

REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO
Y ESPECIALMENTE AL RÉGIMEN HIPOTECARIO

Año XXV

Febrero 1949

Núm. 249

La inscripción y la hipoteca hasta el Código civil

SUMARIO

1. Más ideas y materiales para el valor de la inscripción.
2. Consideraciones sobre la hipoteca: A) El nombre, etimología y significados; B) Aparición histórica de la hipoteca y su concepto clásico.
3. La hipoteca en el Derecho histórico español.
4. Nacimiento y realidad de la hipoteca según Cárdenas.
5. La hipoteca en los proyectos de Código civil de 1836 y 1851.
6. La hipoteca en el proyecto de ley de 11 de febrero de 1858 y en sus discusiones parlamentarias.
7. La Ley Hipotecaria de 1861; La hipoteca unilateral; La cancelación de hipoteca; El artículo 126; Las hipotecas legales.
8. La hipoteca en la Ley de 1869.

MÁS IDEAS Y MATERIALES PARA EL VALOR DE LA INSCRIPCIÓN

Bajo la firme creencia de que la finalidad principal de los trabajos de Revista, no es enseñar, sino aportar inquietudes, impresiones y meditaciones privativas, para estimular el pensamiento ajeno y posibilitar el logro de una verdad, escribo las cuartillas que siguen.

Don Augusto Comas fué un docto profesor de Derecho Civil; también D. Felipe Sánchez Román fué un docto catedrático de igual rama del saber jurídico. Ninguno de ellos fué Notario ni Registrador, y ambos fueron contemporáneos de la promulgación de nuestro Código Civil. Esta coincidencia de aptitud y cronología hace que deban ser

tenidos por imparciales críticos y acertados hermeneutas del artículo 1.875 del Código Civil. No debe ponerse en duda que su labor crítica responde a la del buen *hypomnematografus* griego o a la del fino *explanator* de los latinos.

Sánchez Román advierte que precisamente el contrato es el medio "más frecuente de la constitución del Derecho de hipoteca... y que una vez consumado el contrato cesan todas las relaciones contractuales, y subsiste tan sólo, mientras el contrato no sea anulado, rescindido por causa posterior, el Derecho real de hipoteca" (1). Don Augusto Comas, refiriéndose a la distinción entre contrato e hipoteca, y a la perplejidad de los autores del Código en dicha materia, decía textualmente: "que aunque el legislador distinguió en su expresión, no distinguió en su pensamiento" (2), dando a entender que, aunque en dicho artículo se dice que la inscripción tiene valor constitutivo para la hipoteca, no fué eso lo que se quiso decir.

El aludido artículo del Código tiene, indudablemente, una deficiente redacción gramatical, subsanada en las leyes hipotecarias posteriores y que reclama a voces para aquél su inmediata rectificación a fin de evitar que pueda decirse como se dijo con ocasión del Krausismo, que nuestro idioma es pobre de léxico, o para evitar que surja un nuevo Juan Pablo Forner sacando a relucir dicho artículo como una justificación de las "Exequias de la Lengua Castellana".

La sospecha de Comas merece ser constatada, y se impone una excursión por los campos viejos de la hipoteca, en busca de sus tuestos reveladores, que son aquellos libros antiguos y olvidados, y aquellos artículos dispersos en las primeras Revistas hipotecarias, y aquellos discursos que la imprenta perpetúa, en todos los cuales habrá ideas, que como las tenues luces que escintilan en la obscuridad, orientaran al investigador jurídico.

Y para más afianzamiento en la tesis que se exponga, habrá que buscar también la base filosófica. Sobre las ruinas de civilizaciones que fueron, vemos alzarse nuevas culturas, y sobre el Derecho pasado, vemos cómo se elaboran nuevas normas jurídicas. Pero si la nueva cultura o el nuevo Derecho no tienen filosófica construcción, a la postre fenecen.

(1) Tomo III, 1889, pág. 941.

(2) La Revisión del C. c., t. II, parte especial, 1902, pág. 705.

La Ley Hipotecaria de 1861 tiene una base filosófica en toda la intensificación de la palabra. La verdad universal en que descansa es la evidente diferencia que existe entre creación o nacimiento y subsistencia o vida. La creación de los derechos privados cuenta con una institución remota: la notarial. El taumatúrgico escribano don Diego Busto Lisarés, en su *Cartilla Real*, editada en el siglo XVII, insinúa un origen divino a la función notarial. La subsistencia de los derechos creados no tuvo, hasta época relativamente moderna, su adecuada forma declaratoria; ésta fué la función registral, confiada también en sus comienzos a señores escribanos. Una y otra función, aunque independientes, son complementarias entre sí. Ambas son funciones de jurisdicción voluntaria y han estructurado dos honorables Magistraturas. La del Notariado ya tiene nombre: es la Magistratura de la paz jurídica (3). Así la ha llamado don José Castán. La otra aún no está adjetivizada. Pero ya en tiempos faraónicos hubo una Magistratura encargada de resolver los problemas de propiedad del agro egipcio. De la inscripción de un bajorrelieve de la tumba del magistrado Wiziér Rekhmara (4) se infiere que la tranquilidad del propietario pendía del juicio de tal Magistratura. Bien pudiera decirse que hoy la registración inmobiliaria ha creado la Magistratura de la Tranquilidad o de la Confianza.

El registro producirá en el titular del derecho la tranquilidad de su adquisición; le protegerá frente a injustas pretensiones de su transigente, dará confianza y seguridad a quienes con él quieran contratar y amparará a quienes bajo su fiaduría contraten o inscriban.

El titular inscrito seguirá creando bajo su autonomía particular y con la fe de Notario, cuantos derechos pueda y quiera; pero en tanto no se registren subsistirá a efectos de tercero, como único, el derecho inscrito. Pretender algo más del registro tal vez fuera desorbitar su función. ¿Acaso no pasaron ya a la historia los Registros constitutivos de Sajonia, Lubeck, Baviera, etc., etc.? Nussbaum, refiriéndose a la historia de las Leyes hipotecarias, decía respecto de la prusiana de 1721 que "desde el punto de vista material se conceden a las hipo-

(3) *Función notarial y Elaboración notarial del Derecho*, vol. CXCIII de la Biblioteca Jurídica de Autores españoles y extranjeros, 1946, pág. 34.

4. *El Catastro en las antiguas civilizaciones*, por Pedro de Castañeda y Agundo, 1925, pág. 10, columna 2.ª, citando a Newberry, *The Life of Rekhmara*, Londres, 1900.

tecas inscritas, al menos en principio, preferencia sobre las no inscritas..." (5). ¿Y no va quedando en desuso el abstracto acuerdo de transferencia, para dar paso, con pujanza de florecimiento, a la trilogía del título, modo e inscripción?

Y si la trilogía es exacta, ¿cómo admitir que la inscripción equivalga al modo o que modo y título puedan ser la misma cosa?

La tradición, en términos llanos, no es más que la toma de posesión o la posesión misma. Ocurre que algunos derechos, por ser impalpables, no pueden ser poseídos, y se dice que no tienen tradición. Heineccio afirmó la inexistencia de la tradición en la hipoteca, y don Jerónimo González nos habla de una cuasi tradición. Muchas veces, con miras facilitonas o de brevedad, se presupone la tradición, ya por el simbolismo, ya por la ficción. Pero esta esfumación de la tradición real no nos aproxima a la espiritualista adquisición napoleónica, ni aun en el supuesto del artículo 1.462 del Código civil. La diferencia es radical, pues según el Código extranjero, jamás hay tradición, y en el nuestro, aunque disimulada, existe, y, además, resulta de esencia la presunción, dentro de la teoría genérica del Derecho real. La escritura de donación en que no conste la aceptación del donatario, ¿contiene transmisión de dominio? ¿Será inscribible? La escritura de compraventa en que se diga que el vendedor ni tiene la posesión de la cosa ni se halla en condiciones de entregarla por el momento, ¿cabrá afirmar que contiene una transmisión de propiedad y un derecho real inscribible?...

Sin tradición efectiva no hay perfecto derecho real. Aunque impropia, acude a la imaginación, como símil, la idea del matrimonio. Imagínese lo que sería un matrimonio sin el goce de la posesión o con posesión simbólica o ficticia.

Sin embargo, aunque la tradición no real, en bastantes ocasiones, constituya el motivo de pleitos y de amarguras, es generalmente la panacea de los Derechos reales.

Pero no basta que la tradición exista en cualquier forma, sino que debe preceder a la inscripción. El Registro lo es de la propiedad y demás derechos reales. Si la escritura sólo confiere al comprador el derecho a reclamar la entrega, ¿podrá decirse que ese comprador es dueño? ¿O diremos que tiene derecho a la cosa? Para este último supuesto

existe la severa advertencia del artículo 9.º del vigente Reglamento hipotecario, del que únicamente son excepciones aquellos actos que ingresan en el Registro a virtud del consentimiento formal. Y concretándonos a la hipoteca y a su especialidad, ¿se ha pensado qué es lo que queda afectado de especialidad? ¿Es el título?, ¿es el documento?, ¿no será acaso el mismo Derecho real?, ¿y esto no ha de acontecer antes de acudir al Registro?

La tradición ficta del artículo 1.462 viene a ser la Agia Sofía (Santa Sabiduría) en la ciencia del Derecho Inmobiliario.

Si la inscripción llegara en algún momento a desempeñar el oficio de la tradición, el registro no podría ser de derechos reales, según la concepción romana y de nuestro Código civil, sino de títulos o derechos a la cosa. En cuanto a la hipoteca, y para el legislador del 61 y 69, la inscripción no fué considerada como un modo; para dichos legisladores bastó que la hipoteca fuera derecho real para que no produjera efectos respecto de terceros en tanto no fuese inscrita.

Sin embargo; el Código civil y las posteriores Leyes hipotecarias han sentado lo contrario y, sobre ellos, la doctrina ha construído la teoría del valor constitutivo de la inscripción de hipoteca. Veamos si el legislador del Código civil, cuando modificó la tradicional doctrina de la hipoteca, lo hizo por poderosas razones y sobre la base de una lógica estructuración.

CONSIDERACIONES SOBRE LA HIPOTECA

A) *El nombre.—La etimología.—Y las significaciones.*

Grecia distinguió dos clases de garantía real: una con desposesión de la cosa y otra sin desplazamiento, a que llamaron hipoteca.

Por ser esta palabra griega, se ha llegado a suponer que la hipoteca romana es de origen helénico o ático. Fehr cree que la palabra fué interpolada en las compilaciones de Justiniano; por el contrario, Kunkei considera que tiene precedente clásico, porque no es verosímil que los compiladores sustituyeran el *pignoratitia* por el *hypothecaria*, y porque, además, Gayo tiene comentarios de *fórmula hypothecaria*, y Marciano de *ad formulan hypothecariam*. Para Jörs, la palabra fué de uso frecuente en la época postclásica, y opina que en las compilaciones justinianeas tuvo más bien el carácter de una enmienda, ya que con ella

se designaban indistintamente las dos clases de prenda. Probablemente este uso indistinto hizo decir a Marciano que prenda e hipoteca sólo se diferencia en el nombre o que son voces distintas de una misma cosa (6).

En España se emplea por primera vez la voz hipoteca en la Ley 63 de Toro, año 1505. Etimológicamente es la *suppositio* romana: poner debajo de una cosa para sostenerla y afirmarla. Tiene tres significaciones: *el contrato, el derecho real y la cosa hipotecada* (7).

B) *Aparición histórica de la hipoteca y su concepto clásico.*—La más remota clasificación de la prenda parece ser que está basada en la no existencia o existencia de la voluntad del dueño de la cosa o deudor. En el primer caso surge la llamada *prenda tomada* por la doctrina científica; se operaba por la autonomía individual o propia autoridad, o por la intervención de las autoridades. La prenda tomada por sí mismo es el apandamiento del vulgo, el prendamiento que nuestro derecho histórico exoneró, y lo que los alemanes llaman el *pfand*. La prenda tomada judicialmente equivale a nuestros actuales embargos, y es el probable precedente remoto de las hipotecas legales (8).

La prenda con intervención de la voluntad del dueño se llama prenda puesta o constituida. Ofrece tres modalidades: prenda con transmisión de propiedad; con simple desposesión del deudor, y sin desplazamiento.

a) La prenda con transmisión de propiedad puede ser: con condición resolutoria (venta a retro y pacto de fiducia) y con condición suspensiva (pacto comisorio).

(6) Sobre la adopción del nombre: *Derecho Romano privado*, de Paul Jörs, edición refundida de Kunkel, traducción de L. Prieto Castro, 1937, página 224. Y Digesto, párrafo 1.º, ley 6, tit. 1.º, libro XX.

(7) D., L. 1.ª t. XIV, lib. XI, y párrafo 2.º L. 5.ª, t. VI, lib. XIII, para contrato; D., tomos IV y VI, lib. XX, como derecho real; Instituta de Justiniano, párrafo 7.º t. VI, lib. 4.º, como cosa.

(8) Brunner, *Historia del Derecho germánico*, traducción de José Luis Álvarez López, 1936, pág. 222 y s., con las citas de Eduardo Hinojosa sobre el *Elemento germánico* publicado por Galo Sánchez. Instituta de Gayo, libro 4.º, del 26 al 31: *Per pignoris captionem*; Fuero juzgo, L. 1.ª, t. VI, libro 5.º; Fuero viejo de Castilla, tomos IV y VII, libr. 3.º; Fuero real, L. 2.ª, t. XX; Ordenamiento de Alcalá, que en una de sus últimas leyes glude a la antigua costumbre de los que «preyndaban los cavallos e las armas e las vendian»; Nvm.ª R., ley 1.ª, t. XXXIV, libr. 2.º, y L. 14, t. XIV, página 5.

Esta prenda tiene un doble objeto: garantía durante el plazo, y pago a su vencimiento. Responde a la idea de garantía absolutamente objetiva o en la cosa, que hoy recoge la nueva Ley Hipotecaria con el nombre de hipoteca de responsabilidad limitada. El deudor quedaba desligado de toda responsabilidad personal. Por eso, el pacto comisario en sus principios respondió a un criterio de equidad y no podía tacharse de inhumano. En la garantía de responsabilidad puramente objetiva, el acreedor corre el riesgo de no cobrar su crédito si la cosa se pierde o desmerece de valor; resultaba equitativo que, en compensación a ese riesgo, hiciese suyo el mayor valor de la cosa. Pero no hubo equidad desde que a la responsabilidad de la cosa se unió la responsabilidad personal del deudor. Si el acreedor podía repetir contra el deudor cuando la cosa desmerecía, justo era que el exceso de valor perteneciera al dueño. Esta demasía de valor fué llamada por los griegos *hyperocha*, por los romanos *superflum* y por nuestros jurisconsultos, resto, sobrante, exceso, etc., etc. En derecho romano, la protección conferida a los acreedores de esta prenda fué la acción interdical contra el deudor (interdicto Salvianum).

b). La prenda sin transferencia de dominio, sino con desposesión, tuvo las siguientes formas: a') Simple desposesión, como especie de depósito; b') Desposesión con percepción de frutos, a que llamaron los doctos alemanes prenda de disfrute; c') los frutos se aplicaban simplemente al pago de las usuras, y d') Al pago de éstas y al capital. Estas últimas modalidades c) y d) fueron el *mort gage* y *vife gage* de franceses e ingleses, y el *zatzung* y *todzatzung* de los germanos (9). La prenda debía enajenarse llegado el vencimiento y no pago, para el reintegro del crédito del acreedor.

Aquí queda esbozada una característica esencial de la hipoteca: la hipoteca subjetivamente no implica una vocación inmediata a la cosa, sino al valor de la cosa; y objetivamente implica una disminución o desmembración en el valor de la cosa.

c) Prenda sin transferencia de propiedad ni desplazamiento posesorio. Su historia es la más conocida y divulgada. Nace con los *invecta et illata*, o aquellas cosas que para la labranza traían los lo-

(9) Colin y Capitant, t. V, 1925, pág. 288, traducción de Demófilo de Buen; Heinrich Brunner, o. c.; Nussbaum, o. c., pág. 342, y la nota relativa a Albrecht.

catarios de fuera y metían dentro de la finca. El locador cobraría su arrendamiento con cargo a dichas *invecta et illata* sin necesidad de desposeer al locatario; sino por el simple pacto o consentimiento. La prenda, en su consideración contractual, dejaba de ser real para convertirse en consensual. Servio, el Pretor, protegió el pacto con una acción real: la acción serviana.

En el inquilinato, los muebles del inquilino respondían del pago del alquiler; era una garantía tácita, y a ella se extendió la acción serviana. Más tarde se aplica la fórmula del pretor Servio, a todo género de obligaciones y respecto de toda clase de bienes, y surge la acción cuasi-serviana, serviana útil o hipotecaria.

Con esta fórmula surgen las otras características de la hipoteca: no requiere desposesión; se crea o constituye por el consentimiento del dueño y el simple pacto. La hipoteca romana surge a la vida jurídica por el consentimiento del dueño y sin tradición. Y le es indiferente la naturaleza mueble o inmueble de la cosa. La significación que Gayo da a *pignus*, para inferir que se refiere a lo mueble o que cabe en el puño (10), queda desvirtuado por el mismo Gayo y en algunos pasajes del Digesto (11).

LA HIPOTECA EN EL DERECHO HISTÓRICO ESPAÑOL

Mientras España fué provincia romana se rigió por el Derecho romano, y también después de la invasión de los godos. El Pavorde Sala asegura que "permitieron a los españoles, "acostumbrados ya al uso de las leyes romanas, continuar en su observancia" (12).

En Derecho indígena, en vez de hipoteca se emplearon las voces derivadas de *pignus*: peño, empeño, prenda, y prendamiento para la prenda tomada. Y no sólo recayó sobre bienes muebles e inmuebles;

(10) D., párrafo 2.º, L. 238, t. XVI, lib. 50.

