de la Quintana; *Die öffentliche Unternehmung in England*, Schaufner (Hans), por L. López Rodó.—Bibliografía: I. Administración pública. II. Economía política. III. Política social.—Anexos: I. Eugenio Montes: *Federico II de Sicilia y Alfonso X de Castilla*. II. Suplemento de Información económica, núm. 2.

HERNANDO MATAS Y RUIZ MENDIOLA: *Nociones sistemáticas de Derecho civil*. Introducción. Parte general. Zaragoza. Talleres Editoriales de *El Noticiero*. Coso, núm. 79. 1943.

En la literatura jurídica privada, y singularmente en la civil, es donde se siente con mayores apremios la necesidad de los manuales y donde por infortunado contraste abundan menos. El hecho se explica con facilidad, por razón de lo ingente de la materia y de las dificultades que entraña el hacer una exposición sintética, íntegra y clara del Derecho civil, corriéndose el riesgo de redactar un simple epítome o el no menos grave de escribir un verdadero tratado, frustrándose en ambos casos la específica finalidad que justifica la existencia de los manuales. Sólo el genio de Brugi o de Coviello han podido sortear con fortuna tales escollos.

La literatura civilista española acusa aún con mayor relieve la falta de manuales, y por eso ha de recibirse con júbilo la producción jurídica que, encuadrada en este tipo de obra, han dado valientemente a la luz Hernando Matas y Ruiz Mendiola. Obedeciendo los autores a una concepción perfectamente meditada, presentan al público estudioso, no la totalidad de las instituciones del Derecho civil, sino sus dos primeros y fundamentales extractos, a saber: la Introducción y la Parte general. De esta suerte, y a modo de ensayo, han elaborado un verdadero manual de sistemática civil en 500 páginas, y si el éxito les acompaña, como es de esperar, podrán construir bajo las mismas directrices que se han trazado el contenido de la Parte especial del Derecho civil, completando así el Manual de Derecho civil y llenando un vacío importante de nuestra biografía sobre la materia.

Es muy de advertir el loable empeño que han puesto los autores en que dentro del marco de severa concisión en que se mueven no faltase ninguno de los elementos esenciales a considerar, y así tratan sobriamente, pero con la profundidad precisa, lo mismo el elemento científico, el positivo español común y foral y el comparado, siguiendo respecto de este último una clasificación etnográfico-histórica del mayor interés.

Encabeza la obra una sinopsis guía, que es un gráfico de toda la materia tratada y un puntuario detallado de su desarrollo, sirviendo a un tiempo de orientación previa y de tabla analítica para la

busca inmediata de lo que se desee. Tras los conceptos preliminares relativos a esta rama del Derecho, ocúpase la Introducción del proceso conceptual del Derecho civil y su significado, así como de su plan y de las formas en que se ha manifestado la legislación civil; hácese después una sugestiva síntesis histórica del Derecho español común y foral y extranjero, antes y después de la codificación, y se traza acto seguido un cuadro diáfano del Derecho civil vigente en España, cerrándose la Introducción con un bien pensado estudio sobre la evolución del Derecho civil moderno.

En la Parte general se desenvuelve con precisión la teoría de la norma jurídicocivil (naturaleza, especies, nacimiento, vida y extinción), ocupándose de cuantos problemas sustanciales suscitan tales enunciados en la doctrina y en el Derecho legislado nacional e internacional. Continúa esta parte con la teoría de la relación jurídicocivil, examinándose el sujeto, o sea, la persona, tanto la individual como la social, el objeto y su susceptibilidad jurídica, así como los principios generales sobre las cosas, con especial consideración del patrimonio y las aplicaciones jurídicolegales, tanto comunes como forales y extranjeras. Sigue el examen del nacimiento de la relación jurídicocivil, la distinción de hechos y actos jurídicos; la teoría del negocio jurídico (elementos, contenido, ineficacia), la antijuridicidad culposa y no culposa y la función del negocio y demás hechos jurídicos (nacimiento, modificación, extinción, prueba), poniéndose fin a esta Parte general con el estudio del Derecho civil como ciencia. Cierra la obra una exposición de la literatura jurídica civil que, merced a un acertado criterio de clasificación, se presenta con un orden y claridad notables.

