

# REVISTA CRITICA

DE

## DERECHO INMOBILIARIO

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

---

Año XXIV      Agosto-Septiembre 1948      Núm. 243-244

---

### Arrendamiento de inmuebles

SUMARIO: 1. Conceptos preliminares.—2. Influencias que actúan sobre la legislación de arrendamientos.—3. Clases de arrendamientos.—4. Los sistemas jurídicos históricos del arrendamiento: Examen especial de los sistemas históricos romano, germánico y moderno.—5. Derecho comparado: Consideración especial de los Códigos civiles alemán e italiano y del Código federal suizo de obligaciones.—6. Naturaleza jurídica del arrendamiento en el Derecho español.—7. Repercusiones del arrendamiento en nuestro Derecho sobre el dominio y las facultades del arrendador.—8. Conclusiones y reformas necesarias.

1. CONCEPTOS PRELIMINARES. — Decía el P. Vitoria en una de sus inmortales *Reflexiones*, que, según decía Aristóteles al comenzar el estudio de una cuestión, debía de empezarse por su definición. Sin embargo, hemos de reconocer que definir es muy difícil, y por eso se impone muchas veces, antes de dar el concepto de una institución, haber realizado a fondo el estudio de la misma si no se quiere incurrir en verdaderas tautologías. Por eso tenemos que contentarnos con unos conceptos meramente provisionales, por lo que podemos adoptar con tal carácter los establecidos en nuestro Código civil. Según el artículo 1.543 de este Cuerpo legal, en el arrendamiento de cosas, una de las partes se obliga a dar a la otra el goce o uso de una cosa por tiempo determinado y precio cierto, y en el 1.546 dice que se llama arrendador al que se obliga a ceder el uso de la cosa, ejecutar la obra o prestar el servicio, y arrendatario, al que adquiere el uso de la cosa o el derecho a la obra o servicio que se obliga a pagar.

Mas aquí no vamos a ocuparnos tan solamente del sistema de arrendamiento que define nuestro Código civil, sino que hemos de entender esta expresión en un sentido amplio, comprendiendo debajo de la misma, momentáneamente, los casos de explotación de una

finca rústica o habitación de una urbana por persona distinta del propietario o persona que le sustituye transitoriamente.

2. INFLUENCIAS QUE ACTÚAN SOBRE LA LEGISLACIÓN DE ARRENDAMIENTOS. — Para determinarlas de una manera adecuada, hemos de tener en cuenta los intereses en pugna, el problema económico que se trate de resolver, las razones a que obedece la existencia de la institución jurídica que estamos examinando en cada caso concreto, y por último las perturbaciones producidas por las interferencias de las normas del Derecho público y del llamado Derecho social (1).

a) *Intereses en pugna.*—Son dos, fundamental y esquemáticamente: el del propietario arrendador (2) y el del arrendador no propietario. El primero desea conservar su dominio, mientras que el segundo tiende a adquirirlo a costa de los derechos de aquél. Generalmente, las normas sobre arrendamientos tienen un carácter de transacción en esta pugna, pero, de todas formas, el examen de las legislaciones en el Derecho histórico y comparado nos permite advertir que en un principio existe la propiedad absoluta de la tierra que explota el mismo propietario; después éste comienza a conceder precarios, posteriormente viene el arrendamiento, y luego la enfiteusis, a la que sucede la propiedad del colono (3). Sin embargo, a veces se producen

(1) Creemos que es completamente inadecuada la denominación de Derecho social. Si tal denominación se basa en la existencia de la justicia social es errónea, ya que no es necesario recurrir a la existencia de esta clase de justicia para resolver los problemas para los que es invocada, ya que el patrono que no paga a sus obreros el jornal debido no da a cada uno lo suyo y vulnera, por lo tanto, la justicia conmutativa; en cuanto a la sociedad que no concede a las personas los medios de desenvolvimiento que las otorga el derecho natural, vulnera la justicia conmutativa o la distributiva, según los casos. Si la denominación de Derecho social es adoptada por tener carácter general el problema planteado por las relaciones entre los diversos factores de la producción, habría que llamar Derecho social a todas las instituciones fundamentales del Derecho civil; en tales casos es mejor hablar del Derecho laboral. Muchos de los actuales problemas de que se ocupa actualmente el Derecho social pertenecen más bien al campo de la ciencia de la Política.

(2) La Nomenclatura adoptada en este caso en el texto del artículo no significa que queramos sostener que es imposible que existan arrendadores que no son propietarios, como sucede con los usufructuarios. Tales casos tienen también importancia para nuestro estudio, pero hemos de tener en cuenta que tras de ellos, tarde o temprano, aparece el propietario.

(3) La indicación realizada en el cuerpo del trabajo no mantiene más que una relación, que sin dejar de ser importante no es primordial, con la del desenvolvimiento del derecho de propiedad individual, que ya resulta supuesta, por regla general, para que pueda existir el arrendamiento.

retrocesos en la evolución, como acaeció en los albores del siglo XIX (1).

Cuando las leyes se inclinan a favor del propietario o se sitúan en su justo término, suelen adoptar la figura del arrendamiento con carácter personal; si a favor del arrendatario, el arrendamiento de carácter personal atenuado o con facultades reales, o el netamente real.

Pero reducir los intereses en pugna al esquema que acabamos de exponer no deja de ser arbitrario; primero, porque bajo las figuras de arrendador y arrendatario pueden ocultarse personas en situación muy distinta, y en segundo lugar porque tiene carácter básico el bien común, que es superior a las aspiraciones de una y otra parte. En cuanto a aquello, hemos de indicar que teniendo en cuenta la situación de un caso concreto, puede ser que a diferencia de lo que suele acaecer en muchos otros, el arrendatario no sea la parte más débil, y respecto de lo último interesa tener en cuenta el problema de la estabilidad de las clases directoras en sus países de origen, que haría necesario en algunos casos conceder facilidades para la recuperación de la tierra a los propietarios que quisiesen cultivar sus fincas para evitar su éxodo a las ciudades.

*b) Problema económico que trata de resolver el arrendamiento.*

Es común opinión de los economistas que el ideal para la próspera marcha de la riqueza de un país es que la explotación de las tierras o la ocupación de los edificios se verifique por su propio dueño; pero acaece en algunas ocasiones que ello es imposible, en cuyo supuesto, para evitar la esterilidad de aquéllas o la ruina de éstos, se hace imprescindible arbitrar medios que permitan el cultivo de las tierras y la habitación de los edificios. Por regla general, aun en estos casos los dueños no quisieron perder por completo las utilidades derivadas de sus bienes, que ansiaban recuperar en su día, y por ello surgió el arrendamiento (2).

(1) El retroceso del siglo XIX en el terreno que estamos examinando es muy relativo; quizás fuera mejor decir que se iniciaba la aparición de un nuevo ciclo evolutivo en el cual el propietario lo fué el antiguo arrendatario y enfiteuta, que llegó a ser dueño como consecuencia de las convulsiones de la época.

(2) El Derecho encuentra soluciones a casi todos los casos que se presentan en la práctica. Por eso, cuando el propietario quiere transferir sólo el aprovechamiento transitorio de sus tierras o habitaciones existe el arrendamiento; cuando quiere disponer de él con un carácter más permanente existe la enfiteusis y superficie, y cuando quiere participar en la producción sin ocuparse de la materialidad de ella, conservando sólo la alta dirección de la misma a la cual contribuye, se adopta la aparcería.

c) *Razones a que obedece su existencia en cada caso concreto.*—

Aunque generalmente consideran los autores que los motivos que originan la celebración de un determinado negocio jurídico no tienen trascendencia alguna para el ordenamiento del derecho, a no ser que los mismos se incorporen a aquél mediante su expresión (1), es lo cierto que prescindir de ellos puede conducir en muchos casos a flagrantes injusticias.

Tal sucede en los arrendamientos. Pensemos en la persona que arrienda sus tierras por la imposibilidad absoluta de cultivarlas por sí, como sucede si se trata de viudas, huérfanos y enfermos. Posponer sus intereses a los de un arrendatario con plena capacidad puede entrañar injusticias y resulta contradictorio con las mismas leyes, tan celosas en proteger a aquellos seres desamparados cuando sus intereses no están en conflicto con los de un arrendatario (2).

Por eso, como dijimos antes, resulta absurdo reducir los intereses en pugna a los de arrendador y arrendatario, ya que al comprenderse debajo de estas figuras multitud de casos no iguales, pueden producirse consecuencias inadecuadas (3).

(1) La doctrina jurídica sobre la irrelevancia de los motivos para el negocio jurídico tiene su origen en la moderna doctrina de la causa. Sin embargo, a veces la misma ley se ve obligada a objetivar unos motivos más o menos presuntos para evitar las injusticias. Piénsese en la influencia que dan algunos autores franceses modernos a la moral en la cuestión que estamos examinando en esta nota.

(2) La distinción entre los arrendamientos como recurso y como medio de explotación es clarísima en el orden de la doctrina. El primero tiende a ser el medio estable de aprovechamiento del inmueble, variando tan sólo acaso la persona del arrendatario, mientras que en el segundo la misma situación de renta carece de estabilidad, surgiendo la permanencia de la perduración de la incapacidad del arrendador. En el primero existe una desigualdad entre el arrendador y el arrendatario, que resulta compensada por otras circunstancias en el segundo. En aquél las fincas juegan como medio de colocación de capitales para obtener renta, mientras que en el segundo juegan sólo temporalmente con tal carácter, ya que sigue siendo para el propietario un medio de producción.

(3) Para establecer una justa regulación de los arrendamientos deben de distinguirse los siguientes casos:

1.º Arrendatario capaz propietario frente a arrendatario no propietario.  
2.º Arrendatario incapaz (entendida esta expresión en sentido amplio) propietario frente a arrendatario capaz.

3.º Arrendador no propietario frente a arrendatario capaz.

4.º Arrendador propietario frente a arrendatario propietario de otros inmuebles o que por concurrir características especiales (verbigracia, gran potencia económica) se encuentran en situación de superioridad o igualdad frente al arrendador.

Sólo en el primer caso de los expuestos puede justificarse la desigualdad

d) *Perturbaciones derivadas del campo del Derecho público y del llamado Derecho social.*—Aunque a veces obedecen las razones de esta índole a factores y situaciones que son dignos de tenerse en cuenta, hay muchas veces, principalmente cuando se trata de países en que se admite el régimen demagógico, en que son producidas por cortinas de humo, tras las que se ocultan miras particulares (1).

3. CLASES DE ARRENDAMIENTOS. — Hemos indicado anteriormente que debajo de la figura del arrendador y de la del arrendatario pueden distinguirse multitud de casos. Pero creemos que teniendo en cuenta esta situación de una y otra parte, en relación con los motivos que los impulsan a contratar, cabe distinguir el arrendamiento en dos especies fundamentales; una, que pudiéramos llamar de administración, debido a la imposibilidad física o moral en que se encuentra el arrendador de explotar por sí sus bienes, deseando que dure lo menos posible, y otro, de disposición, cuando el propietario que puede explotarlos por sí no quiere hacerlo y se desprende de sus tierras o edificios en favor de un arrendatario cuyos intereses en este caso son más dignos de protección que en el anterior.