(11) Lo que dice Gayo es que por razón del significado *pignus* «puede parecer cierto lo que algunos juzgan de que la prenda sólo se constituye en cosa mueble». Tanto Ulpiano, en párrafo 2.º, L. 9, t. VII, lib. XIII, como Gayo, en L. IV, t. I, lib. XX, diferencian prenda e hipoteca, en que en aquélla hay tradición y en la otra basta el convenio.

(12) *Ilustración del Derecho real en España*, t. I, pág. 9; 1873.

sino sobre personas (13); y también hubo la prenda sin desplazamiento (14).

En las *Partidas* la prenda era derecho de garantía: "Peños toman los omes muchas vegadas, por ser mas seguros que les sea mas guardado, o pagado, lo que les prometen de dar o de fazer" (15); "los peños, principalmente son dados por aver aseguransa". Su objeto era tanto los muebles como los inmuebles, con o sin desplazamiento: Mas según el largo entendimiento de la Ley, "toda cosa, quier sea mueble o rayz, que sea empeñada a otri, puede ser dicho peño, magüer no fuese entregado della, aquel a quien la empeñasen".

La acción real, por el carácter accesorio de la prenda, quedaba supeditada a la insolvencia del deudor: no se podía perseguir la cosa si estaba en poder de un tercer poseedor, sin la previa excusión de bienes del deudor.

Constituyó, jurídicamente, un *jus distrahendi*: "si este que es tenedor della quisiere luego pagar lo que devia aver aquel que fizo la demanda, develo el otro recibir, magüer no quiera. Ca pues que le pagan aquella debda que avia sobre la cosa *non le finca otgo derecho alguno*".

La realización de la prenda se efectuaba en almoneda pública. Si se obtenía más de lo debido, "lo demas develo dar al que era señor de la cosa"; "e si acaesciese que non saliese comprador que la comprare, por miedo o por amor del vencido, o por otra razón, entonces deve el Judgador otorgarla al vencedor, como en manera de compra (adjudicación), por tanto quanto entendiese que vale la cosa".

La constitución de la prenda se operaba: en la prenda tomada por

(13) El Fuego Juzgo, que no habla expresamente de muebles, alude a la cosa raíz (L. 3); el Fuero Viejo de Castilla se refiere a la cosa «ansi mueble o eredat», y a las «guertas, o casas, o viñas» (L. 3, t. IV, libr. 3.º, y L. 1, t. V, libr. 3.º; el Fuero Real comprende muebles e inmuebles en cuanto admite la prenda general o sobre toda la buena (L. 5, t. XIX); los Ordenamientos de Alcalá y Montalvo expresamente hablan de muebles e inmuebles o raíces (L. 2, t. XVIII de Alcalá, y L. 7, t. XII, lib. 5.º de Montalvo).

(14) El no desplazamiento se impuso con la prenda general; admitida por el Fuero Real: «la buena que ha el Obispo... es empeñada a la Iglesia donde és Perlado, magüer que el Perlado no gelo empeñe nombradamente», y «si alguno metiere a otro en peños toda la buena...» (Leyes 6 y 7 del tomo XIX).

(15) Título preliminar, pág. 5.

la entrega o tradición; en la legal, por el sólo presupuesto de la Ley, y en la voluntaria, por la entrega o por el otorgamiento del contrato. Según la Ley 31, la cosa quedaba obligada si el consentimiento del deudor constaba en documento escrito "de su mano misma", o por el contrato ante escribano o ante tres testigos "que escribiesen sus nombres en ella con sus manos mismas".

NACIMIENTO Y REALIDAD DE LA HIPOTECA, SEGÚN CÁRDENAS

Hace exactamente un siglo que don Francisco de Cárdenas publicó en la *Revista de Derecho Moderno* un trabajo relativo a la hipoteca (16). Señalaba la existencia de dos momentos decisivos en la hipoteca: uno el de su nacimiento o constitución, y otro el de su efectividad *erga omnes*. Decía de ellos que uno era esencial por ser el determinante de la *naturaleza real*, y el otro accidental, mudable o de forma; pero aclaraba la idea agregando que por el primero *aparece el gravamen* de inmuebles en garantía de obligaciones, y por el segundo se aspira a que tal gravamen sea una *realidad práctica y no ilusoria*.

Para comprender mejor esta teoría no debe olvidarse que en la legislación histórica nacía la hipoteca principalmente, por el contrato, de forma que simultáneamente había convenio y surgía la hipoteca. Pero cuando la cosa hipotecada pasaba a un tercer poseedor, acontecía lo siguiente: el tercer poseedor venía obligado a respetar el Derecho real, pero, por otro lado, no tenía obligación de respetar el contrato de su constitución hasta que le fuese notificado o tuviese noticias de su existencia, con lo que prácticamente no se respetaba el Derecho real.

Se imponía el hallazgo de una fórmula, que, aunque no fuese una notificación personal, sin embargo, no cupiese alegar su inexistencia, ni, por tanto, ignorancia del derecho. Los antiguos Oficios de Hipotecas sólo en parte resolvían tal problema, porque la toma de razón no daba efectos *erga omnes* desde su fecha, sino que se retrotraían los efectos a la fecha del contrato, con lo que la verdadera eficacia de aquella toma de razón era la de simple oponibilidad a las hipotecas no registradas. La forma adecuada la dió la Ley del 61, con la máxima de que los derechos inscritos producen efecto respecto de terceros desde la fecha de la inscripción, cualquiera que fuese la del contrato o acto.

Aunque Cárdenas llamó a este segundo momento de la hipoteca accidental, mudable o de forma, no quiso con ello decir que la publi-

(16) El *Derecho moderno*, 1849.

cidad de la hipoteca por la registración sería un requisito formal, como actualmente han pretendido algunos autores, sino que, por el contrario, le dió el verdadero sentido de robustecimiento o confirmación del derecho, al hacer depender de tal momento la realidad práctica de la hipoteca.

Con este parecer de tan eximio hipotecarista, la inscripción se manifiesta lógica e históricamente como una necesidad para la efectividad *erga omnes*, pero no para su constitución.

LA HIPOTECA EN LOS PROYECTOS DE CÓDIGO CIVIL DE 1836 Y 1851

Del artículo 1.873 del proyecto de Código civil de 1836 puede inferirse que el propósito de aquellos legisladores fué dar valor constitutivo a la inscripción. Dicho artículo dice que "si se omitiere la toma de razón, perderá el acreedor el carácter de hipotecario y los privilegios que a él son consiguientes, quedando reducido a la clase de mero acreedor personal". Sin embargo, el artículo 1.696 había dicho que la hipoteca se puede constituir "por la voluntad del dueño de la cosa, manifestándose aquélla bien sea por convenio o en disposición testamentaria".

En la Comisión de 1843 se hizo respecto de la hipoteca la siguiente proposición: "Para adquirir la hipoteca, sea legal, judicial o convencional, no basta el título adquisitivo, sino que se requiere absolutamente la toma de razón en el Registro público, desde cuya fecha data en todo caso el Derecho real de hipoteca misma. De esta regla no habrá más excepciones que las que se expresen en el Código." La propuesta es de intencionalidad constitutiva o para convertir la inscripción en modo de adquirir, pero la regla no había de ser general, puesto que admite excepciones.

Tal propuesta fué recogida por la Comisión y llevada a la base 50, que decía así: "No se reconocerá acción hipotecaria sino sobre finca o fincas determinadas y en virtud de toma de razón en el Registro público."

La acción hipotecaria es la cuasi-serviana para perseguir la cosa en poder de tercero, y si tal acción se hacía depender de la toma de razón, resulta evidente que hipoteca no registrada no era Derecho real. Esta Comisión aspiraba a convertir la inscripción en modo para la hipoteca.

Mas tal virtud constitutiva fué amansada por la Comisión de

1846. La habilidad política de Bravo Murillo aprovechó la polémica entre Luzuriaga y García Goyena para dar a la inscripción un valor confirmatorio en sí, o de efectos constitutivos en cuanto a tercero.

En el proyecto de Código de 1851 la idea fué que la hipoteca nace por el consentimiento y no por la inscripción registral. El artículo 1.791 dice: "la hipoteca voluntaria se constituye en testamento o en contrato"; y en el 1.792: "la validez de la hipoteca constituida en un testamento depende de la validez del testamento mismo". En estos artículos no sólo se insiste en la constitución extrarregistral, sino que revelan un pensamiento contrario al valor constitutivo de la inscripción, ya que se aclara que la validez de la hipoteca testamentaria depende exclusivamente de la validez del testamento y no del asiento registral. Pero no deja lugar a duda el artículo 1.876: "La hipoteca, por razón de su título, es legal o voluntaria; pero una y otra deben inscribirse en el Registro público, y solamente desde su inscripción surten efectos contra tercero."

LA HIPOTECA EN EL PROYECTO DE LEY DE 11 DE FEBRERO DE 1858 Y EN SUS DISCUSIONES PARLAMENTARIAS

En el preámbulo de este proyecto de Ley se puede apreciar que aunque había un pensamiento claro respecto al valor de la inscripción, sin embargo, se expresaba confusamente. En el párrafo que vamos a transcribir, en su primera parte parece tener una intención constitutiva, que la desvanece el segundo párrafo, que da a entender un valor confirmatorio. Dice así: "Es necesario que la Ley declare de un modo absoluto y terminante que no se tendrá por constituido, modificado ni extinguido ningún derecho real sobre cosa inmueble sino mediante su inscripción en el Registro público y desde la fecha de ella. Sólo así los actos y contratos que modifican el estado civil de la propiedad podrán obligar justamente al que no ha intervenido en ellos."

En otro párrafo de dicho preámbulo obsérvase igual contradicción entre pensamiento y escrito, pues empieza diciendo que la finalidad de los registros es la de "dar carácter y fuerza de reales a los derechos adquiridos sobre la propiedad inmueble", e inmediatamente la aclara diciendo que es la "de consignar de un modo público, solemne el estado civil de ésta" (17).

La Comisión del Congreso, en su dictamen, daba por sentado el nacimiento extrarregistral de los derechos reales. Para esta Comisión la función registral era "hacer completamente público el estado civil de la propiedad, obligando a inscribir en los Registros los derechos de cualquiera especie que afecten a los bienes inmuebles" (18).

Durante las discusiones parlamentarias el problema lo centró Permanyer en los siguientes términos: "Una cosa es decir que la hipoteca se constituye por la simple convicción, pero que su eficacia y acción depende de la *condición del registro*, y otra cosa es decir que no se constituye ni llega a existir la hipoteca sino mediante la inscripción." Tan ilustrado catedrático optaba por el valor constitutivo, porque creía que de lo contrario "las hipotecas podrían producir efectos desde tiempo muy anterior a su registro; y—decía—nos halláramos con una gran porción de los inconvenientes que deseamos extirpar por medio de la reforma que se discute". Pero esta apreciación no era exacta dentro de la tesis de Cárdenas, según la que los efectos se producirían desde la fecha de la inscripción. Y prosperó el criterio de Cárdenas, tan iluminosamente expresado con las siguientes palabras: "entre el sistema que declara que no debe haber absolutamente ni hipoteca ni contrato, ni para los interesados ni para tercero, sino desde el momento de la inscripción, y el sistema que establece que hay, no solamente contrato desde la inscripción, sino desde la fecha en que él se celebra, existe un término medio, que consiste en no dar efecto a la hipoteca respecto al tercero sino desde el momento de la inscripción, sin perjuicio del efecto que tenga esa misma hipoteca entre los interesados desde el momento que firmaron la escritura".

Y bajo la antorcha gloriosa de esta concepción jurídica fué desenvuelto el actual sistema hipotecario español.

LA LEY HIPOTECARIA DE 1861.—HIPOTECA UNILATERAL.—LA CANCELACIÓN DE HIPOTECA.—EL ARTÍCULO 126.—LAS HIPOTECAS LEGALES

Para esta Ley la hipoteca es un derecho real de garantía sobre inmuebles (arts. 105 y 106); puede ser voluntaria y legal, y se entienden por voluntarias "las convenidas entre partes o impuestas por im-

posición del dueño de los bienes sobre que se constituyen" (art. 138). Pero tales hipotecas no producen efectos respecto a tercero si no constan en Escritura pública y se inscriben en el Registro de la Propiedad (artículo 146).

Según esta doctrina legal, la hipoteca nace extrarregistralmente, pero sin efectos *erga omnes* hasta el momento de la inscripción.

Aparte de las novedades relativas a la publicidad y especialidad y a concentrar la hipoteca en los bienes inmuebles o derechos reales sobre ellos impuestos, una de las más salientes es la relativa a la constitución unilateral de la hipoteca.

Hipoteca unilateral.—Pero la Ley, después de haber sentado el precepto no lo aclara, ni tampoco el Reglamento subsiguiente aportó luces. Había que interpretar que esa constitución unilateral lo mismo había de referirse a actos *mortis causa* que a actos *inter vivos*.

La unilateral por testamento ya fué conocida en el Derecho romano y recogida en los proyectos de Código civil de 1836 y 1851. Pero de la unilateral por actos *inter vivos* no se tiene precedentes, ni en el Derecho romano ni en el histórico patrio. Lo único que sabemos de ella es que los Registradores que actuaron en los primeros años de vigencia de la Ley se negaron a admitir tales hipotecas en tanto no fueran aceptadas. Después, el Reglamento del '69 aclaró la legalidad de tales hipotecas, aunque referido para las fianzas a favor de la Hacienda, por lo que los Registradores siguieron oponiéndose a la admisión de hipotecas unilaterales *inter vivos* en provecho de particulares, criterio seguido hasta que la Dirección declaró la naturaleza real de tales hipotecas (19). Más que su verdadera naturaleza, para cuyo estudio no debe dejar de leerse el admirable trabajo de Chamorro Piñero, hemos querido hallar la justificación de su aparición legal, y con todos los temores vamos a exponer una idea peregrina y tal vez infantil (20).

Por la prenda el dueño *da* la cosa, no en propiedad, sino para seguridad, y el acreedor *toma* la prenda. La cosa preexiste al contrato real que, como contrato, queda reducido al recíproco consentimiento y a entregar y recibir. Las Partidas contienen una fraseología unipersonal cuando a la prenda se refiere: "Peños *toman* los omes"; "los

(19) La Resolución de la Dirección de 25 de junio de 1877 hizo depender la constitución de hipoteca del consentimiento del dueño.

(20) Santiago Chamorro Piñero, «El Derecho Real de Hipoteca y su constitución por acto unilateral, *R. G. de L. y J.*, 1943, enero y febrero.

peños principalmente son *dados*". Para hipotecar las casas y las heredades bastaba la entrega al acreedor de la escritura de compra o donación. Para la constitución de la hipoteca se exigía que el consentimiento del dueño constase en el documento privado escrito de "su mano misma". La terminología doctrinal de prenda tomada y prenda puesta responde al carácter real del contrato. La hipoteca no es más que una evolución progresiva de la prenda. Si la hipoteca es una derivación de la prenda, ¿por qué no buscar en su constitución los mismos momentos de la prenda? En ésta preexiste la cosa, y el dueño, con la aceptación del acreedor, se limita a entregarla. En la hipoteca, su preexistencia será también necesaria para que el dueño de la cosa pueda ofrecerla como garantía. La única diferencia entre aquella y ésta radica en la tradición. Ya se ha visto que tanto, según el momento de aparición romana, en la época del pretor Servio, como según la historia legislativa, la hipoteca carece de tradición. Esa preexistencia, a nuestro entender, se obtiene por el acto o negocio de disposición unilateral del dueño que crea o constituye un gravamen sobre su cosa. En las hipotecas nacidas del contrato, la preexistencia o constitución unilateral y el concierto de voluntades son simultáneas; la parte contractual propiamente dicha, no afecta a la constitución de la hipoteca, sino a la titularidad del Derecho real, que en el mismo momento acaba de imponer sobre su cosa el dueño deudor. En el Derecho real hay un elemento interno, inmediato y de poder económico, y otro externo, de persecución y exclusión de la cosa *erga omnes*. Aparecida la Ley Hipotecaria bajo el lema de que hipoteca no inscrita no perjudica a tercero, los momentos de la hipoteca para su efectividad *erga omnes* son: 1.º, constitución de la hipoteca (unilateral o en contrato); 2.º, aceptación de la hipoteca por el beneficiario, y 3.º, inscripción. El orden de estos dos momentos últimos cabe alterarlos en los casos de hipoteca unilateral.

Con la admisión de esta modalidad unilateral por la primitiva Ley Hipotecaria, lejos de quedar amilanada la constitución extrarregistral quedó, por el contrario, vigorizada, y la inscripción tuvo un valor robustecedor siempre y solamente constitutivo respecto a tercero.

La cancelación de hipoteca.—“Establece el art. 156 que la hipoteca subsistirá en cuanto a tercero mientras no se cancele la inscripción” (21).

(21) Este artículo ha sido suprimido en 1946.

Este artículo puede ser interpretado en el sentido de que aun extinguida la hipoteca para las partes, seguirá subsistiendo en cuanto a tercero, hasta el momento de su cancelación registral, o en el sentido de que la pertenencia del Derecho real, interin el asiento esté vigente, equivale a proclamar el valor constitutivo de la inscripción. ¿Pero aun en este supuesto podría afirmarse que la hipoteca sigue subsistiendo para las partes?