Si en lo interno la obra está bien pensada, bien calculada y desarrollada en proporciones acertadas, se observa en lo externo una gran fidelidad a la preocupación cardinal de los autores por un trabajo sistemático, como lo demuestran la profusión extraordinaria de títulos, capítulos, secciones, epígrafes y subepígrafes, la cuidada concisión del texto, la variedad de tipos de letra de los mismos, que excluye con ventaja la exigencia de las notas y llamadas al pie de las páginas, el uso comedido, pero utilizado con oportunidad, de paréntesis e incisos, etcétera. Hasta el formato y la lujosa encuadernación, en tela flexible, contribuyen a hacer el libro agradable y sobre todo *manuable*, que es justamente lo que los autores se habían propuesto.

El primer valor de la obra es por todo ello el pedagógico, y ha

de tener, sin duda, una cálida aceptación entre los estudiantes de nuestras Universidades. También ha de servir a los profesionales del Derecho, quienes, refrescando y ordenando cosas sabidas, podrán con su ayuda adentrarse en estudios más extensos sobre los puntos que les interesen. Por último, es una obra asequible en su mayor parte a los profanos, resultando, por consiguiente, con un valor muy estimable de vulgarización. Así, pues, los objetivos a que aspiran los autores están plenamente logrados.

MARIANO DE AZCOITI

Doctor en Derecho. Profesor honorario de la  
Universidad Central. Antiguo Profesor de la  
Universidad de Zaragoza.

### *Estipulaciones contractuales tipificadas (1).*

El fenómeno de las estipulaciones contractuales tipificadas alcanza cada día más trascendencia práctica. En muchísimos casos no se enfrentan durante unas negociaciones dos individuos creando individualmente un contrato individual. Más bien se encaran, por uno o por ambos lados, personas que no son sino meros exponentes de determinados grupos económicos o que hasta jurídicamente constituyen dicho grupo económico; y el contrato cuya perfección planean no reglamenta una situación única e imprevista, sino una relación típica y archiconocida. Supongamos, por ejemplo, que un viajero quiere concertar con la Compañía de ferrocarriles un contrato de transporte; que una persona desea arrendar un piso; que tiene pensado hospedarse en un hotel; que compra un billete para una función de teatro, etc. En todas estas hipótesis faltan las dos premisas individualizadas y, por ende, la conclusión también individualizada anteriormente enumerada: no existen dos partes individualizadas; no hay una situación individualizada a reglamentar; por tanto, no se da la creación individual del contrato. La Compañía de ferrocarril constituye la organización jurídica de un grupo económico asaz importante. El casero y el futuro inquilino no son sino exponentes de diferentes clases sociales, lo mismo que lo es el hotelero o el dueño del teatro. Las situa-

(1) Véanse a lo que sigue, sobre todo, «Günter Haupt, Vertragsfreiheit und Gesetz» (libertad contractual y la ley), en *Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht*, 1943, páginas 84 a 88; y «Friedrich Klausing, Sittenwidrige und Überflüssige Geschäftsbedingungen» (estipulaciones amorales y superfluas), l. c., págs. 129 a 133.

ciones a reglamentar son situaciones típicas. Por ello suelen existir contratos tipificados preestablecidos por cualquiera de los grupos en cuestión. La parte contraria no tiene más elección que o aceptarlos o adherirse a ellos, por lo cual estos contratos suelen llamarse también en las doctrinas latinas "contratos de adhesión".