Podríamos igualmente hablar de arrendamientos a corto y a largo plazo, de derecho real y de derecho personal, etc., pero creemos que la clasificación que nos interesa a los efectos de este estudio es la examinada al principio y sobre la cual hemos de volver (D. m.) al final.

4. LOS SISTEMAS JURÍDICOS HISTÓRICOS DEL ARRENDAMIENTO. EXAMEN ESPECIAL DE LOS SISTEMAS HISTÓRICOS ROMANO, GERMÁNICO Y MODERNO.—Ya anteriormente, al ocuparnos de los intereses en pugna, hemos expuesto la síntesis de la evolución histórica que, partiendo de la plena propiedad tiende a conducir otra vez a ésta, pero

de trato en favor del arrendatario, siempre que no existan circunstancias que aconsejen lo contrario (verbigracia, determinados momentos de la coyuntura económica). Sobre los principales casos en que se ven aplicaciones de los anteriores principios en la legislación española.

Cf. de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1935 los artículos 6.º y 1.º, párrafo último; 9.º, párrafo cuarto, y 10, párrafo quinto. De la Ley de 1940, el 2.º, y de la de 1942, los 4.º y 6.º.

En cuanto a los Arrendamientos urbanos, véanse los artículos 1.º y 2.º y la diversificación establecida entre el arrendamiento de viviendas y el de locales de negocios.

(1) El examen de la Historia permite comprobar que las leyes a favor del arrendatario, o surgen para lograr los sufragios de éstos, generalmente más numerosos que los de los propietarios, o bien para evitar perturbaciones de orden público. Ejemplo de esto último es la Real provisión que suprimió las demandas de despojo.

convirtiendo al cultivador o inquilino en propietario, después de haber sido enfiteuta y superficiario por haber poseído el dominio útil (válganos la expresión) de las fincas cuyo dominio directo perteneció al anterior dueño que ha dejado de serlo.

En el Derecho histórico podemos contraponer cuando se trata de la explotación de los inmuebles por persona distinta de su dueño dos sistemas fundamentales. Uno dentro del cual cabe distinguir un arrendamiento personal a corto o a largo plazo, a cuyo lado existen ciertos derechos reales asimilables en cierto sentido a aquél (1), seguido fundamentalmente por el Derecho romano y otro en el que, considerado el propietario como un verdadero señor político, podía exigir de los encargados de la explotación de sus inmuebles una serie de prestaciones que podrían equipararse a los derechos de un soberano sobre sus súbditos, propio del Derecho germano. El primero es un arrendamiento de Derecho privado; el segundo lo es más bien de Derecho público (2). Frente a uno y otro ostenta su fisonomía especial el sistema moderno.

A) *Sistema romano*.—Hemos de distinguir en su exposición las características generales, el estudio del arrendamiento dentro del Derecho romano, su cristalización en las Partidas y sus manifestaciones en el Derecho moderno.

a) *Características generales*.—Podemos señalar como tales:

1.º El reconocimiento del carácter personal del arrendamiento al lado del real de la enfiteusis y superficie, figuras las tres que nos ofrecen dos tipos para la explotación de la tierra por persona distinta de su dueño.

2.º Carácter jurídico privado de estas instituciones.

3.º Adopción de un régimen jurídico completamente distinto para

(1) La característica esencial del sistema romano es la que pudiéramos llamar la adopción del principio de la diversificación, ya que aparecen claramente separados los arrendamientos perpetuos y temporales de los derechos reales de enfiteusis y superficie, y el arrendamiento de derecho público del de derecho privado; especificación que contrasta fuertemente con el confusionismo del Derecho germano, sobre todo en sus primeras épocas.

(2) No queremos decir que en el «corpus iuris» no existan referencias a arrendamientos de carácter público. Lo que queremos indicar es que en el Derecho germánico el arrendamiento está influenciado por las características del derecho de propiedad, que considera ésta como una especie de soberanía, y así, mientras el arrendamiento romano era un contrato celebrado entre partes teóricamente iguales, los «precarias» germanos emanaban de un pacto entre un soberano y sus súbditos.

unó y otro tipo, tendiendo la enfiteusis a la perpetuidad, y el arrendamiento a la transitoriedad.

4.º Supremacía del propietario en todos los casos, ya que aun en la misma enfiteusis no tiene más que un derecho real en cosa ajena.

b) Exposición del Derecho romano. Distinguiremos la *locatio conductio* o arrendamiento propiamente dicho del *ius in perpetuum* y de la enfiteusis.

Comenzaremos por el estudio del arrendamiento temporal cuyo estudio lo realizaremos principalmente a través de varios fragmentos básicos del Digesto. Según el 7, 1, 59, 1 de Paulo: *Sed ad exemplum venditionis, nisi fuerint specialiter exceptae potest usufructuarios conductorem repellere* (1), de lo que se deduce claramente que el usufructuario no estaba obligado a soportar el arriendo anterior a su derecho de usufructo. El derecho de permanencia del colono o del inquilino en el caso de venta resultaba de un pacto que se añadía al contrato de compraventa, es decir, de un *pacta adiecta*, pues en otro caso le estaba prohibido a éste el actuar mediante la acción de arrendamiento contra los adquirentes; así resulta de un fragmento de Gayo en Dig. 19, 2, 25, 1, que dice: *qui fundum fruendum vel habitationem alicui locavit, si aliqua ex causa fundum vel aedes vendat, curare debet ut apud emptorem quoque eadem pactione et colono frui, et inquilino habitare liceat; alioquin prohibitus is aget cum eo ex conducto* (2). En cuanto a la tácita reconducción hemos de recordar un pasaje de Paulo (el 19, 2, 14, del Dig.) que trata de la que se basa en el consentimiento y recoge el parecer de Marcelo, que la niega eficacia si el señor muriese o se volviese furioso; pero este mismo autor habla en Dig. 19, 2, 54, 1 de una *stipulatio poenae* para asegurar la permanencia del arrendatario en el fundo si el arrendador no paga la pena.

De todos estos pasajes que acabamos de citar se deduce claramente el carácter plenamente personal del arrendamiento, que en caso alguno

(1) La traducción del fragmento citado es según Rodríguez de Fonseca: «Y así como en la venta, si especialmente no fueron exceptuadas, puede el usufructuario repeler al que lo arrendó.» Esta traducción es equívoca, ya que resulta incierto el sentido del final del pasaje, que hubiera quedado mucho más claro diciendo «el arrendatario».

(2) Puede traducirse: «El que arrendó algunos frutos del fundo o la habitación, si por algunas causas vendiese el fundo o las casas, debe procurar que el comprador permita también que por el mismo pacto disfrute el colono y habite el inquilino, porque no siendo así, aquel a quien se le prohibió podrá pedirle por razón del arrendamiento.»

surte efectos *erga omnes*, ya que para que puedan existir los efectos del contrato respecto de tercero es necesario recurrir a una estipulación a favor del arrendatario, pues si no el nuevo adquirente parece que no está obligado a respetarle en manera alguna. Esta norma se condensa con toda claridad en la *ley Emptorem* del Código 4, 4, 19: *Emptorem fundi quidem necesse non est stare colonum cui prior dominus locavit nisi ea lege emit* (1).

Pasemos a ocuparnos del arrendamiento perpetuo o indefinido respecto del cual hemos de tener en cuenta que se aplica predominantemente a los predios de las entidades públicas y principalmente a los agri vecigales. Según un conocido fragmento, el 6, 3, 1, pr. del Dig: *Agri civitatum, alii vecigales vocantur, alii non. Vectigales vocantur qui in perpetuum vocantur, id est, hac lege, ut tamdiu pro his vectigal pendatur, quamdiu neque ipsiis, qui conduxerint, neque his, qui in locum eorum successerunt, auferri eos liceat. Non vectigales sunt qui ita colenditur ut privatim agros nostros colendis dare solumus* (2). En el primer caso el 1 del mismo fragmento otorga a los arrendatarios acción real contra los municipios, y los poseedores que el 3 extiende a los arrendamientos por tiempo determinado si no ha concluido éste. Es interesante esta última asimilación, pero no creemos que en modo alguno signifique que se pueda considerar al arrendamiento como derecho real, ya que es muy difícil, por no decir imposible, asignar tal carácter a una relación jurídica que puede desaparecer por la enajenación del predio sobre que recae a tercera persona (3).

(1) Traducido, dice: «El comprador de un fundo no está ciertamente obligado a conservar el colono a quien el dueño anterior lo dió en arrendamiento, si no compró con esta condición.»

Además, conviene tener en cuenta el fragmento de Pomponio de «Dig», 19, 2, 4: «La locación o el precario en esta forma, por el tiempo que quiso el que arrendó o dió la cosa, se acaba por la muerte del que arrendó.» (Es la otra parte del conocido aforismo: «Muerte o venta, quita renta.»)

(2) La traducción es: «Los predios de las ciudades, unos se llaman «vectigales» y otros no. Se llaman vectigales los que se dan en arrendamiento para siempre, esto es, con esta condición: que mientras se pague el tributo, no sea permitido quitarlos ni a los que arrendaron ni a sus sucesores; nó vectigales son los que se dan en arrendamiento del mismo modo que nosotros solemos dar para cultivarlos nuestros propios predios.»

(3) Entre los juristas romanos no se encuentra una clasificación de los derechos reales y personales, la cual se formuló por los romanistas medievales basándose en la distinción de las acciones en «in rem» e «in personam». Teniendo esto en cuenta, debiera de reconocerse el carácter real del arrendamiento en Roma si no existieran otra serie de fragmentos, a varios de los cuales nos hemos referido, de los que se desprende con toda claridad que el



No obstante, hemos de referir lo anterior al fragmento 19, 2, 4, de Pomponio, que dice que la *coatio* no se refiere a estos casos, pues se trata de un arrendamiento o precario cuya duración se deja al arbitrio del que dió el arriendo.

Se ocupa también de la institución que estamos examinando Gayo en 3, 145 (1), y una Constitución de Gordiano (4, 65, 10) (2).

La figura jurídica de que acabamos de ocuparnos fué a su vez el origen de la enfiteusis que de ella deriva directamente. Según Instrucciones 3, 24, 3, se plantean numerosas dudas sobre la naturaleza jurídica del contrato en el que se entrega el disfrute perpetuo de una finca a cambio de una pensión, sobre si se trataba de una venta o de un arrendamiento, y se hace referencia a la ley Zenoniana, que lo consideró como una institución particular. En realidad se trata de un verdadero derecho real, según se deduce del examen de los derechos y obligaciones del enfiteuta.

Como principales derechos de éste podemos señalar:

- 1.º El de disfrutar de la finca.
- 2.º El de mejorar la misma y disfrutar de las mejoras.
- 3.º El de defensa, ya que se le confieren con el carácter de útiles todas las acciones que pertenecen al propietario.

Entre las principales obligaciones del enfiteuta cabe señalar:

- 1.ª La de pagar la pensión.
- 2.ª La de conservar la cosa.
- 3.ª La de notificar las enajenaciones al dueño (3).

El incumplimiento de estas obligaciones llevaba la consecuencia de permitir que el dueño pudiera expulsarle de la finca.

De las enumeraciones que acabamos de realizar se deduce claramente

Derecho romano no atribuyó al arrendamiento las características del «ius in rem».