La jurisprudencia tiene establecido que la cancelación de hipoteca es acto de enajenación. Aplicada la doctrina a la cancelación de hipotecas del *filius familia*, podrá obtenerse el verdadero valor de la inscripción de hipoteca. Si la autorización judicial que necesitan los padres ha de preceder forzosamente al otorgamiento de escritura, en ésta radicará el nacimiento del Derecho real; si, por el contrario, no hace falta para este momento, pero sí ha de ser previa a la cancelación registral, entonces el Derecho real habrá que situarlo en la inscripción. La jurisprudencia constante exigió la autorización judicial previamente al otorgamiento de escritura; pero actualmente ha evolucionado la doctrina en el sentido de que la prioridad ha de ser respecto del Registro (22).

El artículo 126.—Decía así: "La hipoteca constituida por el que no tenga derecho para constituirla, según el Registro, no convalencerá, aunque el constituyente adquiera después dicho derecho."

Parece que lo que se quería decir es que quien no fuera titular de una finca, según el Registro, no podía constituir hipoteca sobre la misma. Pero este valor constitutivo era aparente, pues, según los comentaristas y la Dirección de los Registros, tal artículo se refería a que no podían hipotecar quienes no fuesen dueños civiles de la finca.

Las hipotecas legales.—Con esta Ley varió el concepto tradicional de las hipotecas legales, y quedó establecido en el artículo 159 que "para que las hipotecas legales se entiendan constituidas se necesita la inscripción del título en cuya virtud se constituyan".

Por su redacción recuerda el marañoso 1.875 del Código civil, pero teniendo en el presente caso una elocuente justificación.

En el *labyrinthus creditorum* histórico existía el *pignus quod tacite* o *pignus legale*, que fué abolido por el nuevo sistema en su forma de nacimiento, salvo para el Estado, Provincias, Municipios y asegurados.

res. Y si antes los intereses del *filius familia*—del menor, del incapaz, de la mujer casada—, estaban protegidos con las acciones y excepciones provenientes de aquellas hipotecas tácitas, después del 61, y a virtud de la Reforma, sólo tenían derecho a reclamar la constitución de una hipoteca expresa y especial, la cual, según el sistema, no podía producir efectos *erga omnes* sin la inscripción.

Se estableció también, como principio del sistema, la voluntariedad de la inscripción, y si ésta era lógica para los capaces de regirse por sí mismo, en cambio era un peligro para quien necesitaba de la tutela ajena; de aquí que si a la función tutelar del Estado incumbía la defensa de aquellos menores e incapaces, resultó lógica también que respecto de ellos viniese el Estado a hacer obligatoria la inscripción para que los intereses de todos ellos quedasen protegidos. Esta fué la razón de la redundancia gramatical y del *valor constitutivo* del artículo 159.

Respecto de este artículo, los comentaristas Galindo y Escosura se expresaron del siguiente modo: "Consecuencia del cambio que han sufrido las hipotecas legales, sustituyendo las especiales y expresas a las generales y tácitas, es que lo mismo que las demás hipotecas, han de inscribirse, pues si bien el artículo 159 y la sentencia de 11 de febrero de 1874, copiando el artículo, dicen: que para entenderse constituidas las hipotecas legales se necesita la inscripción del título, es una manera impropia de hablar: la hipoteca legal queda constituida desde que se otorga: lo que hay es que no perjudica a tercero mientras no se inscriba; pero aun no inscrita, producirá todos sus efectos entre los contrayentes" (23).

LA HIPOTECA EN LA LEY DE 1869

Sustancialmente, la Ley del 69 no varió la doctrina de la hipoteca de la Ley anterior. La mayoría de sus artículos conservó la misma redacción, salvo las palabras relativas a los nombres de los funcionarios de época; fué suprimido el número 10 del artículo 108 y el contenido del artículo 129 de la primitiva Ley; agregó nuevos conceptos, como el de hipoteca de títulos transmisibles; convierte en hipotecables los bienes vendidos a retro y los litigiosos y los afectos a condiciones resolutorias.

RAFAEL RAMOS FOLQUÉS,

Registrador de la Propiedad.

En torno a un concepto ecléctico del Derecho Subjetivo

Conocida es la distinción entre Derecho Objetivo (norma agendi) y Derecho Subjetivo (facultas agendi).

Sin embargo, cuando intentamos profundizar en estos conceptos, pronto nos encontramos envueltos en dudas y oscuridades, lo que por otra parte sucede siempre que tratamos de averiguar el sentido de los conceptos más frecuentemente utilizados: tiempo, espacio, verdad, belleza, Derecho.

La determinación del concepto del "Derecho Subjetivo" exigiría el estudio del sustantivo "Derecho" y del adjetivo "Subjetivo".

Qué sea. "Derecho" es cuestión filosófica difícil. Todo el mundo lo sabe de un modo aproximado, hasta el niño inconsciente que reclama su juguete diciendo. "es mío". Pero como dijo Kant: "Todavía buscan los juristas una definición del Derecho", palabras que no han perdido aún su actualidad. Baste afirmar aquí la *variedad* de los derechos en los diversos tiempos y lugares, en la que los escépticos fundamentaron sus doctrinas. Cómo, para superar la variedad empírica del Derecho, se acudió a los *elementos comunes* de todo Derecho: así, Aristóteles nos habló del "nomos koinos" y del "nomos ideos"; Cicerón, de una "Insignis similitudo", en el fondo de las diversas instituciones comunes, y Vico, de una "mente común". Finalmente, filósofos juristas modernos, como Del Vecchio, rechazan eso como insuficiente para hablarnos de la *juricidad* como idea apriorística. Naturalmente, dentro de la escuela católica y tradicional española no podemos admitir esta idea kantiana defendida por Kelsen, pues no es posible ningún derecho común y unívoco para lo justo y lo injusto. De lo dicho se desprende suficientemente que el problema del concepto del Derecho es el de los *universales* y cae de lleno dentro de la Filosofía.

Veamos el "Derecho Subjetivo", ya algo más propio de la técnica jurídica y objeto de nuestro estudio. Para proceder con algún orden distinguiremos:

I. Sentidos de la frase.—II. Teorías.—III. Nuestro concepto ecléctico.—IV. Distinción del concepto de otros varios, hasta siete, que le son afines.

I.—SENTIDOS DE LA FRASE “DERECHO SUBJETIVO”.

En su sentido más general, como dice Castán, Derecho Subjetivo es la facultad reconocida y garantizada a una persona por el ordenamiento jurídico. Y en este sentido el Derecho Subjetivo está integrado por dos elementos, como observa Del Vecchio: uno interno, o sea la posibilidad de hacer o de querer, y otro externo, o sea la posibilidad de exigir a otros el respeto; elementos que, aunque siempre se encuentran en todos los derechos subjetivos, unas veces es con predominio del interno (v. g., en los derechos reales) y otras con predominio del externo (v. g., en los derechos de crédito).

En un sentido más técnico y restringido se aspira a dar una noción del Derecho Subjetivo derivándolo de las ideas de “deber” jurídico y “protección” jurídica. Pero no basta esto, pues hay deberes sancionados por el ordenamiento jurídico y que llevan consigo una protección a las personas, sin que exista Derecho Subjetivo (v. g., deberes de policía, en el campo del Derecho Público; y aun en el Derecho Privado deberes sobre formas y solemnidades en interés de los terceros).

Por eso es preciso examinar las modernas teorías sobre el Derecho Subjetivo.

II.—TEORÍAS.

Para Windscheid, es “poder” de la voluntad o señorío de querer concedido a la persona por el ordenamiento jurídico.

Para Ihering, es “interés” jurídicamente protegido.

Estas dos teorías son consecuencia del individualismo filosófico del siglo XIX.

Contra la del “poder” (apoyada en Hegel) se dice que no puede hablarse de un derecho del incapaz de querer, como el niño o el loco.

Contra la del “interés” se dice que hay derechos subjetivos sin propio interés, como el del tutor y en el caso de contratos a favor de tercero.

Ante estas y otras dificultades se llega a las teorías negativas, como son la de Kelsen y la de Duguit.

Kelsen y demás normativistas, al excluir del Derecho todo lo que no sea norma, niega la existencia de derechos subjetivos como entida-

dés separadas del Derecho Objetivo. Sin embargo, para Kelsen existe aún derecho subjetivo: "Cuando un individuo, en las condiciones requeridas por la norma para que se produzca una consecuencia jurídica, emite una declaración de voluntad tendente a esa consecuencia, hay—dice—derecho subjetivo." Sus seguidores llegarán a negar más radicalmente el Derecho Subjetivo.

Duguit, al basar el Derecho en la solidaridad social, dice que no se puede hablar de poderes del hombre, sino sólo de funciones sociales.

Claro que no podemos aceptar estas teorías: las de Winscheid y Ihering por las dificultades que ya expusimos; la de Kelsen, porque al excluir del Derecho todo lo que no sea norma excluye a la persona misma; la de Duguit, porque llega a la consecuencia de la omnipotencia del Derecho Administrativo, secando la fuerza espontánea de la iniciativa personal.

Mas hay que reconocer con Castán que han aportado puntos de vista útiles a la noción de Derecho Subjetivo. Así, la teoría voluntarista de Winscheid marca la "esencia" del Derecho Subjetivo; la del "interés" de Ihering destaca el "fin" del mismo; la normativista pone de relieve "la fuente" que lo regula.

III.—NUESTRO CONCEPTO ECLÉCTICO.

Por todo lo que antecede, pudiéramos decir, adoptando una posición ecléctica, que Derecho Subjetivo es: "Poder de obrar, limitado y concreto, en satisfacción de los propios intereses, garantizado por la Ley", definición que comprende los dos elementos del Derecho Subjetivo (reuniendo las teorías de Winscheid y Ihering) y está de acuerdo con las expuestas por Von Thur y Von Fernek, y recoge algunas notas interesantes de Federico de Castro.

Expliquemos la definición:

Decimos "Poder" porque en general se deja al interesado la consecución del fin.

Decimos "De obrar" porque la exteriorización es connatural al Derecho, lo mismo al Subjetivo que al Objetivo (en este último, es el Efectus de que nos habla Castro, que junto con la Autoritas y la Ratio integran los elementos de la norma).

Decimos "Limitado" porque, aun en las legislaciones más liberales, se le señalan ciertos límites, así: 1.º) hay una cierta obligación de ejercitarlos, como se observa no sólo en los llamados derechos funcionales,

sino en los estrictamente patrimoniales (en cuanto su no uso, determina su extinción). Además, 2.º) hay una cierta limitación de crear nuevos tipos, v. g., *numerus clausus* en la legislación alemana para los derechos reales, y prohibición de ciertos pactos en la legislación española para los derechos de crédito. En fin, 3.º) hay una prohibición de abuso en su ejercicio.

Decimos "Concreto" porque los derechos subjetivos son centros unificadores de facultades. De este modo se explica, por ejemplo, la llamada elasticidad del dominio. Ciertamente que en la realidad práctica siempre los derechos subjetivos están dentro de una "relación jurídica", pero sólo se puede hablar de Derecho Subjetivo cuando éste aparezca independizado exteriormente, abstrayéndose de la relación jurídica (que puede abarcar varios derechos subjetivos) y de la facultad jurídica (inversamente al caso anterior, varias facultades jurídicas pueden integrar un derecho subjetivo, como veremos..

Decimos "en satisfacción de los propios intereses" porque la utilidad es el fin del Derecho, entendiendo por utilidad, claro está, no sólo la material o económica, sino también la intelectual y la moral.

Decimos, en fin, "garantido por la Ley", ya que la Ley, al reconocer un interés como digno de tutela, debe prestar los medios "coactivos" para hacer respetar la actividad humana tendente a aquel interés. La coacción es, pues, algo "propio" (nótese bien, no decimos "esencial") del Derecho, tanto en el aspecto objetivo como en el subjetivo. Por esto, no hay derecho subjetivo sin garantía, cualquiera que sea el medio con que ésta se manifieste. Para los derechos privados tal garantía adopta la forma de la acción judicial.

Delimitado así el concepto del Derecho subjetivo, urge distinguirlo de otros con los que puede confundirse. Veámoslos.

IV.—DISTINCIÓN DEL CONCEPTO DE OTROS VARIOS, HASTA SIETE, QUE LE SÓN AFINES.

1) Derecho subjetivo y "cualidades jurídicas", como son la capacidad de obrar, la capacidad de derecho, de disponer, de otorgar testamento, etc. Ciertamente se habla del derecho de otorgar testamento, de disponer, etc., pero tal modo de hablar es impropio. Las "cualidades jurídicas" constituyen un estado de hecho, no un poder de obrar, no una actividad, que es lo característico del Derecho. Por esta razón son "supuestos del derecho", no derechos.

2) Derecho subjetivo e "interés". Según Coviello, pueden confundirse en cuanto todo derecho reconoce como elemento propio un interés. Sin embargo, el derecho difiere del "simple interés" porque éste no está tutelado por la Ley. Así, el deudor tiene "simple interés" en que se le remita su deuda, pero no tiene derecho a ello. Ahora bien, este interés puede convertirse en derecho en virtud de un negocio jurídico, verbigracia, perdón de la deuda por el acreedor. Es más, en Italia, como observa Forti, se distingue el "simple interés", el "derecho subjetivo" y el "interés legítimo": el "simple interés" es cualquier inclinación del espíritu hacia un bien del mundo exterior; el "derecho subjetivo" es un interés cualificado al que proporciona una tutela la norma jurídica; el "interés legítimo" es un interés protegido por el Derecho, pero de una manera indirecta, así una norma jurídica encaminada a proteger un interés colectivo protege indirectamente intereses individuales. Esta distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo coincide con la de Fleiner entre derechos subjetivos y derechos reflejos.

3) Derecho subjetivo y "facultad jurídica". concepto éste de gran importancia en la doctrina de la retroactividad de las leyes. Aunque el concepto de facultad jurídica es discutidísimo, citaremos las dos definiciones más corrientes: a) Abstracta potencialidad para adquirir o tener derecho; b) las consecuencias de un derecho, del que constituyen el natural contenido y los varios modos de manifestación. a) En el primer aspecto la facultad jurídica es el supuesto del derecho, pero no derecho, es la capacidad de derecho. b) En el segundo aspecto, la diferencia entre facultad jurídica y derecho subjetivo es más bien teórica que práctica; puede verse esta diferencia considerando que el derecho subjetivo tiene vida propia y está regulado por normas propias y la facultad jurídica, en cambio, tiene la vida misma del derecho que integra y no tiene existencia autónoma. Un ejemplo para aclarar perfectamente el juego de estos conceptos y aun el de relación jurídica: en virtud de relaciones parentales (relación jurídica) y a través de la institución jurídica de la sucesión yo devengo propietario de un campo (tengo sobre el campo el derecho subjetivo de dominio), campo que podré arar, regar, cavar, etc., etc. (esto son facultades jurídicas que podrán alterarse, según las circunstancias sociales—asi se me puede obligar a sembrar trigo si hay un plan nacional de sementera—, pero el derecho subjetivo, el dominio, permanece a no ser que se me sus- traigan tal cúmulo de facultades que más que propietario sea ya un

simple dueño directo frente a otro dueño útil—¿moderno arrendamiento?)—.

4) Derecho subjetivo y "expectativa de derecho". En general, las expectativas de derecho no se hallan tuteladas por la Ley. Hay, no obstante, casos en que la Ley las protege más o menos eficazmente, pero sólo en previsión de que se realice un hecho jurídico que producirá un derecho. Y no hablemos más de este tan viejo y tan discutido concepto de "expectativa". En Federico de Castro se hace un minucioso estudio de este singular concepto.

5) Derecho subjetivo y "pretensión" (Anspruch). Muy poco diremos de este no menos discutido concepto. Surge en las Pandectas de Windscheid, al sostener que la pretensión es una facultad inmersa en el derecho, definiéndola como la facultad de obligar a otro a un hacer o un no hacer determinado; así lo ha recogido el Código Alemán. Creemos no hay razón suficiente para distinguir estos dos conceptos de derecho subjetivo y pretensión: en cuanto notemos diferencias, en realidad la pretensión se confunde con la facultad.

6) Derecho subjetivo y "acción". Nace esta distinción de los procesalistas modernos a partir de Wach y Helvig, quienes entienden la acción como un derecho público a la protección judicial. Pero dejemos la teoría de la acción para los procesalistas.

7) Derecho subjetivo y "deber jurídico". Este segundo es simplemente el reverso del derecho. Poco importa averiguar si es primero el derecho o el deber. Afirmemos tan sólo que no hay derecho sin un deber correspondiente, aunque puede existir deber jurídico sin derecho, ejemplo, cumplimiento de formas y solemnidades establecidas en interés de los terceros.

Terminamos. Hemos dado una definición del Derecho subjetivo a la que hemos calificado de ecléctica. Y realmente lo es: Poder, lo hemos tomado de Windscheid; Interés, de Ihering; Limitado y Concreto, de Castro; Garantido por la ley de los normativistas y de la generalidad de autores. Acaso lo único nuestro sea el atrevimiento de reunir todas esas notas en una definición ecléctica. Y, naturalmente, ni el eclecticismo nos es congénito: lo bebimos en Castán, cuyos textos alimentaron, casi exclusivamente, nuestra mente de opositor.

La Ley de prórroga de los Arrendamientos Rústicos protegidos

SUMARIO

- I.—Consideraciones generales.
- II.—Renta.
 - a) Libertad de contratación.
 - b) Renta en especie.
- III.—Plazo.
 - a) En las leyes de 1935, 1940 y 1942.
 - b) Legalidad vigente normal.
 - c) Legalidad vigente excepcional.
- IV.—Prórroga de 4 de mayo de 1948.
 - a) Arrendamientos a que afecta.
 - b) Excepciones a la prórroga.
- V.—Conclusión.

I.—CONSIDERACIONES GENERALES.

La nueva Ley de 4 de mayo del corriente año prorroga los arrendamientos rústicos protegidos, que se hallaren subsistentes a su publicación, hasta el día 30 de septiembre del año 1954.