Estos contratos tipificados suscitan numerosos problemas. Muchas de sus cláusulas pecan de inmoralidad e ilegalidad, puesto que la parte contratante con predominio económico suele explotarlo más allá del límite de lo lícito. Otras cláusulas son oscuras o superficiales y, como tales, perjudiciales. Finalmente, puede enfocarse el fenómeno entero, ora como una violación inadmisibile del auténtico principio de la libertad contractual, ora como una infracción de la misma Ley. Las primeras dos cuestiones son prácticamente de una importancia incalculable (poseyéndola la primera en más alto grado que la segunda); no obstante, no se prestan bien a una exposición teórica general, ya que la inmoralidad o superfluidad dependen de circunstancias de hecho y muchas veces de difícil ponderación intelectual. En cambio, no adolece de este defecto el tercero de los problemas mencionados, al que, por ello, podemos dedicar unas palabras.

Haupt (l. c.) parte del principio de la libertad contractual. La Ley declara ciertas disposiciones como obligatorias. ¿Quiere eso decir que todas las demás están a disposición de las partes? Un pensamiento positivista y ateleológico afirma esta pregunta. Sin embargo, la acertada contestación no es tan sencilla. La Ley da una reglamentación dispositiva de un determinado tipo de contrato. Si la situación de hecho, que las partes desean reglamentar, corresponde exactamente a la prevista por el legislador al dictar su reglamentación dispositiva, ¿por qué se les permitirá desplazar dicho articulado sin razón alguna? El Código civil establece, por ejemplo, que el vendedor responde de la posesión legal y pacífica de la cosa vendida y de los vicios o defectos ocultos que tuviere. Vendiéndose una cosa a su precio corriente, ¿por qué se admitirá que el vendedor se libere de ésta su responsabilidad? Si el comprador hubiere dado su consentimiento, ello se suele deber a que, o no se ha hecho cargo de la importancia de la estipulación, o a que el predominio económico del vendedor le ha coaccionado. El caso sería diferente si el precio fuera inferior al precio usual, ya que entonces existe a favor del comprador una correspondencia de la liberación del vendedor del posible saneamiento. La jurisprudencia de los

Estados Unidos defiende esta doctrina, y bajo su influencia algunas empresas norteamericanas presentan a sus clientes para que escojan dos proyectos contractuales: el uno con un precio corriente y plena responsabilidad del vendedor; el otro con un precio inferior y liberación parcial del vendedor. La libertad contractual puede, por tanto, ejercitarse sólo con la condición de que intente adaptar la reglamentación legal a una característica atípica de la situación concreta. Sólo así quedan garantidas, a la par, la libertad auténtica de las partes y la misma Ley. La defectuosa concepción legal de la función lógica de la autonomía de las partes, por un lado, y del Derecho dispositivo por el otro, débese a que el legislador sólo piensa en el contrato individualizado, sin tener en cuenta el pacto típico entre grupos sociales.

Las conclusiones de Haupt nos parecen dignas de alabanza. En efecto, es intolerable que la reglamentación justa e imparcial de un legislador resulte sustituida por la de un grupo social partidista. La nulidad del contrato de adhesión por inmoralidad o infracción de un precepto legal obligatorio constituye una barrera insuficiente. El público, no sólo tiene derecho a un "mínimo ético"; tiene derecho a una perfecta justicia conmutativa. Interpretando el principio de la libertad contractual teleológicamente como facultad de las partes de adaptar situaciones atípicas a la reglamentación legal dispositiva (y forzosamente tipificada), llegaremos ya *de lege lata* a resultados satisfactorios.