(1) Según dice este pasaje: «Y es tanto el parentesco entre la compra-venta y el arrendamiento, que a veces se suele preguntar qué contrato hay de los dos; por ejemplo, cuando se arrienda a perpetuidad. Esto se hace en los predios de los municipios, que se arriendan de manera que mientras se pague la renta no se puede quitar el predio ni al mismo arrendatario ni a su heredero. Pero en este caso prevalece la opinión de que hay arrendamiento.»

(2) El tenor de esta ley es el siguiente: desconoce el camino de la verdad, estimando que los herederos del arrendatario no suceden en los arrendamientos, porque si el arrendamiento es perpetuo, se transmite también a los herederos, y si temporal, durante el tiempo de la locación le incumbe también al heredero la carga del contrato.

(3) Era lógica consecuencia del derecho de tanteo reconocido a favor del dueño, que sin estas notificaciones podría haberse visto amenazado.

la consecuencia de que la enfiteusis podía ser considerada como un verdadero derecho real sobre cosa ajena.

También son un derecho real sobre cosa ajena las servidumbres, pero de éstas la separan múltiples diferencias:

1.<sup>a</sup> La posición del titular, ya que la del enfiteuta es análoga a la del propietario, lo cual no sucede en manera alguna con la del titular de las servidumbres.

2.<sup>a</sup> La transmisibilidad *inter vivos* y *mortis causa* del derecho del enfiteuta, cosa imposible en las servidumbres que, a lo sumo, si se trata de servidumbres prediales pueden transmitirse con el predio dominante (1).

3.<sup>a</sup> El enfiteuta tiene una verdadera posesión, mientras que cuando se trata de servidumbres no cabe más que una cuasi posesión.

En cuanto a la distinción entre la enfiteusis y la *locatio conductio* que con ella subsiste, se ve claramente si tenemos en cuenta el carácter personal de ésta y el real de aquélla.

c) *Leyes de Partida*.—Examinaremos por separado el arrendamiento y la enfiteusis.

Hablando del arrendamiento hemos de referirnos a sus clases, la obligación de restitución de la cosa al dueño al concluir el arrendamiento, el principio "*renta quita venta*" y sus excepciones, así como las particularidades que nos ofrecen sobre esta institución las fórmulas notariales contenidas en el título 18 de la Partida 3.<sup>a</sup>

En cuanto a las clases, hemos de decir que atendiendo a su duración, clasificación que es la única que nos interesa desde el punto de vista que hemos adoptado para nuestro trabajo, puede ser por cierto tiempo o de por vida; así la 2.<sup>a</sup> ley del título 8 de la 3.<sup>a</sup> Partida establece que el alquiler o arrendamiento puede hacerse como las ventas y compras, con placer y otorgamiento de ambas partes, y a tiempo cierto o por la vida del que recibe la cosa en alquiler o del que la alquila. Esta misma ley extiende los derechos y obligaciones a los herederos en el caso de muerte y consagra el dogma de la autonomía de la voluntad en la materia que estudiamos.

Referente a la devolución de la cosa al concluir el arrendamiento.

(1) Existe una excepción en cuanto a la habitación al permitir las transmisiones o arrendamientos a título oneroso. En el usufructo existía el derecho de ceder la facultad de percibir los frutos. Pero la consideración de estas instituciones como servidumbres parece ser fruto de interpolaciones.

la ley 18 de los mismos títulos y Partida ordena su realización, y caso de no hacerse habrá que volver el doble. Además, hay que resarcir los menoscabos.

La máxima "*venta quita renta*" es consagrada por la siguiente ley que impone al dueño la obligación de devolver al arrendatario la parte del precio que queda por transcurrir, pero establece dos excepciones:

1.<sup>a</sup> El pacto de subsistencia del arrendamiento entre el vendedor y el comprador, siguiendo el precedente del Derecho romano que hemos ya señalado, y

2.<sup>a</sup> *Quando el uendedor la quiesse logada para toda su vida de aquél a quien la logara, o para siempre, también del como de sus herederos. Ca por cualquier destos casos non la podrían enagenar, para poderle echar della, al que la tenía logada o arrendada: ante dezimos que deue ser guardada la postura.*

La última excepción tiene interés para nuestro estudio, y parece descubrir una incrustación de tipo real en el mecanismo claramente obligacional de esta institución, lo cual sea quizás debido a una inclusión impremeditada e inconsciente de las normas del arrendamiento perpetuo público del Derecho romano.

En cuanto a los formularios notariales contenidos en las leyes 73 y 74 del título 18 de la 3.<sup>a</sup> Partida haremos destacar la obligación contraída por el arrendador expresamente en la carta de no vender, ni enajenar y de defender al arrendatario. En la 74 (arrendamiento de fincas rústicas) éste se compromete a abandonar la finca al concluir el año.

Resumiendo las disposiciones que acabamos de examinar, podemos decir que el arrendamiento de la legislación de Partidas aparece regulado conforme a las normas del Derecho romano, si bien hemos de tener en cuenta que la inadecuada inclusión dentro de las normas del arrendamiento ordinario de otras que son propias del de los predios públicos produce una perturbación en el sistema.

Y pasamos a ocuparnos de la enfiteusis. Según la ley 28 del título 8 de la Partida 5.<sup>a</sup> *Contrato enfitéutico en latín tanto quiere decir en romance como pleyto o postura que es hecha sobre cosa rayz; que es dado a censo señalado para toda la vida de aquel que la recibe, o de sus herederos o según se convenga para cada año.* Seguidamente afirma que este contrato se parece al arrendamiento más que a ningún otro, y seguidamente establece el comiso por impago de la renta (sic).

De este concepto que acabamos de enunciar se deduce que en nuestra legislación de Partidas no aparece una diferencia clara en el aspecto conceptual entre la enfiteusis y el arrendamiento; ya que las diferencias entre una y otra figura se atenúan desde el momento en que existen arrendamientos perpetuos que han de ser respetados por los adquirentes, y a su vez enfiteusis anuales; pero, no obstante, podemos señalar dos diferencias fundamentales:

1.<sup>a</sup> La alienabilidad por el enfiteuta de su derecho, que es reconocida por la ley 29, que exige el aviso al señor por si quiere ejercitar el tanteo dentro de los dos meses siguientes, pasados los cuales puede vender la finca, o, mejor, su derecho a persona de quien el señor pueda cobrar tan fácilmente su derecho como a él. En estos casos el señor tiene derecho a percibir un laudemio del 1/50 del precio; además, en beneficio del mismo, se prohíbe la venta a persona más poderosa que él.

2.<sup>a</sup> La posesión, así como la amplitud del derecho del enfiteuta, ya que conforme a lo dispuesto en la ley 69 del título 18 de la Partida 3.<sup>a</sup>, el enfiteuta ha de tener la cosa de hecho y de derecho, de manera que él y los que de él desciendan *puedan haber y tener la cosa sobredicha y hacer de ella e en ella lo que quisiere, así como de lo suyo, hasta la tercera generación*, para cuya obligación se renovará la escritura.

De todas formas, hay que tener en cuenta que estas características parecen referirse exclusivamente a la enfiteusis a largo plazo, desapareciendo casi por completo las diferencias con el arrendamiento cuando se trata de las que se pactan por espacios pequeños de tiempo.

d) *Derecho moderno*.—El artículo 1.743 del Código civil francés (cuerpo legal que sigue fielmente los dictados del Derecho romano) dice que el comprador no puede expulsar al arrendatario por cierto tiempo si el arrendador no se reservó este derecho. Basándose en este precepto, algunos autores antiguos afirman que se trataba de un derecho real, pero los modernos mantienen una posición contraria.

El artículo 1.597 del antiguo Código civil italiano ofrecía un contenido análogo:

B) *Sistema germano* — Examinaremos las características del arrendamiento dentro de él, los precarios, los feudos, los arrendamientos a largo plazo del Derecho extranjero, el Derecho español medieval y la Novísima Recopilación (si bien hemos de advertir que ésta será

estudiada como transición al sistema moderno dentro del cual debe ser incluida).

a) *Características*.—Son las siguientes:

1.<sup>a</sup> Generalmente tiene una duración indefinida y tiende hacia la perpetuidad.

2.<sup>a</sup> Tiende igualmente a convertirse en una carga real cuando no lo es ya.

3.<sup>a</sup> Su evolución nos describe una marcha lenta hacia la redención de los derechos del propietario en favor del arrendatario.

4.<sup>a</sup> Comporta prestaciones de tipo señorial.

5.<sup>a</sup> Se notan en la institución influencias venidas del campo del Derecho público; no olvidemos que la propiedad es equiparada a la soberanía.

6.<sup>a</sup> Suele tener carácter real. No obstante, en todas las etapas de su historia no debe de negarse la supremacía del propietario, pues la del arrendatario sólo comienza a aparecer en una época relativamente reciente.

7.<sup>a</sup> Deriva del Derecho público.

8.<sup>a</sup> Resulta influenciado por la forma especial de ser de los derechos reales entre los germanos, que admiten los infaciendo.

b) *Los precarios*.—Entendemos por precario, a los efectos de la institución jurídica que estamos examinando, las concesiones de tierras por un señor a determinadas personas que generalmente solían estar debajo de su dependencia. Son tres sus clases fundamentales: los *precaria oblata*, *data* y *remuneratoria*.

En los *precaria oblata* se ofrece la tierra por el señor a cambio del trabajo en otras heredades del mismo u otros servicios, así como de una pequeña contraprestación. En los *data* nos encontramos con el caso inverso, ya que es el colono el que solicita la tierra. Y en los *remuneratoria* se trata de contraprestaciones a servicios prestados al señor.

Intimamente relacionados con los *precaria*, en los que tienen su origen, están:

c) *Los feudos*.—Que pueden ser de las siguientes clases:

1.<sup>a</sup> *Corrientes*.—Ofrece esta institución un doble aspecto real y personal, pues suponen al mismo tiempo que el homenaje del vasallo (con juramento de fidelidad y colocación de las manos cerradas entre las del señor para la prestación de aquél como símbolo de la entrega

total por parte del vasallo) la investidura por el señor a su feudatario del predio enfeudado. Estos predios eran transmisibles, pero no sub-enfeudables; en el caso de que muriese el feudatario dentro del año y día, se realizaba una nueva enfeudación a favor de los descendientes varones de aquél. Para asegurar en estos casos el feudo a los colaterales hubo que recurrir a la enfeudación conjunta.

2.<sup>a</sup> *De servicio*.—Se concedían según las normas del Derecho curtense y no comportaban homenaje; eran inalienables y se otorgaban a favor de personas que ya estaban obligadas a servir al señor.

3.<sup>a</sup> *Con dependencia personal*.—Existía ésta en los feudos puros, en los de servicio y en los *precaria* del Derecho curtense; en estos casos, los litigios que surgieran se sometían a la jurisdicción del señor.

4.<sup>a</sup> *Sin dependencia personal*.—Dentro de este grupo hemos de incluir los *precaria* del Derecho territorial, el arrendamiento temporal, el arrendamiento hereditario o enfiteusis, las concesiones de tierra a censo hereditario y los *precaria* del Derecho municipal o *precarium a weichbild*.