Con esta nueva prórroga se acentúa la división que de la propiedad rústica arrendada inició la Ley de 23 de julio de 1942, en términos tan manifiestos, que, con arreglo a la legalidad vigente, existen dos clases de propiedad rústica, perfectamente diferenciadas, que se rigen por estatutos diferentes, y cuyo alcance y consecuencias trataremos de exponer.

Para dar la mayor brevedad a este trabajo, nos concretaremos a los preceptos más esenciales de la legislación vigente.

La Ley de 23 de julio de 1942, para poner término a la anómala situación en que se encontraban los arrendamientos rústicos, debida, en buena parte, a las prórrogas gubernativas que hubieron

de decretarse por circunstancias de todos conocidas, abordó los dos problemas fundamentales de la relación arrendaticia, renta y plazo, iniciando una orientación, a nuestro juicio tan acertada; que si se hubiera tomado como punto de partida y desarrollado debidamente, durante los años que lleva de vigencia esta Ley es casi seguro que se hubiera hecho innecesaria la prórroga que es objeto de la Ley de 4 de mayo del corriente año.

El arrendamiento es una forma de explotación de la tierra secular en nuestro país y de gran arraigo en la mayor parte del territorio nacional, y mientras se reconozca el derecho de propiedad privada de la tierra forzoso será reconocer y admitir esa forma de explotación de la misma, porque siempre habrá propietarios que, aun deseando cultivarla directamente, no les será posible hacerlo por circunstancias de orden material o por razones de orden jurídico, y siempre habrá personas que, careciendo de tierra, tendrán aptitudes laborales y económicas para ser cultivadoras.

El problema fundamental de la tierra, en el orden económico, es hacerla producir racionalmente cuanto ella pueda dar, y felizmente en resolver ese problema con el mayor acierto coinciden el interés de la sociedad y el del propietario, y en el orden social es conseguir que el nivel de vida de los que a la tierra dedican su esfuerzo no sea inferior al de los demás productores.

Para que la tierra arrendada resuelva ese problema en sus dos aspectos es preciso que el arrendamiento procure al cultivador cierta estabilidad en la misma, que le permita amortizar los esfuerzos y capitales empleados en su preparación y en la ordenación racional de sus aprovechamientos.

Esa estabilidad gira alrededor de dos problemas fundamentales, renta y plazo, a los que vamos a limitar nuestro trabajo a través de la legalidad vigente.

II.—RENTA.

La Ley de 23 de julio de 1942, en relación con la renta, sentó las dos bases siguientes:

a) *Libertad de contratación.*

Dice el artículo 3.º: «Para los futuros contratos de arrenda-

miento de fincas rústicas la renta que deba satisfacer el arrendatario se fijará necesariamente en una determinada cantidad de trigo, que las partes señalarán libremente...» En este aspecto respetó el principio tradicional que sin solución de continuidad ha regido en esta materia; la renta rústica tasada no ha tenido carta de naturaleza en nuestro Derecho.

Pero como era una Ley de circunstancias, que primordialmente trataba de evitar que un simultáneo desenlace de relaciones arrendaticias produjera un desequilibrio en la contratación de dicho carácter, con el consiguiente perjuicio para nuestra economía agrícola, forzosamente había de atender a los contratos existentes con anterioridad y que hubieran de subsistir después del año agrícola de 1941-42, y al hacerlo así estableció una importante excepción al principio de libertad contractual que por virtud de las disposiciones transitorias de dicha Ley, y sobre todo de la prórroga ordenada por la Ley de 4 de mayo último, ha venido a ser tan importante que vulnera aquel principio por lo que se refiere a la mayor parte de los arrendamientos denominados protegidos.

b) *Renta en especie.*

Esta fué la innovación más importante y acertada de la Ley; con ella se trató de generalizar a todo el territorio nacional el sistema seguido en varias comarcas, con plena satisfacción de arrendadores y arrendatarios, y sobre todo de desterrar el sistema de la renta fija en dinero, que era el vigente en algunas regiones.

La renta en especie responde al principio de la renta flexible, inherente al moderno concepto de que la tierra es instrumento de producción. Al tomar el trigo como especie reguladora de la renta quedó sentado que ésta seguiría las oscilaciones del precio de dicho cereal y, por consiguiente, se asociaba al propietario a las vicisitudes que corriera el arrendatario en un aspecto tan importante de nuestra producción agrícola.

Para aplicar el nuevo sistema a los contratos que habían de subsistir después del año 1942, estableció unos módulos de equivalencia de 50,67 y 84, calculados indudablemente sobre el precio base del trigo, 84 pesetas el quintal, que entonces regía, y que dieron los resultados siguientes:

1. La renta 100 pesetas, concertada con anterioridad a 1.º de

julio de 1939, se convirtió en dos quintales de trigo, o sean 168 pesetas, quedando aumentada en el 68 por 100.

2. La renta 100 pesetas, concertada entre 1.º de julio de 1939 y 1.º de julio de 1940, se convirtió en 1,4925 quintales de trigo, o sean 125,37 pesetas, quedando aumentada en el 25,37 por 100.

3. La renta 100 pesetas, convenida después de 1.º de julio de 1940, se convirtió en 1,19 quintales, o sean 100 pesetas, en números redondos, quedando sin aumento alguno.

Estas equivalencias, en el momento en que se hacían, y en armonía con el principio de libertad contractual establecido en el párrafo primero de dicho artículo 3.º, eran justas, porque si bien es cierto que se imponía con ellas una renta tasada, lo era únicamente por los años de plazo que hubiera de subsistir el contrato vigente al publicarse la Ley, o por los señalados en las disposiciones adicionales.

Pero en cambio, para aquellos arrendamientos que por virtud de las disposiciones adicionales habían de subsistir hasta el 30 de septiembre de 1948 y que, por tanto, habían de durar seis años más, ya no resultaban tan justas y han dejado de serlo por completo con la nueva Ley de 4 de mayo último, en que se prorrogan por otros seis años más, de tal modo que, volviendo sobre el ejemplo antes anotado, los 200, 149 y 119 kilos de trigo en que se convirtió la renta para el año 1942-43 regirán hasta el año 1954.

Es decir, que para los contratos que se encuentren en el caso que estamos examinando se ha impuesto una renta tasada que va a regir doce años, en contraste con la libertad de contratación de que han disfrutado y disfrutan los arrendamientos no protegidos.

Esta desventajosa situación de los arrendamientos que ahora se prorrogan pudo haberse aminorado en gran parte si se hubiera cumplido el espíritu y la letra del párrafo primero del artículo 3.º de la Ley, fijando en cada año el precio del trigo, a los efectos de renta, siguiendo el alza que este cereal ha tenido durante los años transcurridos, respetando incluso el margen que existió entre el precio base y el efectivo a que lo pagó el Servicio Nacional al cultivador en el año 1942-43, primero de vigencia de la Ley; lejos de hacerse así, el precio de renta ha sido el mismo para cada uno de los años 1943, 1944, 1945, 1946 y 1947, mientras que el precio efectivo ha sido mucho mayor en cada uno de dichos años.

El Decreto de 14 de mayo del año en curso fija el precio de renta en 117 pesetas el quintal, y con ello se rectifica el criterio seguido hasta la fecha, y aunque supone una mejora digna de aplauso para las rentas en general, no es la adecuada para los arrendamientos protegidos a que nos venimos refiriendo.

En efecto, veamos las variaciones sufridas por las fincas en el orden fiscal; para ello tomamos como ejemplo la parcela 59 del polígono 13, de cabida 14 hectáreas, 77 áreas y 94 centiáreas, de cereales de segunda clase, del término en que nos encontramos, arrendada a varios colonos, todos protegidos, cuya renta se fijó después de 1.º de julio de 1940 en 837,50 pesetas en total.

Esta finca ha pasado por las siguientes variaciones:

AÑO	Líquido imponible Pesetas	Contribución anual Pesetas
1940	901,54	146,41
1941	1.135,94	211,70
1942		
1943	1.135,94	325,30
1944		
1945	3.381,11	968,26
1946		
1947		
1948		

La renta cobrada durante esos años, hasta el 1947 inclusive, ha sido la misma de 837,50 pesetas, ya que la Ley de 1942 no produjo aumento alguno por la fecha en que se había concertado.

Es decir, que desde el año 1943 ha sufrido un aumento de tributación del 375 por 100, mientras que hasta el Decreto de 14 de mayo último la renta no ha tenido aumento alguno y por virtud de dicho Decreto tendrá un aumento para el presente año de un 40 por 100 aproximadamente.

III.—PLAZO.

a) En las Leyes de 1935, 1940 y 1942.

El artículo 9.º de la Ley de 15 de marzo de 1935 sentó una regla general y varias particulares en relación con el plazo.

La regla general consistía en fijar como mínimo dos rotaciones

completas cuando la finca se llevara por ciclos de cultivo inferiores a cuatro años, sin que en ningún caso el plazo fuera inferior a cuatro años; y cuando la rotación de cultivos fuera de cuatro o más años, el plazo mínimo de duración sería el de un ciclo completo, con derecho a prórroga de uno o varios ciclos. Si el aprovechamiento principal de la finca fuera pecuario; el plazo mínimo de duración del arrendamiento sería de tres años.

Y las reglas particulares se referían a los arrendamientos hechos por los padres, tutores o usufructuarios, en que podía resolverse el contrato al llegar a la mayor edad los hijos o pupilos o al terminar legalmente el usufructo.

El artículo 2.º de la Ley de 28 de junio de 1940 fijó el plazo de duración, atendiendo a la cuantía de la renta, en la siguiente forma:

Fincas de aprovechamiento agrícola.—Si la renta era igual o superior a 5.000 pesetas, el plazo mínimo sería de seis años, con derecho a prórroga por otros seis años; si la renta era inferior a dicha cantidad, el plazo mínimo sería de tres años, con prórrogas sucesivas durante quince años.

Fincas cuyo principal aprovechamiento sea ganadero.—Plazo mínimo de duración, dos años, con prórrogas sucesivas hasta ocho y quince años, según la cuantía de la renta.

Como se ve, ambas leyes concedían al arrendatario derecho a prorrogar el contrato por su voluntad, notificándolo así al arrendador; pero éste podía oponerse a ella, entre otras causas, por recabar la finca para su cultivo o explotación directa, excepto en el caso de finca de aprovechamiento agrícola y renta inferior a 5.000 pesetas, en que era forzosa para él una prórroga de tres años, y en las de aprovechamiento ganadero, en que eran forzosas tres prórrogas de dos años si la renta era superior a 5.000 pesetas y dos prórrogas de dos años si la renta era inferior a dicha cantidad.

La Ley de 23 de julio de 1942, en su artículo 6.º, respetó los plazos fijados por la anterior, sin más excepción que la de que si la finca era de aprovechamiento ganadero, el mínimo de duración sería de tres años, sin derecho a prórroga alguna, a no ser que la renta fuera inferior a 40 quintales de trigo y el arrendatario lo fuera directo y personal, en cuyo caso podría obtener prórrogas de tres años hasta un máximo de cuatro; pero a estas prórrogas

podía oponerse el arrendador, recabando el cultivo o explotación directo y personal por seis años como mínimo.

b) *Legalidad vigente normal.*

Por consiguiente, la legalidad vigente en materia de plazos mínimos de duración del arrendamiento de fincas rústicas, que podríamos denominar normal o general, puede concretarse así:

Fincas de aprovechamiento agrícola.—1.º Renta de 5.000 ó más pesetas, ó 4.282 kilos de trigo al precio de 117 pesetas el quintal. Plazo mínimo de duración, seis años, con derecho a prórroga por otros seis años; el propietario puede oponerse a ella recabando el cultivo o explotación directo.

2.º Renta de 4.680,01 pesetas a 4.999,99 pesetas, o sean 4.001 kilos de trigo a 4.281 kilos, al mismo precio. Plazo mínimo, tres años; el arrendatario tiene derecho a prórrogas sucesivas hasta quince años; el propietario puede oponerse a ellas recabando la finca para su cultivo directo.

3.º Renta que no exceda de 4.000 kilos de trigo o de 4.680 pesetas, al mismo precio, y el arrendatario lo sea directo, únicamente. Plazo mínimo de duración, tres años, con derecho a prórrogas sucesivas durante quince años; el propietario puede oponerse a ellas recabando la finca para su cultivo directo.

4.º Renta que no exceda de 4.000 kilos de trigo o su equivalente en dinero y el arrendatario lo sea directo y personal. Plazo mínimo, tres años, con prórrogas sucesivas durante quince años; el propietario sólo puede oponerse a ellas recabando la finca para su cultivo directo y personal.

Fincas de aprovechamiento ganadero.—5.º Renta que exceda de 4.000 kilos de trigo o su equivalente. Plazo mínimo de duración, tres años, sin prórroga alguna.

6.º Renta que no exceda de 4.000 kilos de trigo o su equivalente en dinero y el arrendatario lo sea sólo directo. Plazo mínimo, tres años, sin prórroga alguna.

7.º Renta que no exceda de 4.000 kilos de trigo o su equivalente y el arrendatario lo sea directo y personal. Plazo mínimo, tres años, con derecho a prórrogas de tres años hasta un máximo de cuatro; el propietario sólo puede oponerse a ellas recabando

la finca para su explotación directa y personal por un plazo mínimo de seis años.

8.º Arrendamientos hechos por usufructuarios, padres y tutores. Rigen los párrafos 5.º, 6.º, 7.º y 8.º del artículo 9.º de la Ley de 15 de marzo de 1935.

De esta última regla quizá pueda sostenerse que deben exceptuarse los arrendamientos protegidos, por el carácter excepcional de ellos y las especialísimas disposiciones que a ellos se refieren.

c) *Legalidad vigente excepcional.*

Está constituida por las disposiciones adicionales 1.ª y 2.ª de la Ley de 23 de julio de 1942 y por la Ley de prórroga de 4 de mayo del año en curso, que modifican la legalidad que hemos llamado normal en la forma que exponemos a continuación, siguiendo el mismo orden anterior:

Fincas de aprovechamiento agrícola.—1.º Renta igual o superior a 5.000 pesetas.

A) Contratos vigentes el 23 de julio de 1942: Regía el plazo mínimo de seis años y a su terminación el arrendador pudo disponer de la finca para su cultivo directo durante seis años, al cabo de los cuales pudo arrendar libremente.

Si no recogió la finca se prorrogó el contrato por seis años, al término de los cuales puede disponer de ella en la forma que tenga por conveniente.

B) Contratos vencidos antes del 23 de julio de 1942 o prorrogados unilateralmente por el arrendatario: El arrendador pudo recabar la finca al final de los años 1941-42, 1942-43 1943-44, según la renta, para su cultivo directo por tres años, como mínimo, al cabo de los cuales pudo arrendar libremente.

Si no recogió la finca, se prorrogó el contrato por tres años, al final de los cuales pudo arrendar libremente.

2.º Renta de 4.680,01 pesetas a 4.999,99 pesetas.

A) Contratos vigentes el 23 de julio de 1942: Igual plazo y derechos que el A) del número anterior.

B) Contratos vencidos antes del 23 de julio de 1942: Igual plazo y derechos que en el caso B) del número anterior.

3.º Renta que no exceda de 4.680 pesetas y el arrendatario lo sea sólo directo.

A) Contratos vigentes el 23 de julio de 1942: Plazo y derechos iguales que en el caso A) de los números anteriores.

B) Contratos vencidos antes del 23 de julio de 1942: Plazo y derechos iguales que el caso B) de los anteriores.

4.º Renta que no exceda de 4.680 pesetas y el arrendatario lo sea directo y personal.

A) Contratos vigentes el 23 de julio de 1942: Al término del plazo vigente o de su prórroga concertada por ambas partes, el arrendador sólo pudo recabar la finca para su cultivo directo y personal, sin poder arrendar libremente hasta el 30 de septiembre de 1948.

Si no recogió la finca, se prorrogó el contrato hasta el 30 de septiembre de 1948, y ahora, en virtud de la última Ley, se vuelve a prorrogar hasta el 30 de septiembre de 1954.

B) Contratos vencidos antes del 23 de julio de 1942: Terminaron el año agrícola 1942-43; el arrendador sólo pudo recabar la finca para su cultivo directo y personal, no pudiendo arrendar libremente hasta el 30 de septiembre de 1948.

Si no recogió la finca, se prorrogó el contrato hasta la última fecha citada, y ahora se prorroga nuevamente hasta el 30 de septiembre de 1954.

Fincas de aprovechamiento ganadero.—5.º Renta que exceda de 4.000 kilos de trigo o su equivalente en dinero.

A) Contratos vigentes el 23 de julio de 1942: Al terminar el plazo vigente, el arrendador pudo recoger la finca para su explotación directa durante tres años, al cabo de los cuales pudo arrendar libremente.

Si no recogió la finca, se prorrogó el contrato por tres años, al final de los cuales pudo arrendar libremente.

B) Contratos vencidos antes del 23 de julio de 1942: Terminó al final de los años 1941-42, 1942-43 y 1943-44, según la renta; el propietario pudo recabar la finca para su explotación directa durante tres años, al cabo de los cuales pudo arrendar libremente.

Si no recogió la finca, se prorrogó el contrato por tres años y al término de ellos pudo arrendar libremente.

6.º Renta que no exceda de 4.000 kilos de trigo o su equivalente y el arrendatario lo sea sólo directo.

A) Contratos vigentes el 23 de julio de 1942: Iguales derechos que en el caso A) del número anterior.

B) Contratos vencidos antes del 23 de julio de 1942: Iguales derechos que en el caso B) anterior.

7.º Renta que no exceda de 4.000 kilos de trigo o su equivalente y el arrendatario lo sea directo y personal.