### *Derecho hipotecario.*

#### *I.—Algunas ideas sobre la noción del Tercero Hipotecario (1).*

Este interesante artículo posee en España interés práctico por coincidir en lo fundamental la legislación hipotecaria cubana con la española. El articulista parte del concepto del tercero hipotecario (págs. 22 a 30). Dicho personaje enigmático debe reunir, en el entender del señor Robles Espinosa, siete condiciones: 1.<sup>a</sup>, No ser parte en el acto o contrato sobre el cual recae la controversia; 2.<sup>a</sup>, haber inscripto su derecho en el Registro de la Propiedad; 3.<sup>a</sup>, haberlo adquirido a título oneroso; 4.<sup>a</sup>, adquirirlo de quien aparezca en el registro con facultades para transmitirlo; 5.<sup>a</sup>, que no conste en el Registro causa alguna de nulidad, rescisión o resolución; 6.<sup>a</sup>, que el adquirente o sucesor jurí-

(1) Artículo de Manuel Robles Espinosa en *Revista Cubana de Derecho*, año XVII, número 1, enero-marzo 1943, págs. 22 a 70.



d'co proceda de buena fe y 7.<sup>a</sup>, que la ineficacia de los "actos o contratos ejecutados" que en su caso se declare, no lo sea en virtud de título anterior inscripto. A continuación Robles Espinosa examina cuatro temas relacionados con la materia.

El primer tema (págs. 30 a 40) trata del llamado "tercero hereditario" (art. 23, párrafo 2.º Ley Hipotecaria). El texto vigente cubano declara lo que sigue: "La inscripción de los bienes inmuebles y derechos reales, adquiridos por herencia o legado, no perjudicará a tercero, si no hubiesen transcurrido cinco años (1) desde la fecha de la misma. Exceptúanse los casos de herencia testada o intestada, mejora y legado, cuando recaiga en herederos forzosos." La cuestión es si el tercero a los efectos de la mencionada disposición es el heredero de mejor derecho o si lo es el tercero general de la L. H. El articulista contesta: "El tercero a que se contrae el párrafo transcrito no puede ser otro que el general de la Ley hipotecaria, sólo como una excepción se suspenden los efectos de su inscripción hasta tanto transcurran los cinco años, por la posibilidad de que durante ese tiempo aparezcan otras personas con mejor derecho según la legislación civil y lo ejerzan oportunamente las que no deben ser perjudicadas. Es decir, que durante los cinco años no hay terceros respecto a la relación de dominio sobre los inmuebles inscriptos por el heredero aparente." Después de los cinco años no se protege al tercero si la acción del heredero preterido se funda en causas que aparecen del Registro (S. T. S. C.) de 23 de enero de 1912). Los herederos forzosos pueden sólo disponer, con eficacia contra posibles herederos de mejor derecho, sobre su legítima (v. S. T. S. E. de 11 de mayo de 1909). No obstante, ni siquiera con esta limitación cumple la excepción su fin, ya que la legítima puede resultar mermada por la aparición de otro heredero forzoso preterido, que merece más protección que el tercero. Robles Espinosa propone las siguientes reformas: 1.<sup>a</sup>, sustituir las palabras "no perjudicará a tercero" por las "no surtirá efectos en cuanto a tercero" y 2.<sup>a</sup>, decir al final: "Exceptúanse los casos de herencia testada o intestada, mejora y legado, cuando recaiga en herederos forzosos, siempre que no se perjudique con ello la legítima de otros herederos posibles y en la medida eficaz a ese fin."

El segundo tema (págs. 42 a 55) trata del poseedor "animus do-

(1) El texto en España ha rebajado este plazo a dos años, resultando cierta antinomia con el artículo 689 del Código civil español.