5.<sup>a</sup> *De derecho burguense*.—Se trata, en realidad de un subgrupo del anterior, que ofrece la única especialidad de convertirse pronto en una carga real, despojada en la mayoría de los casos de las prestaciones de tipo señorial.

d) *Arrendamientos a largo plazo en el Derecho extranjero*.—Como principales variedades enunciar el *Beklen-regt*, de Holanda y Jersey (1), el *Erbpacht*, el *Erselei* y el *Calonge de Alsacia* (2).

(1) Tiene su origen en la primera mitad de la Edad Media, en la cual las tierras cultivables se daban para su explotación por diez años, renovables indefinidamente, pasando a ser hereditarios a partir de las turbulencias del siglo XVI. Se parece a la enfiteusis y es indivisible sin consentimiento del dueño, por lo cual, a la muerte del colono, únicamente puede pasar a favor de una sola persona, designada por éste en su testamento, quien ha de indemnizar a los cosucesores y abonar al propietario la «propinem», consistente en un jarro de vino y una merienda. Cabe el comiso por falta de pago de la renta avisando con un año de antelación y esperando hasta la próxima cosecha. Es embargable y ejecutable por los acreedores del arrendatario, pero respetando la indivisibilidad. Solía contratarse bajo licitación pública. Hoy ha caído en desuso.

(2) El «*Erbpacht*» concede al arrendatario el dominio útil de la tierra mediante el pago de una pequeña pensión, siempre en dinero, cuyo no abono durante tres años motivaba el comiso.

El «*Landsidelei*» otorga un derecho real que se renueva en períodos más o menos largos, en los cuales puede aumentarse la renta, y que sólo puede enajenarse en nombre y por cuenta del arrendador y cuya resolución debe pronunciarse por el juez municipal.

Por el «*calonge*», el dueño de un cuerpo considerable de bienes lo distri-

el *Linfoeste* de Dinamarca (1), el *Mainferme*, el *Bail à covenant* y el *Quevaise*, de Francia (2), y el contrato de *livello* del Derecho italiano (3).

e) *Derecho español medieval*. — Examinaremos la regulación contenida en el Fuero Viejo, las leyes de Partida y el régimen de los Foros.

Comenzaremos, pues, por el Fuero Viejo. Regula éste los *solariegos* y *behetrías*, típicos arrendamientos germánicos, transidos de prestaciones personales (como el suministro de bienes al señor y el alojamiento del *devisero*), al lado del *alogamiento*, que recuerda el arrendamiento romano a corto plazo.

buye entre varias personas, a condición de que entre todas ellas le abonen un canon anual. Debe de pagarse *laudemio* al entrar en posesión de las tenencias, que son hereditarias, o al consentir el dueño, que se halla asistido de un derecho de retracto, la enajenación de la finca. La enajenación sin dar conocimiento al señor, y la falta de pago de la pensión, eran motivos de comiso, y cabía la consolidación si el poseedor no dejaba herederos legítimos o testamentarios.

(1) Son arrendamientos de por vida que no permiten subarrendar ni ceder la finca a extraños. Su éxito se debe a que la Ley prohibía a los grandes propietarios cultivar por sí mismos las tierras desmembradas de la casa principal.

(2) El «*mainferme*» consiste en el arrendamiento de una tierra para su cultivo durante la vida del arrendatario y sus herederos mediante una renta anual bastante crecida. En la práctica, tiene un carácter perpetuo.

El «*bail à covenant*», que es propio de la Bretaña, suele durar nueve años y es renovable por periodos de igual duración, previo pago de una comisión estipulada en el contrato, pudiendo el propietario despedir al colono pasado el período convenido, previa indemnización de las construcciones, mejoras y cultivos, pues sólo conserva derecho a recuperar el suelo en su estado natural. El colono puede subarrendar el suelo o vender las construcciones, pero los subarrendatarios y dueños de los edificios son solidariamente responsables como aquél del abono del canon. La demanda de despido puede dirigirse tanto contra el arrendatario como contra cualquier poseedor, pero ha de avisarse seis meses antes de San Miguel.

El «*Quevaise*», ya en desuso, consistía en la concesión perpetua de la explotación de una heredad, a condición de que el arrendatario la ocupe por sí mismo o por sus descendientes directos. Es indivisible y pasa al menor de los hijos, si convivió con su padre hasta el fallecimiento y explotó con él la finca durante año y día. Pasado otro período igual, puede expulsar a sus hermanos. No se admite el subarriendo ni la enajenación sin permiso del dueño, que por concederle hace suya la tercera parte del precio. La renta se paga en frutos y con servicios personales. El arrendatario pierde la finca si la abandona por año y día. Como vemos, esta forma de arrendamiento quizá sea la más típicamente germana.

Existen en Francia otras formas de arrendamiento que pudieran interesarnos, como la mala voluntad de la Picardía, el «*bail à maiterie perpétuelle*» del Limousin, la locación perpetua del Languedoc y la de la Provenza, etc.

(3) Es muy parecido al «*Beklem-Regt*» holandés, y tiende a desaparecer.

En cuanto a la legislación de Partidas, hemos de examinar su concepto de feudo, sus clases, las personas que pueden concederle, el homenaje y la *enuestidura*, las obligaciones del vasallo, la transmisión hereditaria e *inter vivos* del feudo, la extinción de éste y los derechos jurisdiccionales del señor, aparte de otras cuestiones que ofrecen menos interés para el estudio que estamos realizando.

El concepto se encuentra contenido en el título 26 de la Partida 4.<sup>a</sup>, en la ley 1.<sup>a</sup>, que dice que *Feudo es bien fecho que da el Señor a alguno home porque se torne su vassallo, el efaze omenaje de serle leal y toma este nome de fe, que deue siempre el vassallo guardar al señor.*

En cuanto a las clases dice la misma ley que estamos examinando que puede ser sobre villa o sobre castillo u otra cosa rayz que no pueae ser tomada al vassallo y feudo de cámara (*maravedís que ponen cada año en la Cámara regia*). La ley 2.<sup>a</sup> distingue la tierra, *marauedís que el Rey pone a los ricos homes y a los caualleros en lugares ciertos, los honores marauedis puestos en cosas señaladas, que pertenescen tan solamente al señorío del Rey y los feudos.*

Las personas que pueden concederle, según la ley 3.<sup>a</sup>, son los Emperadores, reyes, otros grandes señores, Arzobispos, Obispos y *perla-dós* (éstos de lo que se daba en feudo antes).

Las obligaciones del vasallo están expuestas en la ley 5.<sup>a</sup>, que sujeta a éste a cumplir lo prometido, y si no se determinó, a ayudar al señor en las guerras justas, pero a su vez tenía derecho a que el señor le protegiese.

El *omenaje* y la *enuestidura* son regulados por la ley 4.<sup>a</sup> en forma netamente germánica.

En cuanto a la transmisión hereditaria, la ley 6.<sup>a</sup> sólo la permite a favor de los hijos varones o nietos de este mismo sexo, pero no podía transmitirse más allá, pues, de no existir los indicados parientes, volvía al señor. Según la ley 7.<sup>a</sup>, no podían heredar los padres y hermanos del vasallo. En cuanto a la transmisión *inter vivos*, hemos de tener en cuenta que, según decía la ley 10.<sup>a</sup>, eran éstos inalienables sin permiso del señor.

La ley 8.<sup>a</sup> dispone que pierda el vasallo el feudo por no cumplir el servicio prometido, desamparar al señor en la batalla, acusarle, cometer contra él atentados y agresiones, no ayudarle a salir del cautiverio o encontrarse en el cerco de castillo, villa o fortaleza donde se



halle el señor o su mujer. Ambos pierden sus derechos (es decir, tanto el señor como el vasallo) por matar al hermano, hijo o nieto del otro o por seducir a su mujer, hija o nuera.

La ley 11.<sup>a</sup> sujeta al vasallo a la jurisdicción de su señor feudal, salvo si se trata de cuestiones sobre la pérdida del feudo, en las que han de intervenir unos árbitros feudatarios.

Además de las normas que acabamos de indicar, la ley 3.<sup>a</sup> del título 25 de la misma Partida trata de la *devisa*, del *solariego* y de la *behetría* (1), y la 68 del 18 de la 3.<sup>a</sup> da normas para la redacción de la escritura de feudo.

Pasando al examen de los foros hemos de principiar por distinguirlos en señoriales y enfitéuticos (2). Aquellos que aparecen primero en el orden cronológico, se basan en el Fuero de León, se extienden de *fontes a montes* y desconocen el comiso (excepto el Foro de

(1) He aquí el texto de la Ley: «Que quiere decir devisa, et solariegos et behetria, et que departimiento ha entre ellos. Devisa et solariego et behetria son tres maneras de señorío que han los fijosdalgo en algunos logares segunt fuero de Castiella. Et devisa tanto quiere decir como hereditat que viene al home de parte de su padre, o de su madre, o de sus abuelos o de los otros de quien decende, que es departida entre ellos et saben ciertamente quantos son et quales los parientes a quien pertenesce. Et solariego tanto quiere decir como home que es poblado en suelo de otri, et este atal puede salir quando quisiere de la hereditat con todas las cosas muebles que hi hobiere; Mas non puede aquel enagenar solar nin demandar la mejoría que hi hobiere fecha mas debe fincar al señor cuyó es; pero si a la sazón que el solariego pobló aquel logar rescibió algunos maravedís del señor, o fecieron algunas posturas de so uno deben seer guardadas entre ellos en la guisa que fueron puestas, et en tales solariegos como estos non ha el rey otro derecho ninguno, sino tan solamente moneda. Et behetria tanto quiere decir como hereditat que es suyo quito de aquel que vive en él, et puede rescibir en él por señor a quien quisiere que mejor le faga: et todos los que fueren en señoreados en la behetria puedan hi tomar conducho cada que quisieren, mas son tenudos de lo pagar a nueve días: et cualquier dellos que fasta nueve días non lo pagase, debelo pechar doblado a aquel a quien lo tomo: et es tenudo de pechar al rey el coto que es por cada cosa que tomó quatro maravedís. Et de todo pecho que los fijosdalgo levaren de la behetria debe el rey haber la meytad: et behetria non se puede facer nuevamente sin otorgamiento del rey.»

(2) Los foros señoriales, que constituyen típicos arrendamientos germanos, descansan en preceptos del Derecho público e implicaban un pacto entre una colectividad y su jefe, por regla general. Trataban de atraer brazos a la agricultura en una época en que éstos escaseaban, teniendo la mayoría de las veces las prestaciones un carácter simbólico, pues lo esencial eran los vínculos personales que ligaban al señor con sus vasallos. Los enfitéuticos respondían a los dogmas del Derecho romano y aparecen en una época en que por haberse relajado los vínculos del vasallaje interesaba mejor al señor el aumento de la renta y la recuperación de la tierra pasado un cierto tiempo. Factaban, más que una colectividad y su jefe, dos particulares individualmente, pues desaparecen los foros colectivos.