A) Contratos vigentes el 23 de julio de 1942: Al terminar el plazo, el propietario pudo recabar la finca para su explotación directa y personal hasta el 30 de septiembre de 1948, y terminado este plazo puede arrendar libremente.

Si no recogió la finca, se prorrogó hasta la última citada fecha, y ahora se prorroga nuevamente hasta el 30 de septiembre de 1954.

B) Contratos vencidos antes del 23 de julio de 1942: El arrendador pudo recabar la finca al terminar el año 1942-43 para su cultivo o explotación directa y personal hasta el 30 de septiembre de 1948, y terminado este plazo puede arrendar libremente.

Si no recogió la finca, se prorrogó hasta la fecha citada, y ahora se prorroga nuevamente hasta el 30 de septiembre de 1954.

IV.—PRÓRROGA DE 4 DE MAYO DE 1948.

a) *Arrendamientos a que afecta.*

Por la Ley de la indicada fecha se prorrogan los contratos de arrendamiento de fincas rústicas por un período de seis años, que terminará el día 30 de septiembre de 1954.

Esta prórroga afecta a los arrendamientos que reúnan las circunstancias siguientes:

1.ª Que la renta no exceda de 4.000 kilos de trigo o su equivalente en dinero.

2.ª Que el arrendatario lo sea directo y personal, en la forma determinada en la Ley de 23 de julio de 1942.

3.ª Que el contrato sea anterior al 23 de julio de 1942, ya que el artículo 1.º de la Ley de prórroga se refiere a los contratos que se hallen comprendidos en el segundo párrafo de las adicionales 1.ª y 2.ª de la Ley de 23 de julio de 1942, y para hallarse comprendidos en ellas es preciso que fueran anteriores a dicha fecha.

4.ª Y que el contrato o arrendamiento continúe subsistente en

la fecha de la publicación de la Ley, o sea el 5 de mayo del corriente año.

Por consiguiente, aplicando lo expuesto a los casos enumerados anteriormente, la prórroga afecta a los arrendamientos comprendidos en los apartados A) y B) del número 4.º, A) y B) del número 7.º, siempre que el propietario o arrendador no recabara la finca en su momento oportuno para su cultivo o explotación directa y personal.

b) Excepción a la prórroga.

Quedan exceptuados de la prórroga, por disposición expresa de la nueva Ley, los casos en que el arrendador se proponga edificar, establecer instalaciones industriales o nuevos cultivos o aprovechamientos en la finca arrendada, en las condiciones y con los requisitos establecidos en el artículo 7.º de la Ley de 23 de julio de 1942, y también cuando se comprometa al cultivo personal y directo de la finca arrendada durante un plazo mínimo de seis años.

Es decir, que se le permite recabar la finca arrendada en los dos casos citados.

Ahora bien: ¿cuándo puede ejercitar ese derecho el arrendador? Desde luego no hay duda alguna en que puede ejercitarlo hasta el 30 de septiembre de 1948, puesto que hasta el final de ese día no empieza a regir la nueva prórroga y, haya habido o no requerimiento previo, le estaba reconocido al arrendador el derecho a recabar la finca por la Ley de 23 de julio de 1942, que continúa vigente.

Entendemos que después del 30 de septiembre de 1948, para ejercitar ese derecho hay que distinguir dos casos:

A) Que se recabe la finca para los fines expresados en el artículo 7.º de la Ley de 23 de julio de 1942; el arrendador podrá ejercitar ese derecho en cualquier momento, respetando el año agrícola en curso y cumpliendo el requisito del aviso previo de seis meses y abonando la indemnización establecida en dicho precepto; así lo dispone el citado artículo 7.º, que no sólo continúa vigente por no haber sido derogado expresamente, sino que lo menciona la Ley de prórroga en forma que lo declara vigente.

B) Que se recabe la finca para su cultivo o explotación directa

y personal por el arrendador; en principio parece que transcurrido el 30 de septiembre de 1948 no puede ejercitar el arrendador su derecho a recabar la finca para esa finalidad, ya que la prórroga es una sola, que ha de durar seis años.

Pero hay razones bastantes para sostener que en cualquier momento podrá el arrendador ejercitar su derecho a recabar la finca, respetando el año agrícola en curso; entre otras, las siguientes:

Que la excepción la establece la Ley en el mismo artículo en que se concede la prórroga.

Que de no regir la excepción a partir de 30 de septiembre de 1948, no hacía falta que se hubiera previsto en la nueva Ley, como se establece, ya que hasta la indicada fecha ese derecho lo tenía concedido el arrendador por la Ley de 23 de julio de 1942.

Que no puede considerarse de peor condición el arrendador que recaba la finca para su cultivo directo y personal del que la reclama para edificar, etc., y menos estando comprendidos ambos en la misma excepción legal.

V.—CONCLUSIÓN.

Confirmando lo que decíamos al principio, hemos de llegar a la conclusión de que por virtud de la nueva Ley de prórroga de los arrendamientos rústicos se ha delimitado y acentuado extraordinariamente la división de la propiedad rústica en dos grupos que prácticamente tienen caracteres diferentes, con sus correspondientes consecuencias en el orden jurídico y económico.

De una parte, existe la que podríamos llamar propiedad libre; este grupo está integrado por las fincas que no estaban arrendadas en los últimos quince años; por las que, aun estando arrendadas, tenían asignadas rentas superiores a cuarenta quintales de trigo, y por las de renta inferior, si sus dueños pudieron ejercitar el derecho de recabar su cultivo directo, o directo y personal, según los casos.

Estas fincas han podido arrendarse ventajosamente después del año 1942, puesto que la fijación de su renta no tenía, ni tiene, tope alguno; han podido venderse desde la misma fecha, con entrega

de su posesión, lo que significa, en el orden económico, un sobreprecio de consideración; y, por último, cualquiera que sea su situación actual, arrendadas o no, les afecta la prórroga de la nueva Ley.

Y de otra parte, existe la propiedad que podríamos denominar restringida o limitada; este grupo está integrado por las fincas que estaban arrendadas antes del 23 de julio de 1942 por rentas inferiores a cuarenta quintales de trigo y a arrendatarios que eran cultivadores directos y personales, si el arrendador no pudo recabarlas para su cultivo directo y personal.

Estas fincas no han podido variar su renta por lo menos desde el año 1942; han estado sujetas a prórrogas por seis años y ahora se les somete a otra prórroga de seis años más; su comerciabilidad está tan afectada, que puede afirmarse que durante los seis años últimos apenas se han vendido fincas de esta clase, porque además de tener que respetar la prórroga que terminará el 30 de septiembre de este año, sólo podía recabarlas el comprador que pudiera ser cultivador directo y personal; esto mismo ha de ocurrir, más acentuado todavía, en los seis años que ahora se prorrogan; de manera que puede afirmarse que este grupo de fincas, de mucha importancia en algunas regiones, está prácticamente amortizado en la actualidad.

PEDRO S. REQUENA

Notario.

Comentarios a la calificación registral

¿Pecaremos de suspicaces o quisquillosos si nuestra preocupación atisba en la doctrina—en parte de la doctrina—cierta hostilidad contra la facultad calificadora de los Registradores, cierto ánimo hábil y cauteloso todavía, de ir cercenando el ámbito de la calificación y recortar—cómo Dalila los cabellos de Sansón, razón de su fuerza—el criterio del funcionario hasta convertirlo en inútil y subalterno? Tal vez; y ojalá no sean más que simples aprensiones de un neurasténico que vislumbra gigantes disformes en lo que sólo son pobres molinos arruinados. Pero supongamos por un momento que esos molinos, con sus brazos fantasmales, nos amenazan y que la ofensiva contra la función calificadora no es una simple quimera. Supongámonos—ya que si no sobrarían estas pobres cuartillas—que algunos autores, que alguna resolución judicial o administrativa niegan los postulados que siempre hemos creído necesarios para la sólida construcción del llamado principio de legalidad, sin el cual el sistema parece fundado sobre arenas versátiles. Nuestro deber en tal caso se perfila con la más meridiana claridad: defender serena y razonablemente el fundamento de nuestra existencia funcional, aquel que inducía a los redactores de la Ley del 61 a exigir que los servidores del nuevo organismo no sólo fuesen Letrados, sino que fuesen Letrados con la experiencia suficiente a manejar un instrumento de precisión logrado tras largos afanes y ensayos, y en el que sus autores cifraban las más vigorosas esperanzas para el crédito territorial. No; ante esas tendencias no podemos resignarnos al retorno de un oficio desahuciado por estéril. No queremos ser de nuevo contadores de Hipotecas.

Cuando se discuten los proyectos del Ordenamiento hipotecario español, todos los juriconsultos que en los diversos proyectos intervienen tienen una máxima y acuciante preocupación: revalorizar la ri-

queza inmueble haciéndola apta para el desarrollo de la agricultura, la firmeza del crédito y la garantía de los capitales que en la misma buscan su inversión. Y, aparte de otros principios que no son del caso, es común sentir el de que la titulación aspirante al ingreso en los Registros ha de ser pura e invulnerable mediante un previo examen pericial por los Registradores a los que, sucesivamente, por la legislación y la jurisprudencia, se va ampliando el círculo de esta obligada intervención específica.

"Extensos—dice el expositor de motivos—son los deberes y grave la responsabilidad que la Ley impone a los Registradores " La calificación es concebida como obligación, como grave responsabilidad, como imperativo indeclinable, como "extenso deber". "Los Registradores *calificarán*, dice el texto legal. Y "... todos los que lean la Ley detenidamente se convencerán de que el Registrador necesita tener muchos conocimientos jurídicos, puesto que está llamado a resolver graves y complicadas cuestiones de derecho "

Hoy, al cabo de casi noventa años de fecunda aplicación y de la más científica depuración, muchos problemas están examinados hasta el agotamiento y los nuevos que siempre se presentan, pues las fuentes de la vida del Derecho son inagotables, permiten la más acertada orientación y estudio; pero en los tiempos inaugurales de la Ley, de la puesta en las aun exiguas estanterías de los primeros libros iniciales ya proyectos e inviolados; sin jurisprudencia ni bibliografía, sin monografías o comentarios y con la tremenda complicación de las fuentes—el Código civil, si concebido, aun tardaría en nacer—asombra examinar las Resoluciones de la Dirección y el común acervo que en ella ponían los profesionales de la institución que alboreaba. Nosotros, desde estas líneas intrascendentes, rendimos a su prestigio inmarcesible el más cálido y fervoroso homenaje.

Pues bien; si entonces, ahora y siempre el Registro representa la verdad, las relaciones jurídicas que en él han de cobijarse necesitan vestir aquellas garantías en que se basa y funda el principio de legalidad y el funcionario—correlativamente—ha de tener las más eficaces facultades que le permitan cumplir aquella "grave responsabilidad".

No es nuestro propósito dilucidar el carácter de la función calificador. Cuanto nuevo y original podía decirse sobre ello, lo hizo en el número 26 de esta misma REVISTA un distinguido y competente Registrador: el Sr. Romaní. Si lo es argumentar sobre los extremos a que

se extiende la obligación calificadora y la necesidad de que ésta no se coarte ni disminuya; antes al contrario. Los Registradores, ya mayores de edad, lo harán, no infaliblemente, pero sí con grandísimas garantías técnicas, pues no es equivocado afirmar que sólo una exigua proporción de las notas puestas a los documentos son objeto de recurso ante la Dirección. Y como esta tarea de nuestra argumentación es harto pesada para nuestras fuerzas, requiramos el auxilio de D. Jerónimo González—que desde la inmortalidad nos perdonará—cuando escribía: “La inscripción, base de todo derecho real, es el término de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, donde debe demostrarse la existencia de los supuestos que produce, y el Registrador tiene en este proceso un papel más activo que el Juez ordinario en un juicio contradictorio...”

¿Cuáles son esos supuestos a que alude el maestro? Según los textos, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, la capacidad de los otorgantes, la validez de los actos dispositivos, la subsanabilidad o no de los defectos u obstáculos apreciados provenientes de los títulos o del Registro, etc. En cuanto al tope de la calificación de los documentos emanados de la Autoridad judicial, es el fundamento, la justicia o injusticia intrínseca del fallo o resolución y la santidad o irrevocabilidad de la cosa juzgada; y aun esto, con ciertas cortapisas, pues si una sentencia firme definiese la propiedad a favor de persona distinta del titular registral, no parte ni citado en el juicio, habría de enervarse ante tal obstáculo.

Así, pues, al Registrador habrá de competirle la calificación de:

Las formas extrínsecas.

La naturaleza del mandato.

La naturaleza del juicio.

La naturaleza del procedimiento en que ha recaído el mandato.

La competencia del Juez.

La capacidad de los otorgantes.

La validez de los actos dispositivos.

La discriminación de los obstáculos que nacen del Registro.

La apreciación real o personal de derechos y pactos, y su inclusión o exclusión de las inscripciones y asientos.

Y si ha calificado la falta de insubsanable, es evidente que—como dicen las Resoluciones de 18 y 29 de enero de 1887—al apreciar la validez o nulidad de un contrato ha buscado en el contenido de todo él

su verdadera esencia jurídica; doctrina que ya había sentado, entre otras, la de 12 de noviembre de 1874, porque "debiendo *negar* la inscripción de los documentos tarados de faltas insubsanables, que son los que producen *necesariamente* la nulidad de la obligación, es incontrovertible la necesidad de la *previa* calificación".

Sí; la calificación no es un nuevo capricho del legislador. No es tampoco un privilegio, ni siquiera un derecho del Registrador. Es un grave, un hondo deber que la ley le ha confiado, y ante cuyo momento, por fuerza, ha de sentir la más inquietante preocupación. Es una meditación semejante a la que el buen Juez debe experimentar cuando en los puntos de su pluma el honor, el patrimonio, la ventura familiar, cierra la serie de Considerandos con una frase trascendental: Fallamos.

Sí. La calificación es el alma de los deberes del Registrador y la misma razón de su existencia, y si la anulamos o restringimos sólo tendría una sustitución: el buzón o la manivela de las cajas comerciales.

Bien pudo instaurarse en nuestro Derecho una disposición análoga a la de la Ordenanza inmobiliaria alemana permitiendo, cuando el Registrador suspenda o deniegue, que se incoe ante el mismo una alegación de hechos y pruebas que permitan, en su caso, rectificar aquélla, con anotación para asegurar las resultas, y suprimir el trámite ante las Audiencias territoriales, anacrónica supervivencia del papel vigilante que a los Regentes atribuía la ley del 61.

Desde uno de sus "Estudios", que ya han ganado clasicismo perenne, nos dice D. Jerónimo: "El derecho científico debe quebrantar, en primer término, las barreras levantadas por la ignorancia hipotecaria, presentar el sistema como mantenido por las columnas de la Justicia y de la Utilidad, y llevar al fondo de la conciencia popular la idea de que sus principios y deducciones tienden a la triple finalidad de asegurar la propiedad y los derechos reales, publicar los gravámenes que ligan a las fincas y movilizar el valor del suelo."

Nada más y nada menos. Pero también una calificación integral.

RAFAEL GÓMEZ PAVÓN,

Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia de la Dirección general de los Registros y del Notariado

FACULTAD CALIFICADORA DE LOS REGISTRADORES.—PARA CALIFICAR LA COMPETENCIA DE LOS JUECES Y TRIBUNALES, NO PUEDE NÉGARSE A AQUELLOS FUNCIONARIOS—LOS REGISTRADORES—LA FACULTAD DE APRECIAR SI LA JURISDICCIÓN SE HALLA LIMITADA O SUSPENDIDA, LO CUAL NO SIGNIFICA LA REVISIÓN DE LOS FUNDAMENTOS DE LAS RESOLUCIONES DE LOS TRIBUNALES NI TAMPOCO DESOBEEDIENCIA A SUS MANDATOS, SINO INEXCUSABLE OBSERVANCIA DE LAS LEYES, QUE CONSTITUYE DEBER PRIMORDIAL DE TODOS LOS FUNCIONARIOS.

Resolución de 6 de julio de 1948.—“B. O.” de 5 de noviembre.

En el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Sevilla, el Procurador don Francisco de Chiclana, en nombre de don Joaquín Ruiz García, promovió juicio ejecutivo contra don Joaquín y don Ricardo Jiménez Cuadrado, declarados en rebeldía, sobre cobro de un crédito hipotecario de 20.000 pesetas de principal, más intereses al 3 por 100 desde el 18 de febrero de 1927 y costas, en el que se dictó sentencia de remate el 12 de noviembre de 1932, la cual, notificada a las partes, quedó firme por haber transcurrido el plazo legal sin interponerse recurso alguno; y que en ejecución de dicha sentencia se señaló la subasta para el 13 de septiembre de 1933, que quedó sin efecto por falta de licitadores, y, en su consecuencia, pedida por el actor ejecutante la adjudicación de la finca hipotecada por las dos terceras partes del avalúo, se dictó auto el 15 de octubre de 1937, adjudicándole la finca en la suma de 20.000 pesetas, por cuenta y pago de parte de las responsabilidades por principal, intereses y costas.

Librado el testimonio del auto con fecha 23 de octubre de 1937, en el cual se hizo constar que es firme y ejecutorio, y presentado en el

Registro de la Propiedad del Norte, de Sevilla, fué suspendida su inscripción, según nota fecha 2 de diciembre de 1946, sin extenderse anotación preventiva por no haberse solicitado, y presentado de nuevo, fué objeto de otra calificación en 17 del mismo mes y año mediante la siguiente nota: "Suspendida la inscripción del precedente testimonio, con reforma de la calificación hecha por mi antecesor, a que se refiere la precedente nota de fecha 2 de los corrientes, por no resultar del mismo el levantamiento de la suspensión establecida por los Decretos-leyes de 1 de diciembre de 1936 y 21 de septiembre de 1937, defecto subsanable; y a instancia verbal del presentante, se extiende anotación preventiva."