minantis" y del dueño legítimo. El autor cree que la posesión no inscrita nunca afecta a tercero y que lo es el que adquiere e inscribe un derecho real (el domino inclusive), por lo menos en ese instante y respecto al tiempo pasado. La posesión no inscrita perjudicará al nuevo dueño, pero a partir de este momento. Así, pues, la situación posesoria extrarregistral perjudicará sólo al dueño que lo haya sido durante todo el tiempo de la prescripción extraordinaria y sus sucesores a título gratuito. Finalmente el articulista transcribe una S. T. S. C. de 4 de marzo de 1938 que dice así: "Cuando el acreedor hipotecario se adjudica el inmueble gravado, adquiriéndolo por tradición simbólica de quien, teniéndolo inscrito, no lo posee materialmente, queda, de igual modo que cualquier otro adquirente, sujeto como causahabiente del vendedor a las consecuencias de la posesión ajena, y no puede invocar el carácter de tercero a quien no alcance ni perjudique la prescripción, debiendo considerársele dueño legítimo a los fines del párrafo último del art. 35 de la Ley hipotecaria y su jurisprudencia y, en su virtud, computarse el término prescripto desde que mediante el mencionado título entró a poseer la finca la usucapiente". Robles Espinosa opina que, en general, el término debe contarse desde que se adjudicó la finca al acreedor.

El tercer tema (págs. 55 a 61) contempla al titular de un derecho de permanencia. El derecho de permanencia es una nueva construcción jurídica, creada para captar convenientemente las situaciones arrendaticias con arreglo a la legislación postbélica protectora de los arrendatarios. Estos, tanto en fincas urbanas como en fincas rústicas (aunque con modificaciones según los casos, teniendo especial importancia en Cuba el arrendamiento de fincas destinadas a la industria azucarera), poseen un derecho de permanencia que produce efectos contra terceros.

El cuarto tema (págs. 61 hasta el final) analiza el conflicto entre anotante y acreedor hipotecario. Las dudas giran en torno de la prelación entre un crédito personal anotado y otro hipotecario inscrito con posterioridad a la anotación del primero. La cuestión cobra un matiz especial en Cuba, puesto que en aquel país la Ley de 3 de abril de 1933 y el Decreto-Ley 790 de 7 de enero de 1936, suprimieron por completo la acción personal en la relación hipotecaria, quedando reducida la escritura de hipoteca mientras no se registre a un mero título inscribible. Si, por lo tanto, la hipoteca se inscribe después de la anotación, le cede en eficacia, porque nace en dicho momento, mientras que

antes de las mencionadas reformas podía haber nacido el crédito personal con anterioridad a la anotación.

## II.—*La deuda territorial del propietario* (1).

El Derecho alemán conoce, como es sabido, gravámenes del propietario sobre su finca. La finalidad de esta construcción consiste en impedir que los acreedores posteriores a un gravamen ajeno anterior ocupen el rango de su titular caso que dicho gravamen desaparezca. Por esta razón, el gravamen extinguido ajeno se convierte en un gravamen a disposición del mismo propietario, y los acreedores posteriores guardan su rango primitivo. Para eliminar esta consecuencia los prestamistas obligan frecuentemente al propietario de cancelar el gravamen ajeno satisfecho, frustrándose así su conversión en un gravamen del propietario y dejándose la vía expedita para el ascenso de los acreedores posteriores. Para asegurar el cumplimiento de dicha posible obligación del propietario, el Código civil alemán permite la inscripción de una anotación preventiva (§ 1.179). Estas anotaciones preventivas de cancelación inundan los Registros de la Propiedad de tal forma que los mismos pierden su claridad. El articulista propone, para mejorar esta situación, que se admita la renuncia adelantada del propietario a un posible gravamen prop o sobre su inmueble, renuncia inscribible desde luego y eficaz contra el propietario en el momento de la extinción del gravamen ajeno, cuya conversión en una deuda territorial se desea impedir.

La discusión ofrece interés para España, puesto que demuestra que el sistema alemán de la deuda territorial del propietario, que algunos autores españoles quieren implantar en España, no carece de dificultades muy serias.

## *Proyecto de una Ley sobre la educación profesional de la juventud alemana* (2).

El preámbulo de este interesante proyecto establece lo que sigue. "El espacio vital del pueblo alemán y su rango entre los pueblos del

(1) Véase Eugen Locher: «Reformprobleme der Löschungsvormerkung» (problemas reformatórios acerca de la anotación preventiva de cancelación), en *Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht*, Heft 8, del 10 de mayo de 1943, págs. 106 a 110.