Fornariz de 1262), pues los que fructifican los terrenos incultos tienen el derecho de *fogo morto*, que les concede el no poder ser arrojados por los señores directos. Comprenden dichos foros el juramento de vasallaje y comportan prestaciones reducidas de tipo señorial a cargo del dueño útil. Las reglas de la enfiteusis comienzan a aplicarse desde comienzos del siglo XIV, época en la que se introduce la temporalidad (las tres voces) (1) y se elevan las rentas. Claro está que estas modificaciones no llegan a tomar carta de naturaleza sin la oposición de los cultivadores, de la cual constituye una manifestación la querrela del Concejo de Santiago de Compostela contra el Arzobispo y Cabildo, que juzgan con arreglo a sus *leis romanas*. En este proceso que estamos examinando nos encontramos con que los señores directos recurren a toda clase de procedimientos para recuperar sus tierras; así, v. g., los benedictinos del monasterio de San Martín, de Compostela, cambian el nombre de sus llevadores de tierras por el de *infatotas*. Pero, no obstante estas añagazas, triunfa la tendencia a la perpetuidad, que se consagra definitivamente al abolirse las demandas de despojo.

f) *Novísima Recopilación*.—Vamos a examinar varias disposiciones de la misma, mejor dicho en ella contenidas, y en las cuales parece iniciarse el sistema moderno que rige en nuestros días.

Según una disposición dictada por Felipe III en Lerma en 1610 para corregir los abusos y daños que se hacían a los dueños de las casas, se dispone la tasación de los alquileres por un Alcalde, Aposentador y Regidor, y se impone al arrendatario la obligación de abandonar la casa a los cuarenta días de concluido el contrato, contados desde la notificación, si se hizo por escribano.

La Real Resolución de Carlos IV de 18 de diciembre de 1804 prohibía los arrendamientos de los bienes de propios por más de un año sin consentimiento del Consejo del Reino. Esto nos permite observar una corriente contraria a la existente en todos los derechos anteriores de que el arrendamiento de los bienes de entidades públicas tuviera carácter perpetuo e indefinido.

La Real Cédula de Carlos III, de 1790, concede libertad a los

(1) Las tres voces consisten en la vida de tres señores reyes y veintinueve años más. Parece ser que esta limitación de la duración de los foros tuvo un origen romanista. En la Ley 69 del título XVIII de la Partida 3.<sup>a</sup> referente a la enfiteusis, se establece ésta pasada la tercera generación.

dueños para pactar los arrendamientos de tierras con sus colonos, e impone a las dos partes contratantes la obligación de avisar con un año de anticipación la cesación del contrato.

Este régimen de libertad es abolido por Carlos IV en una Real Cédula de 1794, que sólo permite recuperar las tierras arrendadas para cultivarlas por sí mismos a los dueños que fueran labradores. Nueva manifestación de la tendencia a la estabilidad que ha caracterizado a los arrendatarios de casi todos los tiempos.

Una Real Orden de Carlos IV, de 1790, obliga a arrendar las casas por meses a los militares si no se encuentran arrendatarios por año, pasada la época en que suelen pactarse los arrendamientos.

Pero lo que tiene más interés es un Auto de Carlos IV, de 1792, sobre arrendamiento de casas en Madrid, cuyas principales normas son:

1.<sup>a</sup> Reconocimiento de la libertad de arrendamiento a favor de los arrendadores, sean dueños o administradores, sin reconocer más privilegio que el establecido a favor de los Alcaldes de Casa y Corte.

2.<sup>a</sup> Transmisión de los arrendamientos a los herederos del arrendatario.

3.<sup>a</sup> Tasa de alquileres en favor de los inquilinos y del dueño.

4.<sup>a</sup> Prohibición de traspasos y subarriendos sin consentimiento de los arrendadores.

5.<sup>a</sup> Reglas sobre anticipos de rentas y devolución de las anticipadas.

6.<sup>a</sup> Obligación de arrendar las casas y de no tenerlas cerradas.

7.<sup>a</sup> No pérdida de las casas por abandonarlas sólo durante una temporada.

8.<sup>a</sup> Pérdida de las mismas por la salida definitiva de la Corte.

9.<sup>a</sup> Prohibición de que una misma persona tenga dos habitaciones.

10. Obligación por el arrendatario de desalojar la casa dentro del término de cuarenta días si la necesita el dueño para su vivienda (o mejor si el dueño se va a vivir a ella).

11. Regulación de los traspasos y cesiones de tiendas.

Como acabamos de ver al examinar este Auto, nos hemos encontrado con una serie de disposiciones que parecen propias de las modernas leyes de arrendamientos, cuya originalidad es, por lo tanto, bastante

discutible (1). Es más, en algunos aspectos puede decirse que es más perfecta que la legislación moderna (2).

Con estas normas, nuestro sistema legislativo hace tránsito al moderno, que pasamos a examinar a continuación.

C) *Sistema moderno*.—Podemos señalar como características principales suyas:

1.<sup>a</sup> *El origen*.—Este es doble, pues surgen de una parte por las perturbaciones engendradas por los movimientos de tipo social, y de otra, de las inquietudes que cristalizan en normas del llamado Derecho social y que en muchos casos guardan íntima relación con los anteriores movimientos.

2.<sup>a</sup> Como lógica consecuencia de lo anterior se ve en la legislación de arrendamientos un medio más de reformar la estructura de la sociedad y de realizar una redistribución de la riqueza.

3.<sup>a</sup> En lo que acabamos de exponer se ve que se tiende a sustraer la legislación de arrendamientos al campo del Derecho civil y privado para someterlos a normas de Derecho público y del llamado Derecho social.

4.<sup>a</sup> Se acentúa la intervención de las autoridades, bien sean de índole judicial o gubernativo.

5.<sup>a</sup> Se sienta la presunción, *iuris et de iure* en muchos casos, de que el arrendatario es la parte más débil, a la que hay que proteger.

6.<sup>a</sup> El arrendamiento, al adquirir el carácter de perpetuo o indefinido o por lo menos una larga duración, tiende a asimilarse a la enfiteusis.

7.<sup>a</sup> Refuerzan la conclusión anterior las facultades de tipo real, que, como los retractos, suelen reconocerse a los arrendatarios.

(1) Vemos, efectivamente, que en los preceptos de la «Novísima Recopilación» se consagra ya la transmisión hereditaria de los arrendamientos, la tasa de alquileres, la prohibición del subarriendo, la de tener las casas cerradas, la de tener dos habitaciones, y se establece la facultad de expulsión del arrendatario cuando el dueño necesita para sí la vivienda.

Cfr. de la Ley de 1937 los arts. 14, 70, 71, 76, 77 y sgs., 118 y sgs., 149, 2.º y la disposición transitoria 23.

(2) Ha dicho Castán, refiriéndose a la anterior legislación de arrendamientos urbanos (tomo III de las «Contestaciones a Notarías», pág. 157), que se inspiraba ésta en un criterio unilateral de protección al arrendatario. Este defecto no existe en la norma de la «Novísima Recopilación», que se sitúan en un plano de imparcialidad y dan a sus normas un carácter de excepción más acusado. Los preceptos que se dictaron en nuestras épocas para favorecer al arrendatario, allí se establecen en provecho de las dos partes, como acaece con la tasa de los alquileres.

Por todo lo que antecede creemos que en muchos casos la palabra arrendamiento tiene el valor de un mero epitafio, pues indica que ha existido uno de aquéllos que ha dejado de ser tal.

5.—DERECHO COMPARADO: CONSIDERACIÓN ESPECIAL DE LOS CÓDIGOS CIVILES ALEMÁN E ITALIANO Y DEL CÓDIGO FEDERAL SUIZO DE LAS OBLIGACIONES.—Vamos a examinar dentro de cada uno de éstos la cuestión del arrendatario en la finca arrendada.

a) B. G. B.—El principio básico que rige en esta materia es el de la subrogación del adquirente en la posición del arrendador, que consagra, § 571, apartado 1.º (1).

Como reglas principales de la subrogación, rigen las siguientes:

1.ª Existe un traspaso de garantías con el arrendamiento, § 572.

2.ª El arrendador enajenante queda como fiador legal de que el adquirente cumplirá sus obligaciones, perdiendo esta garantía el arrendatario, si notificada la venta no denuncia el contrato cuando sea posible, § 571, apartado 2.º

3.ª Eficacia de las disposiciones anteriores de subarrendamiento conocidas por el adquirente, § 573.

4.ª Se reconoce la eficacia de los recibos y negocios concluidos por el arrendatario con la condición anterior, § 574.

5.ª Existe la posibilidad de compensar las deudas del arrendatario y del enajenante frente a los créditos del adquirente en ciertos supuestos, § 575.

6.ª El arrendatario debe de atenerse a las notificaciones del arrendador sobre los cambios de propiedad aunque éstos no existan o sean ineficaces (2).

(1) Dice, traducido al castellano: «Si el arrendador enajena a tercero la finca arrendada después de la entrega al arrendatario, el adquirente se subrogará en el lugar del arrendador en los derechos y obligaciones que nazcan de la relación arrendaticia

El tenor del segundo párrafo de este parágrafo, a que más adelante se hace referencia, es del siguiente tenor: si el adquirente no cumple las obligaciones, el arrendador responderá de los daños y perjuicios que haya de resarcir aquél, como si fuera un fiador que hubiese renunciado al beneficio de exclusión. Si el arrendatario conoce el traspaso de propiedad por notificación del arrendador, quedará éste libre de responsabilidad si el arrendatario no denuncia la relación arrendaticia en el primer término en que la renuncia proceda.

(2) Así resulta del párrafo 576.

El 569 establece la posibilidad de denuncia por los herederos del arrendatario (igual para los del arrendador) en el caso de muerte de éste. El 570 reconoce el derecho de denuncia a favor de militares, funcionarios, eclesiás-

Según se comprueba con la exposición de los datos anteriores, el sistema del B. G. B. es sumamente acertado, ya que garantiza firmemente al arrendatario frente a ventas que arbitrariamente le despojan de su derecho, sin incurrir en las exageraciones de otras legislaciones que creen que para la protección de aquél es necesario suprimir el derecho del arrendador o convertir a éste en un verdadero titular formal (valga la expresión) por pertenecer el contenido del derecho al inquilino o colono.

b) C. F. O.—Dice el artículo 259, refiriéndose al alquiler (1) que si después de la conclusión del contrato el arrendador enajena la cosa arrendada, o cuando le ha sido embargada por efecto de ejecuciones o de quiebras, el arrendatario no tiene el derecho de imponer al tercer adquirente la continuación del arriendo, a menos que este último se haya obligado a ello; solamente puede exigir del arrendador la ejecución del contrato o los daños y perjuicios. Sin embargo, en los arrendamientos de inmuebles, y a menos que el contrato no permita rescindirlos inmediatamente, el tercer adquirente debe de respetar el arrendamiento hasta el más próximo término legal de denuncia, y se presume que ha asumido la continuación si no lo denuncia. Se exceptúan las reglas especiales concernientes a la expropiación por causas de utilidad pública.

Importancia excepcional, dado el sistema que se adoptó en el artículo 2.º de nuestra Ley Hipotecaria, tiene el artículo 260 del Cuerpo legal que estamos examinando, en el que se dispone que las partes pueden estipular la anotación del arrendamiento de los inmuebles en el Registro de la Propiedad. Esta anotación obliga a todo adquirente

ticos y funcionarios judiciales en caso de traslado para el primer vencimiento en que sea admisible.

En cuanto al arrendamiento de uso y disfrute, hay que tener en cuenta que el párrafo 581, en su apartado 2.º, ordena la aplicación de las disposiciones del alquiler en lo que no resulten contradichas por los párrafos 582 a 597.