Además del testimonio del auto de adjudicación, se expidieron otros dos testimonios con fechas 17 de enero de 1946 y 10 de enero de 1947, de los que aparece que el Juez que dictó aquél y el Secretario que lo refrendó no sufrieron suspensión por desafectos al régimen español, y comprensivos, además de los particulares siguientes: sentencia de remate de 12 de noviembre de 1932, su publicación y notificaciones, expresión de que contra ella no se ha entablado recurso; providencia de 7 de agosto de 1933, que mandó proceder a la venta en pública subasta de la finca hipotecada; acta de la subasta celebrada el 13 de septiembre de 1933, declarada sin efecto por falta de licitadores, y escrito del recurrente de 4 de octubre de 1937, pidiendo la adjudicación de la finca por las dos terceras partes del tipo de la subasta desierta, y que, presentados los tres testimonios en el Registro de la Propiedad del Norte, de Sevilla, fueron objeto de nueva calificación, según nota puesta por el Registrador al pie del último testimonio, del tenor siguiente: "Denegada la inscripción del testimonio del auto de adjudicación librado el 23 de octubre de 1937, por haber sido dictado dicho auto dentro del plazo de suspensión de actuaciones judiciales establecido por Decretos-leyes de 1.º de diciembre de 1936 y 21 de septiembre de 1937, y por resultar de este otro testimonio que se acompaña que no tuvo lugar el levantamiento de la suspensión con los requisitos que determina el artículo 1.º del Decreto citado en primer lugar, cuyo defecto se considera insubsanable."

Interpuesto recurso, la Dirección, con revocación del auto presidencial, confirma la nota del Registrador en méritos de la magnífica doctrina siguiente:

Que el Estado, para la realización y mantenimiento del orden jurídico, dicta las normas legales aplicables a los particulares y al Estado mismo (función legislativa) y concede la misión de interpretar la voluntad del legislador y aplicar dichas normas en casos concretos (jurisdicción) a órganos especiales, entre los que se encuentran los Tribunales de Justicia, a los cuales se atribuye exclusivamente la potestad de aplicar las Leyes en los juicios civiles y criminales, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, pero ajustándose siempre a los requisitos marcados por las mismas, que señalan preferente aptitud (competencia) para conocer de determinados negocios en atención al objeto, a la función, al territorio, a las personas, etc., de lo que se deduce que la atribución privativa de la jurisdicción es un presupuesto indispensable para determinar los límites dentro de los que ha de ejercitarse; y aun cuando sea posible tener jurisdicción y no tener competencia, por reservarse ésta a otra autoridad, no cabe atribuir competencia a quien carezca de jurisdicción.

Que aunque los términos jurisdicción y competencia muchas veces se identifiquen o se estimen equivalentes, doctrinalmente se hallan bien diferenciados y referidos, ya a la dependencia entre género y especie, ya incluyendo la jurisdicción en la esfera del orden público y la competencia dentro del orden privado, en razón a que ésta en lo civil puede ser fijada por acuerdo de las partes en los casos establecidos por la Ley, doctrina o criterio mixto aceptado en los artículos 56 y siguientes de nuestra Ley Procesal civil, pero sin que las partes o el Juez tengan intervención alguna en la atribución de la jurisdicción que confiere la Ley a los Tribunales, por lo que, cuando ésta la limite o la suspenda en atención a circunstancias extraordinarias o excepcionales, el Registrador, como los demás funcionarios, tiene el deber de observar tal limitación para no incurrir en responsabilidad al cumplir un mandato que infrinja manifiesta y terminantemente una Ley, conforme a los preceptos sancionadores contenidos en la legislación penal y la doctrina reflejada ya en las fuentes romanas ("Digesto", II-I-20): "Extra territorium ius dicenti impune non paretur. Idem es, et si supra iurisdictionem suam velit ius dicere".

Que el Decreto-ley de 1.º de diciembre de 1936, que reviste las características de derecho provisional o de guerra, consigna en su preámbulo, con motivo del mismo, "el retraimiento del capital, que da lugar a que, en caso de obligada enajenación de bienes inmuebles, no

se ofrezca su verdadero precio, con perjuicio de la persona que insta el procedimiento, del deudor y de quienes tengan algún derecho sobre los bienes", lo sea en circunstancias de carácter económico y social que obligaron a paralizar los procedimientos ejecutivos durante varios años; todo lo cual, unido a la naturaleza del derecho del acreedor hipotecario—que primordialmente tiende a la venta de la finca para satisfacer con su precio el crédito, y sólo como medida supletoria es admitida la adjudicación en pago del total o de parte de la cantidad reclamada—, patentiza que no pueden coexistir la prohibición de celebrar las subastas y la autorización para efectuar adjudicaciones de fincas, y mucho menos en un procedimiento cuya subasta se celebró sin licitadores en 1933 y la adjudicación se solicitó en 1937, precisamente después de que el Poder público había adoptado las medidas prohibitivas.

Que desde la vigencia del citado Decreto-ley, el Juez de Primera Instancia número 3 de Sevilla carecía de potestad para dictar autos de adjudicación de inmuebles en procedimientos ejecutivos ordinarios, porque la suspensión decretada para impedir su tramitación normal no podía levantarse sin que lo pidieran las partes y todos los que tuvieran algún derecho sobre el predio hipotecado, requisitos que no han concurrido el día 15 de octubre de 1937, en que fué dictado el auto de adjudicación de la finca de los demandados que estaban declarados en rebeldía.

Que para calificar la competencia de los Jueces y Tribunales, según constante jurisprudencia de este Centro, recogida en el artículo 99 del Reglamento Hipotecario, no puede negarse a los Registradores la facultad de apreciar si la jurisdicción está limitada o suspendida en virtud de preceptos legales categóricos y concretos, consignados en los Decretos-leyes que paralizaron los procedimientos ejecutivos en el trámite de posesión interina o administración de la finca por el acreedor, basados en motivos de orden público, similares a los que inspiraron la suspensión de desahucios en materia de arrendamientos, lo cual no significa la revisión de los fundamentos de las resoluciones de los Tribunales ni tampoco desobediencia a sus mandatos, sino inexcusable observancia de las Leyes, que constituye deber primordial de todos los funcionarios.

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO

Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIA DE 18 DE MARZO DE 1948. — *Accesión* (artículos 353, 358, 361, 453, 454 Código Civil).

Limitado el presente recurso exclusivamente al pronunciamiento de la sentencia recurrida que denegó el desahucio de la casa edificada en el solar objeto de la demanda, a ese punto queda también limitada la tarea de su resolución.

Como bases para la misma, que en dicha sentencia recurrida se afirma: 1.º Que la prueba atestigua que la casa en cuestión se construyó y levantó en el suelo ajeno con ladrillos, maderas y tejas adquiridos por el demandado y con trabajo de éste y de los albañiles y jornaleros por él contratados y pagados. 2.º Que no existe el menor indicio que contraría la presunción de la buena fe con que procedió al hacerlo, siendo hermano del titular del solar, realizando las obras con pleno conocimiento del mismo, que desde la capital le envió algunos de los materiales para la construcción; y 3.º Que al hacer esas apreciaciones de la prueba no incidió el Tribunal *a quo* en los errores de hecho y de derecho que acusan en los motivos sexto y séptimo del recurso, que deben ser desestimados, por cuanto para fundarlo en la confesión del demandado la divide a su capricho, callando la parte que contraría su objeto, cosa prohibida por la jurisprudencia de esta Sala, y aprecia la prueba testifical en la forma que el triunfo de su criterio conviene, en frente del criterio del juzgador.

Conforme a lo antes expuesto, el caso sometido a la resolución del Tribunal, es un verdadero caso de accesión, que se regula por las disposiciones del capítulo segundo del libro segundo, título segundo del Código Civil, por tratarse de un edificio construido en suelo ajeno, como reconoce el demandado, con la buena fe que da por probada el Tribunal *a quo*.

Si bien es cierto que, según el artículo 353 del Código Civil, la propiedad de los bienes da derecho por accesión a todo lo que ellos producen o se les une o incorpora natural o artificialmente, no lo es menos que, conforme al artículo 358, ese derecho se regula, cuando se trata de bienes inmuebles, por los artículos comprendidos en la sección segunda, y, por tanto, es de aplicación el artículo 361 a los casos como el presente, en el que se previene que el dueño del terreno en que se edificar o sembrare de

buena fe tendrá derecho a hacer suya la obra o siembra, previa la indemnización establecida en los artículos 453 y 454, o a obligar al que fabricó o plantó a pagarle el precio del terreno, lo cual, interpretado no sólo en su sentido literal, sino atendiendo al espíritu que lo informa, conduce a estimar que mientras esa indemnización no tenga efecto no ostenta el dueño del predio el dominio de lo edificado, y, por el contrario, el que edificó de buena fe tiene el derecho de retención establecido en el artículo 453 del mismo Código, que se cita en el 361, como poseedor de dicha edificación o plantación de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala, que consta en las sentencias de 27 de noviembre de 1902 y 2 de enero y 21 de mayo de 1928.

Por todo lo expuesto, y en atención a que la actora no ha abonado ni siquiera ofrecido la indemnización prevenida en el artículo 361, procede, estimando el fallo recurrido ajustado a derecho, declarar no haber lugar al recurso interpuesto, con los demás pronunciamientos de Ley.

SENTENCIA DE 24 DE MARZO DE 1948. — Artículo 433 del Código Civil.

Con relación al fondo del asunto que de las alegaciones coincidentes de las partes y de la resultancia de las pruebas aparecen como hechos debidamente acreditados en el pleito: primero, que el actor es propietario de las dehesas llamadas «Zorreras», «Majadita» y «Villaviciosa», sitas en el término municipal de Almodóvar del Campo, provincia de Ciudad Real, las cuales dehesas se hallaban en 1936 arrendadas a unos ganaderos segovianos en el precio anual de 42.500 pesetas, los cuales en el verano de dicho año las habían dejado libres del aprovechamiento por sus ganados, por haberlos trasladado, según costumbre, a terrenos más frescos en otras provincias; segundo, que, surgida la revolución marxista, el comité rojo «Bloque de Almodóvar» se incautó de las fincas expresadas; tercero, que los demandados, lanzados por los comités rojos locales de las fincas que llevaban en arrendamiento para pasto y aprovechamiento de sus ganados propios, obtuvieron autorización y consentimiento del citado «Bloque de Almodóvar», al parecer mediante un tributo cuya exigencia y cuantía no han quedado suficientemente probadas, para meter y pastar los referidos ganados propios, en distintas fechas del dicho año 1936, en las dehesas mencionadas; cuarto, que los demandados, ocupando dichas fincas, que sabían por razones de notoriedad que pertenecían al actor, consumieron y aprovecharon por medio de sus referidos ganados los pastizales de las dehesas durante los años ganaderos de 1936-1937; 1937-1938 y 1938-1939, y quinto, que los repetidos demandados, conscientes por sus reconocidos principios éticos de que la ocupación y aprovechamiento de las dehesas que efectuaban carecía de título legal alguno que lo justificase, se pusieron al llegar la liberación en relación con el dueño de aquéllas y le abonaron la cantidad que como precio de tales aprovechamientos durante el año ganadero de 1938-1939 les exigió, surgiendo las discrepancias respecto de lo abonable por los años anteriores que han motivado este pleito.

A virtud de los hechos acreditados que se insertan en el considerando anterior resulta de modo evidente que la situación de los demandados ocupando y aprovechando las fincas del actor es la que contempla el artículo 433 del Código Civil en su párrafo segundo, pues aunque la calificación jurídica de mala fe choque con la reconocida rectitud moral de los demandados, lo cierto es, salvada la acritud de aquel concepto, que al efectuar tales aprovechamientos conocían que la utilidad que les reportaban la obtenían sin un legítimo título para ello y con menoscabo de los indiscutibles derechos del propietario, lo que suponía un beneficio patrimonial a costa de propiedad ajena.

En méritos de la declaración anterior surge la necesidad de restablecer el orden jurídico perturbado mediante el debido resarcimiento al propietario de las fincas del menoscabo producido, y para ello es innegable que entra en juego la prevención del artículo 455 de dicho cuerpo legal que declara que quienes poseen en las condiciones que lo han hecho los demandados habrán de abonar los frutos percibidos o que hubieran podido percibir, y al llegar a este punto conviene recordar que el actor propietario de las dehesas en cuestión tenía arrendadas las mismas a unos ganaderos que habiendo dejado libres las fincas, según costumbre, en el verano de 1936 no pudieron por hallarse en zona nacional volver a ellas hasta el otoño de 1939, por tanto el importe de los frutos de aquellas fincas que en estricto derecho y de modo normal hubiera podido percibir el actor señor Arribas durante los años que los demandados las ocuparon y a que se contrae el presente pleito hubiera sido el precio pactado por el contrato de arrendamiento, esto es, 42.500 pesetas por año ganadero, y siguiendo en este razonamiento no puede el juzgador prescindir de las circunstancias extraordinarias provocadas por la guerra de liberación, que influyeron hondamente en el pacífico y normal desarrollo de los negocios jurídicos nacidos al amparo de las normas legales rectoras del derecho civil, produciendo en ellos imprevista perturbación, para remediar la cual dictó el Poder público, con indudable pero en esta situación indudable intervencionismo estatal en la vida del derecho privado, disposiciones circunstanciales tendientes a regular en forma equitativa en contemplación de principios morales, económicos y sociales, las relaciones jurídicas perturbadas, y entre tales disposiciones se halla la Ley de 5 de junio de 1939, cuyo artículo 4.º establece de modo imperativo la reducción del 50 por 100 de las rentas vencidas durante la guerra y no pagadas correspondientes a los contratos de arrendamientos rústicos y como es inexcusable la aplicación de este precepto resulta como conclusión lógica del razonamiento anterior que debiendo percibir el actor como únicos frutos de las tres dehesas mencionadas en los años ganaderos que se discuten el importe del precio del arrendamiento que tenía estipulado, este precio ha de ser reducido por imperativo de disposición legal en un 50 por 100, cantidad que deberá ser abonada por los demandados en proporción al tiempo que respectivamente ocuparon y aprovecharon las tantas veces repetidas fincas.

Respecto al abono de intereses que en la demanda se solicita por el ac-

tor, que no estando aquéllos pactados sólo se deberían si los demandados hubiesen incurrido en mora, lo que no es de apreciar, porque si bien el demandante fijaba en la súplica de su demanda la suma de 75.781 pesetas como total a que ascendía la cantidad que por los aprovechamientos de pastos reclamaba, dejaba también subsidiariamente al trámite de ejecución de sentencia el determinar la que como consuecencia del juicio resultase, y, por tanto, no habiendo sido expresada con precisión la cantidad líquida exigida que además por las cuestiones controvertidas había de quedar sin duda a las resultas del pleito la procedencia y cuantía de la reclamación formulada, es visto que no hay posibilidad de acceder al abono de los intereses pretendidos.

SENTENCIA DE 7 DE ABRIL DE 1948. — *Cosa juzgada* (art. 1.252 Código Civil).

La expresión literal del artículo 1.479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto priva de autoridad de cosa juzgada a la sentencia dictada en el juicio ejecutivo y deja, a salvo el derecho de promover el juicio ordinario sobre la misma cuestión, ha sido reiteradamente interpretada por la doctrina jurisprudencial que fijó el ámbito propio del juicio ordinario, limitándose a los problemas de fondo o de derecho material sobre existencia y exigibilidad del crédito que sirvió de base al ejecutivo, quedando amparadas por la cosa juzgada las cuestiones de derecho formal o de procedimiento que la Ley ha establecido para la efectividad del crédito por aquella vía, y ante esta doctrina no es dudoso afirmar que el tema de adjudicación de los bienes embargados es de derecho formal, expresamente regulado en la vía de apremio por los artículos 1.504 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento, como uno de los medios encaminados, no a decidir sobre la existencia de la obligación de fondo, sino a establecer una modalidad de pago del crédito reclamado, lo que se aprecia aún con más claridad si se tiene en cuenta que la solicitud de adjudicación va dirigida de modo inmediato al órgano jurisdiccional que puede atenderla o denegarla de acuerdo con las normas procesales o presupuestos establecidos al efecto, y no constituye propiamente una pretensión de derecho material que afecte a la exigibilidad del crédito o acción que el ejecutante haya puesto en juego contra el deudor ejecutado.

SENTENCIA DE 1.º DE MAYO DE 1948. — *Compraventa*.

La sentencia recurrida funda la revocación de la del Juez de primera instancia y la absolución de la demanda en que los compradores desistieron voluntariamente del contrato de compraventa al ir a firmar la escritura pública, rompiendo el vínculo contractual iniciado por haber prestado el consentimiento con el error esencial de creer la finca libre de cargas y tener conocimiento en ese momento de la firma de la existencia de un censo, pero, en primer término, sin entrar a examinar el carácter de esencial de

ese error, porque no es cuestión planteada en el recurso; si hay que desecharlo el supuesto de tal vicio del consentimiento, porque no lo han alegado en el pleito los compradores, que son los que pudieran estar afectados por él.