(2) «Jugendrechtsausschuss der Akademie für Deutsches Recht, Entwurf eines Gesetzes über die Berufserziehung der deutschen Jugend». Nummer 19 der *Arbeitsberichte der Akademie für Deutsches Recht* W. Kohlhammer Verlag, Stuttgart und Berlin, 1942.

mundo dependen de lo que lleva a cabo todo el pueblo. Una educación profesional metódica es el presupuesto de éxitos de valor y duraderos. La educación profesional forma, a la par, una parte integrante de la pedagogía, ya que su meta común consiste en convertir al joven alemán en un miembro del pueblo, de carácter firme y capacitado en su profesión, para que ejercite ésta como tarea natural y necesaria en el servicio de la comunidad del pueblo.

Cada joven miembro del pueblo está obligado a someterse a una educación profesional metódica; a cada cual se hará posible una carrera profesional sin tomar en consideración su origen o su fortuna a fin de que pueda realizar lo mejor, dentro de sus posibilidades, para la comunidad del pueblo.

Como parte de la educación de la juventud, la dirección de la educación profesional corresponde a las Juventudes de Hitler, encargadas por el Partido Alemán Obrero Nacionalsocialista de la misma. En esta tarea tiene participación el Frente Alemán del Trabajo, ya que su mandato consiste en formar la comunidad de trabajo de todo los productores alemanes.

La educación profesional se lleva a cabo en las Empresas y en las Escuelas profesionales. Puede ser completada por una educación complementaria.

El responsable de la educación profesional dentro de la Empresa es su director. El debe cuidar que cada joven miembro de la comunidad reciba la educación profesional correspondiente a su talento y capacidad, y que se posibilite y facilite a jóvenes especialmente talentados el ascenso profesional.

El Estado asegura y vigila la realización unitaria de la educación profesional.

Los padres deben conducir al joven hacia una profesión y participar en la educación profesional.

Los concursos anuales profesionales espolearán a la juventud alemana en su profesión y voluntad de sobresalir y formar una base para la selección profesional. La Organización para el fomento de los talentos del pueblo alemán reunirá todas las medidas encaminadas hacia el fomento de los capacitados."

La primera parte (arts. 1 y 2) trata del ámbito de vigencia de la Ley. Joven es cada alemán entre los catorce y dieciocho años. No obstante, la Ley se aplica asimismo a la educación profesional de los ma-

yores de dieciocho años. La educación profesional se extiende a todas las Empresas, privadas y públicas, como asimismo al servicio doméstico.

La segunda parte (arts. 3 a 7) aborda los presupuestos de la educación profesional. En primer lugar, el joven debe ser apto para la profesión escogida, tanto corporal como intelectual y moralmente. En segundo lugar, sólo el alemán mayor de edad e idóneo debe encargarse de la educación profesional. La facultad de educar profesionalmente a jóvenes puede suprimirse, por ejemplo, por una resolución de un Tribunal del Partido, de un Tribunal criminal o de un Tribunal de honor. En tercer lugar, la Empresa ha de reunir las condiciones necesarias para servir a la educación profesional.