El párrafo 595 dice que en caso de duración indeterminada la denuncia sólo se admite para el fin del año, y debe de efectuarse, lo más tarde, el primer día laborable del semestre a cuya expiración debe de tener fin. El 596 niega este derecho de denuncia al arrendatario.

(1) El C. F. O., al igual que el B. G. B., como hemos visto antes, distingue los arrendamientos de predios que no producen frutos o en los cuales el arrendatario no ha de aprovecharlos, de aquellos casos en que se pacta también el aprovechamiento. (Alquiler y arrendamiento de usos y disfrute.) Nuestro Código civil, con técnica más imprecisa, sólo distingue los arrendamientos de predios rústicos y urbanos.

a respetar al arrendatario, en conformidad con el arrendamiento, el goce de la cosa pactada.

Si comparamos los preceptos que acabamos de examinar con los de otras legislaciones, comprenderemos las enormes ventajas que ofrecen sobre aquéllos, pues no contienen agravio alguno para los derechos del arrendador y del arrendatario (1), a los que mantienen de manera firme en sus respectivas posiciones.

En cuanto al arrendamiento de disfrute, hemos de decir que el artículo 281 reproduce literalmente el artículo 259, que antes hemos transcrito, salvo el segundo párrafo, en el que establece que siempre, a menos que el contrato no permita rescindir el arrendamiento lo antes posible, el tercer adquirente debe de observar, dando aviso, el plazo de seis meses fijado por la ley, y se presumió que ha asumido la continuación del contrato si no lo denuncia.

El artículo 282 dice que el arrendamiento de disfrute puede ser anotado en el Registro de la Propiedad, lo mismo que el alquiler.

c) C. c. i.—Según el artículo 1.602, el tercer adquirente está obligado a respetar el arrendamiento existente en el día de su adquisición, con los derechos y obligaciones derivados del contrato de arrendamiento. Para que el tercer adquirente pueda despedir al arrendatario es preciso que así se pacte en el contrato de arrendamiento; por eso vemos en el artículo 1.603 que si se ha convenido que el contrato puede resolverse en el caso de enajenación de la cosa arrendada, el adquirente que quiera valerse de tal facultad debe de dar aviso al arrendatario, respetando el término del preaviso establecido en el segundo párrafo del artículo 1.596. En tal caso, el arrendatario, advertido, no tiene derecho a la indemnización de daños y perjuicios, salvo pacto en contrario. Esta facultad no puede ejercitarse en los casos de venta con pacto de retro, según, se desprende del artículo 1.604 (2).

(1) En el C. F. O. no se le impone al arrendatario, como sucede en otras legislaciones, la irrenunciabilidad de sus derechos, y se facilita la recuperación de la finca por el propietario que la adquirió del arrendador sin necesidad de crear una complicada regulación para determinar las circunstancias en las que el nuevo adquirente puede expulsar al arrendatario, sin desconocer por eso la firmeza de los derechos de éste. La anotación del arrendamiento resulta mucho más lógica que la inscripción establecida por nuestra ley Hipotecaria.

(2) Determinar las normas vigentes en el Derecho italiano en nuestros días es sumamente difícil, pues nos encontramos en un período de tran-

6. NATURALEZA JURÍDICA DEL ARRENDAMIENTO EN EL DERECHO ESPAÑOL.—Para determinar cuál sea la de los arrendamientos de los inmuebles dentro de nuestro ordenamiento jurídico, creemos que debe de empezarse por distinguir cuatro supuestos, según que se trate del régimen puro del Código civil o bien hayan sido inscritos aquéllos en el Registro de la Propiedad, o sean arrendamientos sometidos a la legislación especial de los rústicos, o ya a la de los urbanos.

A) *Naturaleza jurídica del arrendamiento en el Código civil.* Es regla básica en este Cuerpo legal que el arrendamiento no tiene transcendencia alguna respecto de terceros, pues como dice el artículo 1.549: "Con relación a terceros, no surtirán efecto los arrendamientos de bienes raíces que no se hallen debidamente inscritos en el Registro de la Propiedad." Concordando con este precepto, establece el 1.571 que el comprador de una finca arrendada tiene derecho a que termine el arriendo vigente al verificarse la venta, salvo pacto en contrario y lo dispuesto en la Ley Hipotecaria. Si el comprador usare de este derecho, el arrendatario podrá exigir que se le deje recoger los

sición por estarse realizando la revisión de la legislación fascista. En el año 1945 se dictaron leyes sobre aparcería y arrendamiento de habitación, comercio e industria. Aquí nos interesa principalmente el aspecto técnico del último Código civil italiano.

El artículo 1.596, en su párrafo 2.º, dice que el arrendamiento sin determinación de tiempo no cesa si antes de la decadencia establecida en las normas del artículo 1.576 una de las partes no comunica a la otra la denuncia en el término fijado por las norma corporativas, o, en su defecto, en el determinado por las partes o en los usos. (Hemos de tener en cuenta que las disposiciones del Código civil que hacen referencia a las normas corporativas se encuentran derogadas, así como aquellas otras en que dominan los principios de raza.)

Según el artículo 1.604, el comprador con pacto de retro no puede ejercitar la facultad de expulsar al arrendatario cuyo derecho concluyó si su adquisición no ha venido a ser irrevocable por la decadencia del término fijado para el retracto.

En cuanto al «affitto», dentro del cual se encuentra el arrendamiento de fincas rústicas (y que podemos equiparar, por lo menos en cierto modo, al arrendamiento de uso y disfrute), vemos que el artículo 1.616 regula la cesación de los arrendamientos por tiempo determinado, estableciendo la necesidad de un congruo preaviso.

En el 1.626 se consagra la máxima «muerte quita renta» y se dispone que en estos casos ha de avisarse por el arrendador de que va a cesar el contrato con seis meses de anticipación y dentro de los tres siguientes a la muerte del arrendatario. Si se trata de un fundo rústico, la despedida debe de realizarse para la conclusión del año agrícola.

El artículo 1.625 se ocupa de la rescisión del contrato en caso de venta. Si se ha pactado, se aplicarán las disposiciones del artículo 1.616. Si el fundo es rústico, el plazo es de seis meses y la despedida tiene lugar al final del año agrícola.



frutos de la cosecha que corresponda al año agrícola corriente, y que el vendedor le indemnice los daños y perjuicios que le causen.

De estos preceptos y de otros que no juzgamos necesarios consignar, como v. g., los que hacen referencia a la duración del arrendamiento, se deduce la naturaleza personal de éste (1). Forma nuestro Código civil en el grupo de aquellas legislaciones que se inclinan resueltamente a favor del propietario en la lucha de intereses que se pone de manifiesto con ocasión de este contrato, y, es más, quizás sea la legislación que más se inclina a su favor, ya que la mayoría de las otras suelen obligar a que el tercero respete la relación arrendaticia, aunque sea con las limitaciones que lo hace el C. f. o. Con tal sistema, nos referimos al de nuestro Código civil, puede llegarse en algunos casos a verdaderas injusticias, por lo cual ha sido muy censurado por la doctrina que criticaba acerbamente la posibilidad de que el dueño arrendador enajenase su finca para evitar el cumplimiento del contrato (2).

B) *Naturaleza jurídica del arrendamiento inscrito en el Registro de la Propiedad.*—Es harto conocido el pasaje de la exposición de motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, que se ocupa de la inscripción de los arrendamientos (3) y que concluye con la afirmación de que al permitirla se ha introducido un nuevo derecho real.

(1) Cfr. los arts. 1.453, 1.546, 1.547, 1.554-6, 1.565-7, 1.569, 1.570, 1.574, 1.577 y 1.581 del Código civil.

(2) Es muy difícil que el dueño se desprenda de sus bienes sólo por chasquear al arrendatario, a no ser que se trate de un arrendamiento muy oneroso. El sistema del Código civil es lógica consecuencia de la naturaleza claramente personal que se atribuye al arrendamiento. No impide nuestro Código civil que el arrendatario que perdió el aprovechamiento de la finca pueda solicitar del arrendador una indemnización de daños y perjuicios cuando éste vendió la finca, y así resulta de las normas generales sobre obligaciones; lo que sucede es que en la práctica los arrendatarios no solían exigirla.

(3) Dice así: Ni los arrendamientos por largo espacio de años, ni aquellos en que se hayan hecho considerables anticipaciones, son generadores de un derecho real, quedando siempre limitados a una obligación personal. De aquí ha dimanado la doctrina jurídica de que sólo el que adquiere el dominio en virtud de un título universal está obligado a respetar el arrendamiento hecho por su antecesor, pero no el que lo hace por títulos singulares. Las circunstancias particulares que concurren en estos arrendamientos, los gastos a que suelen comprometer a los arrendatarios y la protección debida a la buena fe, clave del crédito, exigen que acerca de este punto se modifique el derecho antiguo. Ya se había encargado la práctica de ir allanando el camino para la reforma, convirtiendo, contra los cánones recibidos, en una especie de derecho real los arrendamientos de que se tomaba razón en los Registros de Hipotecas. Y es que cuando el derecho escrito o la doc-

Para ver si en realidad al arrendamiento inscrito se le puede reconocer semejante carácter, es necesario ver si se dan las características morfológicas y dinámicas de aquél (1).

Comenzaremos por las morfológicas:

1.<sup>a</sup> *Sujeto pasivo*.—No cabe duda alguna de que existe un sujeto pasivo determinado, al igual que en todas las obligaciones, por la existencia de un arrendador y un arrendatario recíprocamente obligados, dado el carácter colateral del contrato. El problema aparece al considerar si debe de admitirse que existe un sujeto pasivo indeterminado. Pueden invocarse como razones a favor de su existencia:

a) La acción directa (valga la expresión), que el artículo 1.560

trina legal no alcanza a satisfacer una necesidad, se encarga la costumbre de llenarla; y cuando esto acontece, toca al legislador convertir en ley y dar forma y regularidad a lo que es ya una necesidad reconocida. De este modo, sin perjuicio del dueño, que al enajenar y traspasar una finca no pretende burlarse de las obligaciones que contrajo con el conocimiento de una obligación de que es sucesor, se salvan los justos derechos de los arrendatarios en los casos que en el proyecto se prefijan.

La Comisión no debe ocultarlo: en ellos ha establecido implícitamente un verdadero derecho real.

(1) Don Jerónimo González, en sus explicaciones de la cátedra del Doctorado de Derecho que trata de Estudios superiores de Derecho Privado, clasificó las características de los derechos reales en morfológicas y dinámicas, según diferenciaran éstos en su estructura o en su desenvolvimiento.

En el primer aspecto distinguía los derechos reales por su sujeto (hay además uno pasivo indeterminado), objeto, contenido (el de los derechos reales es esencial a la sociedad humana), adherencia de la facultad jurídica a la cosa, variedad de tipos (*numerus clausus* de los derechos reales y *apertus* de las obligaciones) y papel que desempeñan las personas (donde entra la cuestión de los terceros y que se relaciona con el sujeto).