No puede estimarse que sea resultado de la apreciación de la prueba en conjunto, aunque la Audiencia así lo manifieste; la declaración de hechos en que se funda su sentencia cuando expresamente menciona las pruebas o hechos en que apoya su afirmación, como en el caso actual, en que dice que los compradores desistieron de la compra al enterarse de que sobre la finca pesaba un censo a favor del Habús, de la Mezquita, porque se negaron a firmar la escritura ya redactada, pues esto no es prueba suficiente del desistimiento que se dice, sino del aplazamiento hasta que esto se hiciera desaparecer esa carga, y si bien antes de que esto se efectuara se presentó la demanda origen del presente pleito, ello no implica una rectificación de la conducta de los recurrentes ni que vayan contra sus propios actos anteriores, pues no cambian su actitud haciendo caso omiso del único obstáculo que determinó el aplazamiento, sino que partiendo de la misma perfección del contrato que les llevó a cumplirlo hasta el momento de ir a firmar la escritura, les hizo pedir en la demanda el cumplimiento de ese contrato con el otorgamiento de la escritura de venta y entrega de la finca libre de toda carga y del resto del precio, y en su defecto hacer eso mismo, aunque sea con el gravamen del censo, rebajando del precio la correspondiente indemnización por la desvalorización que la finca sufre por la existencia de ese gravamen, por lo que procede la casación de la sentencia, por el primero de los motivos alegados.

SENTENCIA DE 17 DE MAYO DE 1948. — Posesión.

El primer motivo del recurso se funda en la violación del artículo 445 del Código Civil, en cuyo precepto se establecen las normas procedentes para decidir sobre el hecho de la posesión, cuando surgiere contienda entre dos poseedores, pero este precepto carece de aplicación al caso actual, en que el conflicto no se ha producido entre dos poseedores civiles, la fecha de cuyas posesiones sería de tener en cuenta para decidir sobre su pertenencia, conforme a dicho texto, sino entre la actora, que ostenta un título posesorio, como es la diligencia de posesión de la finca que le fué dada por el Juzgado, y el demandado, que detenta dicha finca, pues si bien es cierto que éste alega como título de posesión el documento que se transcribe en el segundo considerando de la sentencia recurrida, no lo es menos que, según tal documento, don Remigio, de quien la actora trae causa, declara tener en su poder la cantidad de 27.000 pesetas del demandado a cuenta de la casa sobre que el pleito versa, la que se compromete a vender o devolverle dicha cantidad, después del fallecimiento de su esposa Francisca, documento del cual se deriva para don R. una obligación de naturaleza alternativa, que podía cumplir realizando una de las dos

prestaciones en que la obligación consistía, a su elección, de conformidad con los artículos 1.131 y 1.132 del Código Civil, y que el demandado podía exigirle en los términos que dichos artículos prescriben, pero que no engendra a favor del demandado ningún estado posesorio sobre la finca en cuestión, como acertadamente dice la sentencia recurrida, y, por lo tanto, no puede alegarse para desvirtuar la posesión real de la finca, que a título de dueña fué conferida a la actora por la diligencia judicial aludida y que la otorga el carácter de parte legítima para promover el juicio de desahucio, conforme al artículo 1.564 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El artículo 453 del Código Civil otorga al poseedor de buena fe el derecho a retener la cosa hasta que se le satisfagan los gastos necesarios o útiles que hubiera hecho en la misma, pero como solamente cabe reputar poseedor de buena fe, conforme al artículo 433 del citado Código, al que ignora que en su título o modo de adquirir existe un vicio que lo invalide, resulta evidente que el derecho a la retención de la casa únicamente puede reconocerse en el poseedor con título, es decir, en el poseedor civil, pero no en el precarista, que carece de título y goza sólo de la mera tenencia o posesión natural de la cosa, y por tal motivo no puede retener ésta en su poder por los gastos que en la misma hubiere realizado ni impedir el desahucio, según se desprende de los artículos 1.599 y 1.600 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por todo lo cual no cabe estimar la infracción del artículo 453 del Código Civil, a que se refiere el tercer motivo del recurso, así como tampoco la del 1.518 del mismo Código, que en el propio motivo se denuncia, porque este artículo, que impone al vendedor en los casos de venta con derecho de retracto, para poder utilizar tal derecho, la obligación de reembolsar al comprador el precio de la venta, los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta y los gastos necesarios y útiles hechos en la casa vendida, no puede aplicarse en el caso actual, en que la compraventa invocada por el demandado, como título de posesión, no existe, y se da únicamente la obligación alternativa antes aludida, de la que no puede derivar estado posesorio alguno.

SENTENCIA DE 21 DE MAYO DE 1948. — *Pena convencional.*

La Sala sentenciadora resuelve no haber lugar a la moderación de la cláusula penal que atribuye al demandado la facultad de hacer suyo el precio recibido, o sean las 30.000 pesetas que el actor le entregó, revocando en cuanto a este extremo el pronunciamiento del Juzgado, y se funda para ello en que la equivocada interpretación que al contrato pretende dar el demandante no permite, a juicio de la Sala, apreciar en su actuación una buena fe manifiesta, pero es indudable que el artículo 1.154 del Código Civil no exige tal requisito, pues únicamente subordina la procedencia de la moderación de la pena a la condición de que la obligación principal haya sido en parte o irregularmente cumplida, por lo que la revocación del pronunciamiento de primera instancia en este punto carece de base legal en la sentencia recurrida, y, por otra parte, si bien la Sala

aprecia incumplimiento total del contrato por parte del actor, no niega determinadamente los hechos en que el Juzgado se basó para tenerlo por cumplido parcialmente. antes bien, al aceptar, aunque sea sustancialmente, el considerando sexto de la sentencia de primera instancia admite que algo se ha hecho en el sentido de mejora o mayor valor de la finca, por lo que su apreciación de incumplimiento total queda reducida a una cuestión no de hecho, sino de derecho o de calificación jurídica, sobre la cual puede resolver esta Sala estimando, como estima el motivo undécimo del recurso:

SENTENCIA DE 24 DE MAYO DE 1948. — *Sucesión procesal.*

El tema fundamental discutido en el recurso versa concretamente sobre prescripción—mejor, caducidad—de la acción revisoria del pago realizado en período marxista de una deuda garantizada con hipoteca, y para el enjuiciamiento de la cuestión debatida en torno al artículo 39 de la Ley de Desbloqueo son antecedentes de hecho, no impugnados en casación: 1.º Que la recurrente, dueña de la finca gravada, por haberla adquirido con posterioridad a la constitución de la hipoteca, pidió al acreedor—Banco Hipotecario—que girase la liquidación de capital e intereses para proceder a la extinción de la deuda en marzo de 1938, en cuya fecha aún no estaba vencida, y practicada la liquidación satisfizo su importe, habiendo sido extendida la liquidación y el recibo de lo pagado a nombre del primitivo deudor, porque, no obstante haber manifestado la recurrente que era ella en aquellos momentos la dueña de la finca hipotecada, no había puesto en conocimiento del Banco la adquisición en el término que señala el artículo 95 de sus Estatutos, ni había inscrito aún a su nombre en el Registro de la Propiedad la transmisión de la finca; 2.º Que el día 9 de marzo de 1940, ya inscrita la transmisión, el Banco demandó de conciliación al primitivo deudor sobre revisión del pago antes aludido, y dentro de los dos meses siguientes formuló la demanda de juicio declarativo contra el mismo deudor originario, solicitando el renacimiento del crédito y de la garantía hipotecaria en la parte correspondiente, previa la aplicación de la Ley de Desbloqueo; y 3.º Que el primitivo deudor no compareció en los autos, pero se personó en ellos espontáneamente la que ahora recurre y contestó a la demanda oponiéndose a la revisión, entre otros motivos, porque en el mes de mayo de 1940, en que comparecía, la acción había caducado, y, previa audiencia y petición del Banco, quedó excluido del pleito por resolución judicial el antiguo deudor, continuándose la tramitación en concepto de partes entre el Banco demandante y la tercer adquirente de la finca como demandada.

Esta injerencia en los autos de quien no ha sido llamado, pero que ha comparecido como titular de la relación jurídica puesta en litigio, por lo que afecta en particular al renacimiento de la garantía hipotecaria al ser aceptada por la parte contraria con desplazamiento del demandado, contra quien fué dirigida la acción, provoca una alteración de litigantes que, una vez aprobada por autoridad judicial, encuadra en el marco de la sucesión

procesal o de cambio de partes; la cual, si bien no está debidamente reglamentada en nuestro Derecho positivo, late y puede considerarse admitida en el artículo 9.º, núm. 4, de la Ley de Enjuiciamiento Civil para casos, como el de autos, en el que existe transmisión, aun a título singular, de los derechos sobre la cosa litigiosa, con reconocimiento por resolución judicial y audiencia de la parte contraria, siquiera en dicho precepto esté regulada la alteración de las partes litigantes con miras solamente a la cesación del Procurador del transmitente del derecho controvertido.

El mero cambio de partes con mantenimiento de la acción ejercitada impone, por virtualidad propia de la sucesión procesal, la aceptación por el interviniente de todo lo actuado en el pleito, cual si la acción hubiera sido dirigida contra él desde su iniciación, y, en consecuencia, solicitada oportunamente la revisión mediante la demanda de acto conciliatorio presentada antes del 11 de marzo de 1940, con secuela de renacimiento de la hipoteca, y entablada dentro de los dos meses siguientes la demanda ordinaria contra el primitivo deudor, los efectos de esta oportuna actuación trascienden al tercer adquirente, que por propia voluntad desplazó en los autos al primeramente demandado, como sucesor de éste en el dominio de la finca hipotecada; no tanto porque, según los artículos 36 de la Ley fundacional del Banco y 95 de sus Estatutos, los procedimientos dirigidos contra el causante para el cobro del crédito perjudicarán al tercer adquirente que no haya cumplido la obligación de comunicar al acreedor dentro de quince días la adquisición de la finca gravada, sino principalmente porque dicho perjuicio le sobreviene por virtud de la aceptación del proceso en los términos en que ya estaba iniciado, y esto basta para mantener el fallo denegatorio de la excepción de prescripción de la acción revisoria, con la consiguiente desestimación de todos los motivos del recurso, en los que a base de que la recurrente hizo saber al Banco que había adquirido la finca al tiempo de realizar el pago de la deuda—no dentro de los quince días siguientes al de la adquisición—y de que la inscripción de su derecho en el Registro constaba ya al ser ejercitada la acción, se pretende que la demanda debió ser dirigida contra ella, y al no haberlo hecho sólo le afectan las consecuencias del proceso a partir de la fecha en que compareció en él, ya extinguida la acción ejercitada; pero aun admitido que por los fundamentos de derecho del recurso la acción debió ser entablada conjuntamente contra el primitivo deudor y el tercer adquirente, si se pretendía el renacimiento de la acción personal contra aquél y el de la acción hipotecaria contra éste, lo indudable es que la falta quedó subsanada por la virtualidad propia de la sucesión procesal, según queda expresado, por lo que son inoperantes en casación las infracciones que el recurso denuncia.

LA REDACCIÓN.

Jurisprudencia sobre el impuesto de Derechos reales

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 15 de abril de 1947.

¿HA DE LIQUIDARSE COMO CONTRATO MIXTO AQUEL EN QUE EL CONTRATISTA SUMINISTRA EN TODO O EN PARTE LOS ELEMENTOS NECESARIOS PARA REALIZAR LAS OBRAS, SI QUEDAN INCORPORADAS A UN TERRENO QUE NO SEA DE SU PROPIEDAD, INCLUSO AUNQUE EN AQUEL CONCURRA LA CIRCUNSTANCIA DE HABITUALIDAD?

Antecedentes.—Al ser presentados en la Delegación Central de Hacienda unos libramientos para abonar obras ejecutadas en el Aeropuerto de Barajas, fueron liquidados aplicando el concepto y número de tarifa correspondiente a "contratos de suministro" al 2,50 por 100, con arreglo a la Tarifa de 1941.

La Sociedad constructora y contribuyente recurrió contra tales liquidaciones, exponiendo que los aludidos libramientos se habían expedido para pagar la construcción de una bancada y una caseta en el Aeropuerto mencionado, y, por lo tanto, el concepto aplicable no era el de "contrato de suministro", sino el de "contrato mixto", cuyo tipo de liquidación en aquella tarifa de 1941 era el de 1,85, ya que contratos mixtos eran los concertados, puesto que la reclamante había aportado los materiales y ejecutado los trabajos personales necesarios para la realización de las obras en el Aeropuerto en beneficio de la Dirección general de Protección de Vuelo.

El Tribunal Central acogió la reclamación, diciendo que, a tenor del texto del artículo 18 del Reglamento, el contrato merecía indudablemente la calificación de contrato mixto, añadiendo que si bien pudiera apreciarse en la Sociedad contratista la circunstancia de habitualidad por dedicarse a la construcción de obras en general, como su propia denominación indica, no podría liquidarse el contrato como compraventa por razón de que la obra ejecutada no quedó incorporada en cosa del contratista y sí en terrenos propiedad del Estado.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 22 de abril de 1947.

EN EL CASO DE QUE SIENDO VARIOS LOS HEREDEROS INTERESADOS EN UN EXPEDIENTE DE COMPROBACIÓN DE VALORES SE IMPUGNE ÉSTA POR UNO DE ELLOS, LA RESOLUCIÓN QUE SE DICTE LES AFECTA A TODOS, PORQUE EL CONTENIDO DE AQUÉLLA ES UNO EN LO FAVORABLE Y EN LO ADVERSO.

LA NOTIFICACIÓN DE LA COMPROBACIÓN ES OBLIGATORIA EN TODO CASO, AUN EN EL SUPUESTO DE QUE EL VALOR SE HAYA FIJADO UTILIZANDO LOS DATOS DEL REGISTRO FISCAL. Y SI BIEN SON ANULABLES LAS LIQUIDACIONES GIRADAS A BASE DE TAL COMPROBACIÓN, PUEDE PRESCINDIRSE DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD POR RAZÓN DE ECONOMÍA PROCESAL, CUANDO ES IMPUGNADA DENTRO DEL PLAZO LA COMPROBACIÓN AL NOTIFICARSE LAS LIQUIDACIONES.

LAS LIQUIDACIONES HAN DE NOTIFICARSE EXPRESAMENTE CUANDO SE HAYA PRACTICADO COMPROBACIÓN DE VALORES,

ES IMPROCEDENTE PRACTICAR LA COMPROBACIÓN VALIÉNDOSE DE LOS VALORES EN VENTA FIJADOS EN VIRTUD DE EXPEDIENTES POSTERIORES A LA FECHA DE DEFUNCIÓN DEL CAUSANTE, Y NO ES TRASCENDENTE PARA EL IMPUESTO EL DECRETO DE 8 DE NOVIEMBRE DE 1941 SOBRE REVISIÓN DE PRODUCTOS DE LAS FINCAS URBANAS NO ARRENDADAS, AUN CUANDO EN VIRTUD DEL MISMO SE HAYAN FIJADO LOS VALORES EN VENTA.

Antecedentes.—En marzo de 1944, y con referencia a una herencia causada en septiembre de 1943, se presentó a la Oficina liquidadora relación de bienes comprensiva de tres mitades de casas valoradas, en junto, en la cifra de veintitantas mil pesetas.

No se aceptó la cifra de valoración que arrojaban los respectivos líquidos impositivos, muy superior a la declarada, sino que se tomaron los valores resultantes de una certificación de la Administración de Propiedades de la provincia, con relación al Registro fiscal de Edificios y solares del ejercicio de 1944, según el cual, y en virtud de expedientes de la Inspección de Hacienda del año 1944, tales casas tenían un valor en venta de 163.600 pesetas.

Este valor fué el que sirvió de base a las liquidaciones practicadas, las que fueron recurridas por uno solo de los varios interesados en la herencia ante el Tribunal provincial, alegando que no había sido notificado el expediente de comprobación; que la Oficina liquidadora no se atuvo a la capitalización de los líquidos imponibles, sino que comprobó, con arreglo a la expresada certificación del Registro fiscal, cuyos datos se refieren al año 1944; que los datos de comprobación tienen que ser referidos a la fecha del fallecimiento del causante, sin que puedan tomarse otros con efecto retroactivo, porque así lo exige el apartado 4) del artículo 82 del Reglamento, al mencionar los recibos de la contribución correspondientes al primer trimestre del año en que falleció el causante de cuya sucesión se trate, y que, por tanto, el liquidador debió atenderse a la capitalización de los líquidos imponibles vigentes al tiempo de la defunción, o sean, los del primer trimestre de 1943.

Los dos argumentos que sirvieron de fundamento a la reclamación fueron desestimados por el Tribunal provincial; el primero, o sea el referente a la omisión del requisito de notificación del resultado del expediente de comprobación, fué desechado, diciendo que a tenor del artículo 85 del Reglamento, la comprobación de valores debe ser notificada en la forma que el artículo 106 del mismo texto prescribe, o sea, en la Oficina liquidadora, y en el caso discutido hay que presumirla realizada, porque hay que presuponer la comparecencia de la parte recurrente en dicha Oficina y, al no comparecer, debe tenérsela por notificada; y en cuanto a la vigencia de los datos comprobatorios determinados en el expediente de investigación instruido en el año 1944, hay que tener en cuenta, dice el Tribunal provincial, que tales expedientes tienen efectos retroactivos con arreglo al Decreto de 8 de noviembre de 1941, de manera que los valores resultantes de los mismos han de aplicarse a partir del momento en que la ocultación se produjo.

Reproducida la cuestión en la alzada ante el Tribunal Central, se reforzó la argumentación en cuanto al punto que acabamos de exponer, diciendo que, de acuerdo con la doctrina del mismo Tribunal en su Resolución de 21 de noviembre de 1944, la comprobación de valores no puede practicarse capitalizando líquidos imponibles o rentas catastradas que no regían en la fecha en que se causó el acto objeto de liquidación, y que el Decreto de 8 de noviembre de 1941 rigió para

la contribución territorial y no para el impuesto de Derechos reales, siendo su finalidad rectificar las valoraciones de las fincas urbanas no arrendadas.

El Tribunal Central empieza en su Resolución por hacerse cargo del problema procesal que plantea el hecho de ser varios los interesados en la comprobación discutida, y dice que su contenido no puede dividirse respecto de unos u otros de los herederos, y, por lo tanto, la Resolución que se dicte tiene que afectarles a todos, incluso a aquellos que no han estado disconformes con los medios de comprobación empleados.