La tercera parte (arts. 8 a 62) analiza la educación profesional en la Empresa, y se subdivide en cinco secciones: a) La *primera sección* (arts. 8 a 16) abarca las disposiciones sobre todas las relaciones de educación profesional. La Ley parte del concepto de la *relación de educación profesional* (1), creada por la incorporación de un joven a una Empresa. Dicha relación puede contener como finalidad o la *formación del joven* (2) o, sencillamente, su *trabajo* (3). El desarrollo jurídico de las diversas especies de relaciones se efectuará en las sucesivas secciones. El establecimiento de la relación de educación profesional requiere el consentimiento del titular de la patria potestad o el del tutor y, siendo de una duración superior a un año, el del Tribunal de tutela. El director de la Empresa transmite al joven los conocimientos y habilidades necesarios. Le inculca la obligación de cumplir con su deber, el sentimiento de la comunidad y la camaradería; despierta y fortalece en él el honor del trabajo, y le obliga a vivir de manera sana y moral. El director cuida también que el joven vaya a la Escuela profesional, dándole el tiempo necesario para ello. Asimismo le concede el tiempo para el servicio de juventud y la participación en organizaciones especiales de las Juventudes de Hitler. El joven debe ser fiel y obediente, aplicado y concienzudo. b) La *segunda sección* (artículos 17 a 53) reglamenta la relación de educación profesional encaminada hacia la formación del joven. La Ley distingue dentro de esta categoría el aprendizaje (4) de la enseñanza de un trabajo no es-

(1) *Berufserziehungsverhältnis.*

(2) *Ausbildungsverhältnis.*

(3) *Jugendarbeitsverhältnis.*

(4) *Lehrverhältnis.*

pecializado (1). aa) El aprendizaje (arts. 18 a 44): El aprendizaje transmite al aprendiz, mediante una educación profesional metódica, los conocimientos y habilidades necesarios para un campo de trabajo coherente y perfectamente delimitado. El aprendizaje ha de referirse a una profesión reconocida; y el reconocimiento supone que la enseñanza requiere, al menos, una duración de un año, realizándose dicho reconocimiento por el ministro del ramo junto con el del Trabajo, el jefe alemán de Juventudes y el director del Frente Alemán del Trabajo. Para emplear a aprendices hace falta ser maestro (2), y para ser maestro es preciso poseer la facultad de educar profesionalmente (3), el reconocimiento como maestro (4) y el cumplimiento de veinticuatro años. Una Empresa, apta para transmitir al aprendiz los conocimientos y habilidades necesarios para su profesión, se denomina "Empresa de aprendizaje" (5). Para cada profesión se dictará un Reglamento obligatorio. La relación de aprendizaje ha de constar en un documento, llamado "carta de aprendizaje" (6). El director de la Empresa concede al aprendiz una "ayuda adecuada para su educación" (7); si ésta consistiera en alimentar al aprendiz y en darle vivienda, el director debe concederle, además, una cantidad de dinero apropiada. El aprendiz o sus representantes legales no están obligados a retribuir la enseñanza, ya que ésta constituye un deber de cada ciudadano frente a la comunidad. El aprendizaje empieza con un período de prueba, a lo más de tres meses, durante el cual la relación puede ser denunciada sin más ni más. Después de terminar el período de prueba, la relación puede denunciarse por una causa justificada sin haber de atenderse a plazo alguno. Una causa justificada existe, si la continuación del aprendizaje, teniendo en consideración el deber de fidelidad mutuo, se pusiera en contradicción con su sentido y su finalidad. El derecho de denuncia se extingue, si el facultado no lo ejercita dentro de dos semanas desde que se enteró de los hechos que lo engendran. El aprendiz puede cambiar de profesión con consentimiento de la autoridad y avisándolo con dos semanas de antelación. Si la dirección de la Empresa cambiara, el nuevo director entra en las obligaciones del director saliente. Después