En el segundo señalaba como notas de los derechos reales el nacimiento (para los derechos reales se habla en nuestra técnica jurídica de un título y un modo), modo de hacerse efectivo (generalmente en el incumplimiento de las obligaciones hay que buscar un sustitutivo de la prestación incumplida, mientras que en los derechos reales cabe la acción directa sobre la misma cosa), manera de desenvolverse las acciones (característica que tiene gran importancia para la crítica de las teorías obligacionistas de los derechos reales), prioridad (las facultades jurídico-reales se rigen por el principio *prior in tempore potior in iure*, mientras que para las obligaciones hay que establecer un complicado sistema en los casos de concursos y quiebras), carácter altruista y social de las obligaciones y egoísta de los derechos reales (ya que mientras las primeras presuponen otra persona en íntima relación, los segundos conceden a su titular una posición que parece independiente por completo), modificación, transmisión, división, duración (los derechos reales tienden a la perpetuidad, mientras que las obligaciones llevan en sí el germen de muerte) y extinción. No podemos precisar ni exponer con más detenimiento las ideas del ilustre jurista, pues nos llevaría demasiado lejos.

del Código civil reconoce al arrendatario contra el perturbador, si la perturbación es de mero hecho.

b) La posibilidad de oponerse al arrendamiento al tercer adquirente, según el artículo 1.549.

De estos preceptos que acabamos de citar se deduce la posibilidad de admitir, por lo menos dentro de ciertos términos, un sujeto pasivo indeterminado con carácter general, además del sujeto pasivo concreto existente en la relación obligatoria de tipo arrendaticio (1).

2.<sup>a</sup> *Objeto*.—Parece que el arrendamiento en estos casos no ofrece esta característica, ya que en realidad el objeto no lo es la cosa sobre la cual ha de recaer la actuación del arrendatario sino la prestación del disfrute o uso de la cosa por el arrendador, según se deduce entre otros preceptos del artículo 1.554, en su número tercero, que no puede estimarse en manera alguna que deje de regir por el hecho de la inscripción, la cual no tiene de ninguna forma la eficacia jurídica necesaria para variar el objeto de la facultad del arrendatario.

3.<sup>a</sup> *Contenido*.—En realidad, la no existencia de este requisito se ve claramente si tenemos en cuenta lo que acabamos de exponer. Además, el arrendamiento no deja de adolecer de cierta artificiosidad frente al carácter natural de la propiedad; por eso la sociedad no podría existir sin ésta, pero sí aunque no existiesen los arrendamientos (2).

4.<sup>a</sup> *Variedad de tipos*.—Esta característica no tiene en nuestro Derecho una gran importancia, ya que no rige el dogma del *numerus clausus*, por lo que la naturaleza real de una institución se deduce del examen del resto de las características distintivas, que, como estamos

(1) La existencia del sujeto pasivo, a pesar de las afirmaciones realizadas en el texto, no deja de ser algo discutible; pero hemos de tener en cuenta que por la inscripción el arrendatario que inscribió disfrutará siempre de protección con tal carácter, aunque el dueño perdiera su propiedad por anularse su derecho o declararse judicialmente la inexistencia, pues juegan a tal respecto los principios hipotecarios, por existir la inscripción, y debido a ello puede hablarse de un sujeto pasivo indeterminado.

(2) Nadie ha discutido la existencia de la propiedad, sino únicamente si ésta debía ser individual o colectiva, pues viene determinada por las necesidades de la vida, ya que el simple consumo de un fruto es un ejercicio del *ius abutendi*. En cambio, el arrendamiento (usando esta expresión en sentido estricto) supone un desenvolvimiento avanzado dentro de un sistema capitalista, descansando por regla general en la existencia de un signo monetario, aunque el precio se puede pactar también en especie.

viendo, por lo menos en su totalidad, no parecen reunirse en este caso (1).

5.<sup>a</sup> *Adherencia*.—No existe de manera clara y definitiva una relación directa entre el arrendatario y la cosa con carácter autónomo, ya que aquél es un poseedor en nombre del arrendador, que le ha concedido el disfrute del inmueble (2).

6.<sup>a</sup> En cuanto al papel que desempeñan las personas, sí que se asemejan a los derechos reales, pues, debido a la inscripción, estos derechos surten respecto de tercero los mismos efectos que si tuvieran un carácter jurídico real (3).

Resumiendo, podemos decir que de las características morfológicas de los derechos reales sólo existe la que exige un sujeto pasivo indeterminado y la que da valor a la situación de los terceros, lo cual puede bastarnos para negar que el arrendamiento, en este caso, haya de ser considerado como un derecho real.

Tampoco se dan las características dinámicas:

1.<sup>a</sup> El arrendamiento surge de un contrato, sin que sean necesarios los requisitos del artículo 609, sin que obste a ello que exista la inscripción, ya que ésta juega única y exclusivamente a los efectos de oposición a terceros (4).

(1) La no adopción del *numerus clausus* en nuestro Derecho se deduce del núm. 2.º del art. 2.º de la L. H. y del 7 R. H., si bien los actos o contratos que creen la nueva figura jurídica han de procurar que esto tenga una trascendencia real inmediata, según se desprende de los artículos 98 de la Ley y 9 del Reglamento. De los artículos 7 y 8 del R. H. pudiera desprenderse la consecuencia de que lo esencial a los efectos de la registración es la existencia de efectos, o mejor, repercusiones reales, aunque no se trate de un *ius iurem*; en este sentido es admisible la inscripción de los arrendamientos.

(2) El arrendatario aparece como instrumento posesorio del arrendador y por ello su inmediatidad en relación con la cosa es económica y no jurídica.

(3) No deja de ser exacto el que los terceros han de respetar el arrendamiento inscrito como si se tratara de un derecho real; pero esto no quiere decir que en manera alguna se les deba de reconocer tal carácter; si así fuera, la inscripción de los arrendamientos tendría un carácter constitutivo, al no existir esta nota en el arrendamiento no inscrito. El papel que juegan los terceros es una consecuencia de la publicidad registral y no de la naturaleza del arrendamiento, pues hay casos en que la publicidad garantiza derechos personales o acciones que tienden a hacerlos efectivos, generalmente por medio de acciones preventivas. Lo que acaece es que la ley no se mostró muy técnica al garantizar los arrendamientos por medio de la inscripción.

(4) Como acabamos de indicar en la nota anterior, podría sostenerse en este caso que la inscripción era el modo de darle carácter constitutivo.

2.<sup>a</sup> En el caso de incumplimiento, no se puede hacer efectivo de la misma forma que los derechos reales, aunque el arrendatario pueda dirigirse contra las perturbaciones de mero hecho (1).

3.<sup>a</sup> Las pretensiones de un arrendatario no pueden confundirse de manera alguna con las de un titular de un derecho real, v. g., con las de su usufructuario, que es el derecho real que más se parece al arrendamiento (2).

4.<sup>a</sup> No rige el principio *prior in tempore, potior in iure*, que decide la prelación entre varios derechos reales (3).

5.<sup>a</sup> El arrendamiento tiene el carácter social de las obligaciones, ya que existen dos partes transidas de derechos y deberes, sin que aparezca la nota egoísta de los derechos reales (4).

Però resulta absurdo el conceder a la inscripción la virtud de cambiar la naturaleza jurídica de las instituciones, lo cual, por otra parte, es peligroso.

(1) Sólo se concede en nuestro Derecho al arrendatario frente al arrendador la acción de arrendamiento que tiene carácter personal, sin que pueda atribuirse importancia alguna a la protección contra los perturbadores de mero hecho que puede invocar el arrendatario. A veces, no obstante, puede reconocerse al arrendatario una protección cuasi-real como consecuencia de la legitimación registral. Valga la terminología.

(2) La pretensión del usufructuario tiende a lograr el disfrute; la del arrendatario, a que el arrendador le permita el mismo y le coloque en condiciones de que le sea posible.

(3) No obstante, en cuanto a los derechos personales o de obligación, cf. 1924.3.º C. c. Los casos en que en los derechos de obligación o personales se aplica la regla *prior in tempore, potior in iure*, deriva ésta de la impenetrabilidad o incompatibilidad de los derechos en conflicto.

En el caso de un doble arrendamiento, parece lo más lógico atender a la buena fe de los diversos arrendatarios, a cuyo efecto la inscripción en el Registro tiene un valor capital. En el caso de que no haya buena fe debe darse preferencia al arrendamiento inscrito sobre el que no lo está, por el juego del principio de publicidad. Este lleva también la presunción de buena fe a favor del que inscribió según el artículo 34 de la L. H. En el caso de no tratarse de arrendamientos inscritos habrá que aplicar las normas generales del derecho de obligaciones. Si los dos arrendamientos se hubieran pactado al mismo tiempo por contratantes de buena fe (v. gr., uno contrata con el dueño y otro con su apoderado) que no han inscrito, existiría una laguna de la ley que el Juez tendría que llenar por imperativo del artículo 6.º del Código Civil.

No cabe que dos arrendamientos sean inscritos sobre la misma finca, salvo que ésta conste dos veces inscrita en el Registro. Si se presentan dos arrendamientos en éste al mismo tiempo para su inscripción habrá que estar a las normas hipotecarias que se ocupan de la presentación simultánea de títulos Cf. sobre el objeto de esta nota artículo 62 de la Ley de 1935 de Arrendamientos rústicos.

(4) Es un poco exagerada, dentro de las normas del Derecho moderno, la afirmación de que las obligaciones tienen carácter social y no los

6.<sup>a</sup> Se modifica de manera distinta de los derechos reales (1).

7.<sup>a</sup> La transmisión se realiza de forma distinta a la de los derechos reales, ya que el subarriendo y la cesión obedecen a puros preceptos de derecho de obligaciones (2).

8.<sup>a</sup> La divisibilidad está sometida a las normas del artículo 1.148 (3).

9.<sup>a</sup> No tiende a la duración indefinida, pues los preceptos de la Ley Hipotecaria parecen descansar sobre la base de la existencia de un plazo (4).

10. En la extinción se aplican las causas de las obligaciones (5).

Después de examinar las características de los derechos reales que son y no son aplicables a los arrendamientos inscritos, creemos que podemos concluir afirmando que las facultades del arrendatario no implican en manera alguna atribuciones de carácter real, y que se trata de un derecho de tipo personal, que adquiere un carácter absoluto en virtud de la inscripción (6).

C) *Naturaleza jurídica de los arrendamientos rústicos que se rigen por la legislación especial de esta materia.*—Para examinarla de

derechos reales. Por otra parte, en el clásico Derecho civil de los Códigos se concedía más trascendencia social a los derechos reales que a las obligaciones al imponer a aquéllos una reglamentación coactiva y abandonar las segundas a la autonomía de la voluntad. La alterabilidad se nota también en los derechos reales, de la misma manera que en las obligaciones; así, en el estudio del usufructo se centra todo en los derechos y deberes del usufructuario y del nudo propietario; lo mismo acontece con el uso y la habitación, la enfiteusis, los censos y las servidumbres.

(1) Cf. C. c., 1.569, 3.º y 4.º. Además, v. notas (4) y (5) de la pág. 522.

(2) Cf. sobre esto, 13 de R. H., en donde se ve que la terminología indica referencia a obligaciones. No obsta que se prohíba el subarriendo para negar el carácter personal del arrendamiento, por parecer indicar que la cualidad del arrendatario no es básica; hoy día se permite la transmisión pasiva de las obligaciones en multitud de casos.

(3) Nuestro Código Civil regula el arrendamiento como derecho personal y como contrato, y no existiendo razones en contra, ha de acudirse a las normas generales de las obligaciones.