Ha de tenerse en cuenta, sigue diciendo el Tribunal, que el artículo 129, párrafo 5) impone que cuando se practique comprobación de valores, la liquidación que se gire ha de notificarse expresamente, lo cual significa que no puede entenderse, en tales casos, hecha la notificación tácita a que se refiere el apartado 2) del artículo 129 del mismo Reglamento, en relación con el artículo 106 a que alude el fallo apelado.

Por otra parte, si bien la aprobación de la comprobación es un acto administrativo reclamable y a tal efecto ha de ser notificada, siendo este trámite de rigurosa observancia antes de practicarse la liquidación, incluso en el caso de que se hayan utilizado los datos del Registro Fiscal, y si bien, por añadidura, no aparece notificada tal comprobación al ser notificadas las liquidaciones, debe prescindirse de la anulación de éstas por razón de economía procesal y resolver el problema que suscitan las practicadas.

Por último, en cuanto a las otras cuestiones discutidas, dice que no se pueden tener en cuenta datos comprobatorios no contrastados antes de causarse el acto de que se trate, porque el impuesto grava el valor que los bienes tengan el día en que se causó el acto o se celebró el contrato, según dispone el artículo 60 del Reglamento; y en cuanto al Decreto de 8 de noviembre de 1941, dice que fué dictado con vistas a la Contribución territorial y para casos especiales y no es aplicable al impuesto de Derechos reales.

Comentarios.—Solamente merece ser destacada la razonable actitud del Tribunal al prescindir del rigorismo procesal. Si éste, como en la jurisdicción ordinaria ocurre, por ejemplo, se hubiera seguido inflexiblemente, la Resolución no hubiera podido entrar en el fondo del problema planteado. Está claro que con aquel rigorismo por delante

hubiera tenido que declarar la nulidad de todo lo actuado a partir del momento en que se omitió la notificación del resultando del expediente de comprobación, y no hubiera podido, como ha hecho con pleno acierto, analizar el nervio de las cuestiones y decidir sobre los criterios en pugna sostenidos por la Oficina liquidadora y el Tribunal provincial, de un lado, y el reclamante, de otro.

Por lo que a dichos problemas respecta, nada hay que añadir ni quitar.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 22 de abril de 1947.

LA COMPRA DE BIENES MUEBLES POR EL ESTADO ESTÁ SUJETA AL IMPUESTO, SI POR EXISTIR DILIGENCIAS O ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS PUEDE DETERMINARSE EL CONCURSO DE LA OFERTA Y LA ACEPTACIÓN SOBRE LA CAUSA Y LA COSA.

LOS CONTRATOS CELEBRADOS CON POSTERIORIDAD AL 31 DE MARZO DE 1945 ESTÁN SUJETOS AL IMPUESTO, AUN SIENDO VERBALES, CUANDO SU CUMPLIMIENTO REQUIERA QUE CONSTEN POR ESCRITO, Y DEBEN CONSTAR EN DOCUMENTO, AUNQUE SEA PRIVADO, LAS DE CUANTÍA SUPERIOR A 1.500 PESETAS, SEGÚN EL ARTÍCULO 1.280 DEL CÓDIGO CIVIL.

Antecedentes.—Al hacerse efectivo un libramiento del Ministerio de Marina por material suministrado a una de sus dependencias, se giró una liquidación por el concepto "contratos de suministro" a cargo de la Central de Fabricantes de Papel.

Tal liquidación fué recurrida con apoyo en que, a tenor del artículo 6.º, número 5.º del Reglamento del Impuesto, están exentos los contratos verbales cuando su cumplimiento no requiera que consten por escrito, sin que la mera constancia en libros de contabilidad dé lugar a la sujeción. A mayor abundamiento, según el número 8.º del mismo artículo, están exentos los contratos de venta concertados por correspondencia por comerciantes e industriales de artículos propios de su comercio e industria, y los meramente verbales que se celebren en establecimientos o sitios públicos de venta.

Con esta premisa, añade la entidad recurrente que el Ministerio de Marina le hizo por teléfono un pedido de rollos de cinta para tele-

tipos, cuya entrega hizo y extendió la correspondiente factura, originaria del aludido libramiento y mandamiento de pago; por consiguiente, cualquiera que sea la interpretación, amplia o estricta, que se dé a los mencionados apartados 5.º y 8.º del artículo 6.º del Reglamento de Impuesto, el caso tiene que ser incluido en ellos como contrato verbal. Además, y de acuerdo con los artículos 24 y 48 del Reglamento es indispensable, para que el impuesto sea exigible, que la transmisión conste en documento o se refleje en alguna diligencia o actuación administrativa escrita en la que conste el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa, la causa y el precio; condiciones y circunstancias no producidas en el caso debatido.

Al escrito en que se contenían los anteriores alegatos unió la entidad recurrente un oficio del Jefe del Negociado correspondiente del Ministerio de Marina a ella dirigido, en el que se interesaba la entrega al dador de los rollos de cinta pedidos, y la remisión de las oportunas facturas por triplicado.

Unió también una factura por un importe de 1.940,70 pesetas.

Como se trataba de una liquidación de la Abogacía del Estado de la Delegación Central de Hacienda, el recurso fué entablado ante el Tribunal Económico-Administrativo Central, y éste desestimó el recurso.

El artículo 48, apartado 3) del Reglamento del Impuesto, preceptúa, dice el Tribunal, que para que el Impuesto sea exigible en los contratos de suministro y ventas de bienes muebles al Estado, bastará que concurren las diligencias antes expresadas, en las diligencias o actuaciones a que el precepto alude, y éstas, aunque se califiquen de gestión directa, deben considerarse como la manifestación escrita y prueba del contrato. Esto supuesto, del contenido literal del mencionado oficio del Ministerio de Marina se infiere claramente que, en armonía con la índole de los contratos administrativos, el que originó la liquidación impugnada consta en diligencias escritas constituidas por el pedido hecho por dicho Ministerio, por la orden de entrega de los mil rollos de cinta de papel y por las facturas comerciales y la factura guía firmada por el vendedor; de todo lo cual resulta el concurso de la oferta y la aceptación que integran el consentimiento como determinante del perfeccionamiento del contrato, conforme a los artículos 1.258, 1.261 y 1.262 del Código civil.

A todo esto añade el Tribunal que por tratarse de un contrato

celebrado con posterioridad al 31 de marzo de 1945 le son aplicables los preceptos de la Ley del Impuesto de Derechos reales de 17 de dicho mes y año, y, por consiguiente, ha de tenerse presente que en virtud de ella fué modificado el número 5.º del artículo 3.º de la reguladora del Impuesto de 29 de marzo de 1941, esto es, el mencionado número 5.º del artículo 6.º del Reglamento, quedando la exención de los contratos verbales condicionada a que su cumplimiento no requiera que conste por escrito, y en el caso actual—continúa diciendo el Tribunal—se ha estimado necesario por la Administración, representada por el Servicio de Intendencia del Ministerio de Marina, según lo anteriormente expuesto, que la firma del vendedor figure en el expediente referentes a la adquisición realizada, y, además, se trata de un contrato que debe constar en documento, aunque sea privado, por exceder su cuantía de 1.500 pesetas, según el artículo 1.280 del Código civil.

La Resolución termina diciendo que tampoco es admisible que el contrato se haya celebrado por correspondencia, porque la existencia de diligencias escritas excluye la posibilidad legal de semejante calificación.

Comentarios.—Descartamos de ellos, desde luego, lo referente a qué el contrato pueda estimarse hecho por correspondencia, porque tal posición dialéctica nos parece difícilmente defendible. Y prescindimos también de la parte de la argumentación que la Resolución emplea para negar al contrato su condición de verbal, supuesto el hecho de existir diligencias administrativas escritas que hacen que, a tenor del artículo 48 del Reglamento, sea exigible el Impuesto, y nos fijaremos exclusivamente en el extremo que se refiere a la interpretación del actual texto del número 5.º del Reglamento, ya que su interpretación ofrece serias dudas, no esclarecidas plenamente hasta ahora ni por el legislador ni por la jurisprudencia.

La redacción clásica de la exención, contenida en todos los reglamentos hasta el de 1941 inclusive, decía, como es notorio, que gozaban de exención "los contratos verbales mientras no se eleven a documento escrito". Ese texto no ofreció nunca duda alguna de interpretación, pero con arreglo a la ley antes citada, de 17 de marzo de 1945, sufrió una trascendental variación al decir que la exención se dará únicamente "cuando su cumplimiento no requiera que consten por escrito".

Esta redacción es la que dió esa ley del 45 y es la que de ella pasó a la vigente y a su Reglamento, ambos, como es sabido, de 7 de noviembre de 1947, y es el texto que aplica la Resolución de que nos estamos ocupando.

A primera vista, y a tenor de lo que llevamos dicho, parece que el Tribunal se decide a sostener que *solamente* están exentos los contratos verbales cuya cuantía no exceda de 1.500 pesetas, o sea, que parece dar a entender que la expresión "cuando su cumplimiento no requiera que consten por escrito", equivale a lo que el Código civil dice respecto a los contratos superiores a esa cuantía al disponer en el artículo 1280 que "deberán constar por escrito aunque sea privado".

Si la Resolución hubiera dado como razón única, o siquiera fundamental, la de que la cuantía del contrato excede de 1.500 pesetas, su pensamiento hubiera quedado claro y sin sombras en cuanto a que donde el Reglamento dice que la exención se da únicamente "cuando su cumplimiento no requiera que consten por escrito", es como si dijera que tal exención de los contratos verbales no comprende sino a los que no exceden de 1.500 pesetas; pero lo cierto es que no lo dice con esa claridad, porque lo que hace es invocar el precepto reglamentario y añadir que la Administración, representada por el Servicio de Intendencia, exigió que la firma del vendedor figurase en el expediente, y "además"—añade—se trata de contrato que, dada su cuantía, debe constar por escrito, siquiera sea privado, por mandato del Código civil. Lo cual parece indicar no precisamente que esté sujeto por ser su cuantía mayor de 1.500 pesetas, sino porque el adquirente condicionó el cumplimiento a la forma escrita, con lo cual quedó fuera la exención conforme al repetido texto literal del número 5.º.

Sea de ello lo que quiera, es lo cierto que esta Resolución es un paso más que añadir a los ya dados por las de 8 de octubre y 12 de noviembre de 1946 y 22 de abril de 1947 en el camino que conduce a la conclusión, hasta ahora en tela de juicio, que diga que cuando esa Ley del 45, y después la de 1947 y su Reglamento, condicionaron la exención de los contratos verbales a que su cumplimiento no requiera que consten por escrito, quisieron decir que solamente están exentos del impuesto aquellos que no excedan de 1.500 pesetas.

V A R I A

CIRILO MARTÍN RETORTILLO: *El Precario en el Derecho Civil Español*.—Edic. Aguilar. Madrid, 1948.

La virtud más preciada que puede adornar a cualquier escritor—científico o literario—es la de interesar. Y saber ser ameno. Enseñar sin enfado, huyendo de toda afectación.

Para ello precisa espigar en aquellos temas cuyo sólo enunciado capte nuestra atención, sea como una invitación al estudio, a la reflexión.

Abordar, pues, la cuestión que a todos apasiona, de la que hablamos constantemente, pero que, sin embargo, dispersa, se nos ofrece huidiza; concentrarla, presentarla a nuestra consideración limpia, sencilla, meridianamente, es el talento del investigador, virtud cardinal, según dijimos, de todo escritor, de la que puede enorgullecerse D. Cirilo Martín Retortillo.

Así, hace unos años nos sorprendió con "La lucha contra el fraude civil", (ed. Bosch, Barcelona, 1943), título inquietante repleto de promesas como durante nuestra guerra de liberación, atraído por la tremenda realidad de aquellos días, diversos trabajos relacionados con la misma salieron de su pluma, cual ahora ve la luz; discreto y oportuno, éste sobre el Precario, del que, con la brevedad que el tiempo y espacio requieren, nos vamos a ocupar.

* * *

Con un esbozo del Precario en el Derecho antiguo empieza el autor su estudio del mismo; siendo interesante resaltar la opinión de los que entienden que acaso el precario surgió como una forma irregular del

crédito hipotecario, sobre todo en los primeros tiempos en los que no se había dibujado la hipoteca, ya que consistió la institución del precario en que el deudor obtuviese lo que precisaba de su acreedor, a quien, en garantía, le cedía el inmueble, y después dicho acreedor, a petición del deudor, le entregaba la finca, permitiéndole su aprovechamiento desinteresadamente y hasta el momento en que lo consideraba oportuno.

Refiriéndose al Derecho romano de la primera época, dice el Sr. Retortillo que se aprecia bastante unanimidad de pareceres en estimar que el precario no constituyó un contrato propiamente dicho. Era—como dice Sohm—una mera relación de hecho, sin contenido jurídico alguno.

Pero el fino instinto de justicia que caracteriza al pueblo romano bien pronto puso término a esta anómala situación otorgando al concedente el *interdictum* de precario contra el precarista para reclamarle la posesión de la finca cedida. Y ya conformado, es definido por Ulpiano en el Digesto (XLIII, 26, I). Su característica esencial es que la concesión se hiciese a ruego del favorecido, gratuita y revocable a voluntad del cedente.

En el Derecho justiniano, a medida que van desarrollándose otros contratos y se eleva la condición social de los hombres, la institución del precario declina.

* * *

Por lo que respecta a nuestra Patria se aprecia una extraordinaria uniformidad en los autores de la primera mitad del pasado siglo de asimilar el precario al comodato.

Y tal era su decadencia al elaborarse el Código civil que pudo escribir D. Víctor Covián que el Precario romano habrá desaparecido en el siglo XIII. De lo que se desprende que aquellos beneméritos juriscultos (los de nuestro primer cuerpo legal) nunca pudieron pensar en el nuevo concepto del Precario del que—para nuestro autor—tanto se usa y abusa en nuestros días.

Con razón apunta Retortillo que no está en lo cierto Manresa cuando entiende que la primera parte del artículo 1.750 se refiere a la hipótesis del precario, pues si el legislador hubiese querido referirse a ella nada le costaba haberle dedicado un artículo, o, sencillamente, un apartado, para, al menos, marcar la asimilación del precario a otra cualquier figura jurídica.

Tras una relación de opiniones de nuestros más destacados comentaristas del Código civil, cree Retortillo—con Castán—que puede percibirse en dicho cuerpo legal una reminiscencia de la antigua distinción entre el comodato y el precario, pues si se determina el uso de la cosa prestada (comodato propiamente dicho), el comodante no puede reclamarla sino después de concluir ese uso (art. 1.749), mientras que si no se pactó la duración del contrato ni el uso a que ha de destinarse la cosa prestada (precario), puede el comodante reclamarla a su voluntad (art. 1.750).

Alude a continuación a la conferencia que sobre el tema dió Sánchez Román (para el que la *concesión* y la *posesión injusta* son los dos elementos que modernamente le caracterizan), a las ideas de D. Jerónimo González y a la magistral esquematización que del mismo hace Roça Sastre.

Desaparecida la clásica concepción del Precario, encauza el autor sus reflexiones a puntualizar lo que es el mismo en la actualidad, rechazando la—para él—manida frase de constituirlo “toda posesión sin título”.

Y siguiendo a Sánchez Román estima que es anómalo derivar la obligación de restituir sólo de tal estado de *posesión sin título*. Precisa que sea revocada la concesión para que la posesión se convierta en viciosa.

En la concepción moderna—expresa Retortillo—, el motivo originario o creador de la situación que se denomina precario no es la concesión que por afecto o tolerancia daba vida al precario antiguo; la concesión está sustituida por un título inicialmente válido para una posesión civil adecuada al mismo; y la *revocación* del antiguo precario, será sustituida por la caducidad o extinción de aquel título.

* * *

De lo expuesto puede vislumbrarse la posición del autor en tan debatida materia; esto es, inclinando toda su fuerte dialéctica (que dejamos sin desvelar para mayor incentivo del posible lector del Libro) a favor del que—¡oh paradoja!—hemos dado en llamar parte débil: poseedor, arrendatario, inquilino.

Por ello encuentra peligrosa la doctrina—sana, a nuestro juicio—que viene repitiendo nuestro más Alto Tribunal “que, inscrita en el

Registro de la Propiedad a favor de un titular la finca objeto del desahucio, tal inscripción produce, mientras subsista, la presunción de posesión establecida en los artículos 41 de la Ley Hipotecaria anterior y 38 de la vigente, a favor del que tenga inscrito el dominio *a todos los efectos legales*, uno de los cuales es el señalado en el artículo 1.564 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, reconociendo como parte legítima para promover el juicio de desahucio al poseedor real a título de dueño". (Sentencias de 4 de marzo de 1941, 15 de enero de 1946 y 27 de febrero de 1947.)

* * *

Después de una interesante exposición de casos de Precario resueltos por el Tribunal Supremo, de la ordenación del mismo en la ley riuaria, del tránsito a precario del poseedor legítimo, del ámbito del juicio de precario, de la analogía y diferencia de éste con el comodato y otros más que culminan de interés y sugerencias; aboca el autor a la necesidad imperiosa de la regulación de la institución comentada, que, por otra parte, ofrece el contraste que mientras nuestro Código civil no la menciona siquiera, la ley procesal le reserva un procedimiento especial.

Terminamos. Hubiéramos querido ser más extensos. Porque el libro apasiona, remueve cuestiones siempre inconclusas—por su esencia, por la diversa realidad con que se presentan—, inquieta, invita a polemizar.

Y ésta, como al principio dijimos, es su principal virtud.

GINÉS CÁNOVAS

Registrador de la Propiedad.