(1) *Anlehrvverhältnis.*

(2) *Lehrbefugnis.*

(3) *Befugnis zur Berufserziehung.*

(4) *Anerkennung als Lehrmeister.*

(5) *Lehrbetrieb.*

(6) *Lehrbrief.*

(7) *Erziehungsbeihilfe.*

del aprendizaje se lleva a efecto un examen. Si éste tuviera un efecto negativo, se ordena un "complemento del aprendizaje" (1). La relación de aprendizaje finiquita dos semanas después del examen exitoso o del segundo examen fracasado, lo más tarde un año después de transcurrir el tiempo previsto para el aprendizaje en el Reglamento correspondiente. De todos modos se da al aprendiz un testimonio, expresivo de la profesión enseñada, de la duración de la enseñanza y de un juicio acerca de su resultado. Después de aprobado el examen, el representante del Partido obliga al aprendiz a ejercitar la profesión aprendida en el interés de la comunidad del pueblo. *bb)* Enseñanza en un trabajo no especializado (arts. 45 a 53): La finalidad de esta enseñanza consiste en dar al educando (2) conocimientos y habilidades básicos para garantizar su empleo como miembro capacitado de la "hueste obrera" (3). La profesión no especializada ha de ser reconocida como tal, realizando dicho reconocimiento el ministro del ramo en unión con el jefe de las Juventudes y el director del Frente Alemán del Trabajo. Para cada profesión reconocida se dicta un Reglamento obligatorio. La duración de la enseñanza es de seis meses. El primer mes es el periodo de prueba. Al terminar la enseñanza el director de la Empresa expide un testimonio. Por lo demás aplican a esta educación las disposiciones acerca del aprendizaje referentes a una empresa idónea, el documento expresivo de las condiciones de la enseñanza, la ayuda para la educación, la prohibición de pagar la enseñanza, etc. *c)* La *tercera sección* (arts. 54 a 55) contempla la relación de trabajo, que, como antes habíamos visto, se opone a la de "formación del joven" (de "aprendizaje" o de "enseñanza en un trabajo no especializado"). En esta hipótesis se trata de una ocupación de un joven sin finalidad educativa, aunque se debe intentar la continuación y el fortalecimiento del trabajo profesional. La relación de trabajo puede denunciarse para el 15 ó el fin del mes con cuatro semanas de antelación. Caso que exista una causa justificada, la denuncia puede ser instantánea. *d)* La *cuarta sección* (arts. 56 a 60) disciplina la vigilancia de la educación profesional. La Cámara se encarga de la fiscalización de la educación

(1) *Nachlehre*.

(2) *Anlehrling*.

(3) *Gefolgsman*. Como es sabido, el Derecho nacionalsocialista concibe al director de una empresa como un jefe de un ejército o de un pueblo al que los obreros siguen fiel y obedientemente, teniendo a su vez el jefe una obligación de fidelidad para con su séquito.

profesional. Las Cámaras son diferentes según las diversas especies de profesiones. En la esfera de la industria, del comercio, de la Banca, del seguro y del artesanado existen las llamadas "Cámaras comerciales de comarca" (1), en virtud de una Ley de 20 de abril de 1942. En el terreno del campo el jefe de los campesinos del país hace las veces de la Cámara (2). En lo que atañe a las Empresas públicas la competencia de las Cámaras incumbe al ministro del ramo. Para el servicio doméstico se tiene pensado crear Cámaras especiales, si bien relacionadas con las "Cámaras comerciales de comarca". e) La *quinta sección* (arts. 61 y 62) establece un acto especial de conciliación para las controversias dimanantes de las relaciones de educación profesional.

La cuarta parte (arts. 63 a 65) encauza la educación profesional fuera de la Empresa, sea en una Escuela profesional, sea en la educación profesional complementaria.

La quinta parte (arts. 66 y 67) trata del torneo profesional en el Reich, que servirá a espolear el trabajo de los jóvenes.

La sexta parte (arts. 68 a 70) ordena la ayuda a los jóvenes especialmente dotados.

La séptima parte (arts. 71 a 73) prevé castigos y medios coactivos contra posibles infractores de la Ley.

La octava parte (arts. 74 a 80) detalla los pormenores de la aplicación de la Ley.

LA REDACCIÓN.

(1) *Gauwirtschaftskammern*.

(2) Sobre el Derecho agrario alemán, véase *Información Jurídica*, número 9, enero de 1942, y números 16 y 17, diciembre de 1942.