(4) El artículo 2.º, núm. 5.º, parece presuponer la duración determinada quizás porque la indefinida juzgaban no estaba muy de acuerdo con la publicidad y determinación hipotecarias.

(5) Aquellas que son compatibles con la naturaleza de los derechos de las partes, ya que no puede admitirse en manera alguna una compensación de los derechos de disfrute del arrendatario porque éste tenga deudas contra el arrendador o éste sea a la vez arrendatario de aquél.

(6) La diferencia entre los derechos reales y los absolutos es la de especie y género; ambos pueden hacerse efectivos contra toda persona, pero los últimos pueden recaer sobre los más variados objetos como relaciones de familia.

una manera adecuada, hemos de ver si se dan las características propias de los derechos reales, así como las diferencias y analogías que existen con la enfiteusis y con el usufructo adquirido por título oneroso *inter vivos*, que son los dos derechos reales que más se asemejan a la institución que estamos examinando. Comenzaremos por el examen de las analogías y diferencias con los derechos reales antes mencionados, dejando para el final el ver de manera sucinta si reúne los caracteres de los derechos reales.

Veamos ahora, por lo tanto, las analogías y diferencias que tiene con la enfiteusis, cuestión que estudiaremos desde el punto de vista del contenido de ambas instituciones. A este efecto hemos de considerar por separado los derechos del censalista, a los cuales hemos de equiparar los del arrendador, los del enfiteuta, a los cuales asimilaremos los del arrendatario, y por último los que son comunes a ambas partes.

a) *Derechos del censalista*. — Son fundamentalmente los siguientes:

1.º *La pensión*. — A ella puede equipararse en cierto modo la renta que satisface el arrendatario, renta que a partir de 1942 se estipula en especie, aunque haya de pagarse en dinero. No diferenciamos la pensión de la renta, atendiendo al título a que obedece su existencia, pues sería hacer supuesto de la cuestión (1).

2.º *Laudemio*. — No existe ningún derecho del arrendador que se le pueda equiparar, ya que el arrendamiento de fincas rústicas no es transmisible, por regla general, a no ser que el dueño dé su consentimiento. No obstante, cabría la posibilidad de que pactaran en un contrato o se exigiera por el dueño una cantidad para permitir los subarriendos, subrogaciones o traspasos, cesiones y retrocesiones de arrendamiento (2).

3.º *Reconocimiento*. — No hay derecho alguno del arrendador

(1) Ambas son idénticas desde un punto de vista externo, mas la una se paga como resultado de una contraprestación del arrendador, mientras que la pensión es consecuencia de un derecho real *in faciendo*; se diferencian, pues, en el título de que derivan, cuyo carácter se trata ahora de averiguar.

(2) El fundamento del laudemio es, según la doctrina, retribuir al dueño por permitir la enajenación. Al lado de esta misión tiene otra fundamental, que es hacer posible el derecho de tanteo y retracto del dueño directo, evitando el aumento abusivo del precio para excluir aquél.

al que se le pueda comparar, ya que faltan los requisitos en que se basa su existencia (1).

4.º *Derechos de disposición*.—Es más amplio el reconocido al arrendador, ya que implica la transmisión de la plena propiedad de la finca, si bien está sometido a las limitaciones de la Ley de 15 de marzo de 1935.

5.º *Comiso*.—Guarda a lo sumo analogías con la facultad de recuperación de la finca por el dueño en los casos cuarto y quinto del artículo 28 de la Ley antes citada (2).

6.º *Consolidación*.—Supuesto parecido cabe que acaezca en algunos casos por la muerte del arrendatario (3).

b) *Derechos de la enfiteuta* (a los que aquíparamos los del arrendatario). Son en síntesis:

1.º *El de disfrute*.—Se reconoce igualmente a favor del arrendatario, según se desprende de los números primero y segundo del artículo 12 de la Ley.

2.º *El de disposición*.—Sólo se reconoce el de disposición *mortis causa* a favor del arrendatario, según la ley de 1942.

3.º *El de saneamiento*.—Resulta del Código civil, aplicable en este caso, del número segundo del artículo 12 de la Ley de Arrendamientos de 1945 y del 25 de la misma.

4.º *El de mejorar la finca y de retener las mejoras*.—La legislación de arrendamientos rústicos establece a este respecto un complicado sistema, que no presenta analogías notables con el régimen de la enfiteusis (4).

(1) Siendo la misión del reconocimiento destruir la apariencia de propiedad creada por el uso a favor del enfiteuta, y mejor aún, la de evitar la prescripción, ya que posee en nombre propio, se explica no exista en el arrendamiento, por ser el arrendatario una especie de instrumento de aprovechamiento del arrendador.

(2) Se refieren estas causas a la rescisión del contrato y al desahucio del arrendatario. La rescisión se regula en el artículo 27, que la establece para el caso del incumplimiento de las obligaciones del arrendador o del arrendatario o de la infracción de las condiciones estipuladas en el contrato.

Como causas de desahucio enumera, entre otras, el artículo 28, la falta del pago de la renta, el subarriendo o cesión de la explotación de la finca, los daños causados por dolo o culpa del arrendatario, el no destino de la finca a la explotación o cultivo convenido, abandono total o parcial del mismo o realizarlo deficientemente, e incumplimiento de las leyes sociales.

(3) Cf. Ley 23 julio 1942, artículo 4.º, párrafo 3.º.

(4) Cf. artículos 19 y 21-3 de la Ley de 1935 y 1.652 del Código Civil.



5.º Derecho de adquisición por el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto a que nos referiremos seguidamente:

c) Derechos comunes a las dos partes: lo son el tanteo y el retracto.

La legislación de arrendamientos rústicos lo reconoce sólo a favor del arrendatario en el artículo 16. Comparando el régimen del retracto, de la enfiteusis y el del arrendamiento, observamos:

1.º Que en la legislación de arrendamientos no existe (como acaece en la de enfiteusis) la de actuación preliminar del derecho que estamos examinando antes de la enajenación (1).

2.º La diferencia de los plazos (2).

3.º El de los enfiteutas es preferido al de los arrendatarios (3)

4.º Que ambos están dominados por principios semejantes en cuanto a lo que pudiéramos llamar retractos conjuntos (4).

5.º Que el retracto regulado por la legislación de arrendamientos tiene mayor amplitud que el de la enfiteusis, ya que comprende todos los casos de cesión onerosa de una finca. La Ley de Arrendamientos ofrece la importante laguna de no determinar cuál será la suerte de la contraprestación cuando se trate de un contrato de permuta o semejante y se ejercite el retracto por el arrendatario (5). También se plantean interesantes problemas en el caso de que la finca arrendada se aporte a una sociedad.

(1) En la enfiteusis existe el tanteo desconocido en el arrendamiento. Cf. el artículo 16 de la Ley de 1935.

(2) Cf. artículos 1.637, párrafo 2.º, y 1.638-40 del Código Civil, y párrafos 3.º y 4.º del 16 de la Ley.

(3) Cf. el párrafo 5.º del artículo 16 de la Ley con los artículos 1.642 y párrafo 2.º del 1.524 del Código Civil. Faus, refiriéndose a esto, ha hablado de una pescadilla que se muerde la cola. Creemos que en el conflicto debe ser preferido el orden del Código Civil.

(4) Entendemos por retractos conjuntos aquellos en que existe pluralidad de retrayentes, cuando los derechos de éstos no son incompatibles entre sí. Cf. el penúltimo párrafo del artículo 16 de la Ley con el 1.641 del Código Civil.

(5) El régimen de la Ley de Arrendamientos, sumamente defectuoso en la técnica jurídica, es de lo más inadecuado en la práctica.

No se sabe cuál será la suerte de una permuta cuando se ejercite el retracto por el arrendatario. Respecto a lo que sucede con la entrega realizada por la parte no afectada, pueden sostenerse varias soluciones:

1.ª Que la transmisión realizada por el permutante no retraído se transforma en una venta, entre los antiguos permutantes.

2.ª Que dicha transmisión queda sin efecto por faltar la causa.

3.ª Que el precio entregado por el arrendatario se entrega al permutante, cuya finca adquiere aquél después de realizada la permuta.

De todas las soluciones, la que aparece justificada según el espíritu de

6.º El retracto del arrendatario se limita por ser éste propietario de ciertas extensiones de terreno, lo cual no sucede en el de enfiteusis (1).

Cómo consecuencia de las analogías y diferencias que acabamos de exponer en cuanto al contenido de la enfiteusis y del arrendamiento, parece desprenderse la conclusión de que ambas instituciones jurídicas no dejan de diferir en su régimen, si bien hay que reconocer que la amplitud de las facultades que se han otorgado al arrendatario da un carácter semirreal, valga la expresión, a su derecho. Pero antes de pasar a realizar el estudio comparativo con el usufructo, hemos de examinar las repercusiones que respecto de la naturaleza jurídica del arrendamiento tiene la prórroga obligatoria de los contratos para el arrendador, así como la obligación de respetar los nuevos adquirentes el arrendamiento.

Comenzaremos, pues, con el problema de las prórrogas. Ha sido criterio casi unánime de la doctrina y de la jurisprudencia el considerar como esencial para que el arrendamiento no implique una desmembración del dominio, que aquél se realice por un tiempo corto y determinado (2). Esta posición, que aparece adoptada por nuestro Código civil en el artículo 1.655, ofrece gran interés, ya que, examinados desde este punto de vista los actuales arrendamientos rústicos, vienen a significar una verdadera desmembración del dominio, que, de acuerdo con los dictados de la doctrina y de la jurisprudencia, y

la Ley es la última. El mecanismo del retracto será el siguiente: Cada uno de los permutantes entrará en propiedad de su finca, y el que adquiriera la que esté arrendada se verá obligado a vender la recién adquirida al arrendatario. En este caso no existe retracto, sino más bien una expropiación forzosa en favor del arrendatario.

Otra cuestión que tiene gran trascendencia es el juego que ha de darse al retracto cuando la finca es aportada a una sociedad. Si se trata de una sociedad civil la admisión del mismo puede llegar a provocar la inexistencia de la sociedad en ciertos supuestos. (Cf. 1.701 C. c.) Quizás la solución más acertada sea negar la procedencia del retracto cuando se trata de sociedades personalistas y admitirle en las capitalistas, en que la cualidad de socio es fungible, haciendo que jugase el retracto de manera que el arrendatario sustituyese al antiguo dueño en calidad de socio. Pero el tenor y finalidad de la Ley son un serio obstáculo a la solución aceptada, que es la que creemos sería acaso la más justa. En estos casos debe darse gran juego al arbitrio judicial.

(1) Cf. artículo 16 de la Ley en su último párrafo.

(2) En los autores españoles del Siglo de Oro juega gran importancia, para determinar la naturaleza de los arrendamientos, la modicidad del tiempo. (V. «Contestaciones de Hipotecaria» de Roca a Notarías, I, pág. 394.)

asimismo con los principios generales de nuestro Derecho, hemos de equiparar por lo menos en un cierto aspecto a la enfiteusis, lo cual se traduce en la índole dispositiva del contrato de arrendamiento, de lo que es un eco el artículo 3.º de la ley de 1935, que exige capacidad para enajenar (1).

El problema de la naturaleza jurídica del arrendamiento no apareció claro dentro de nuestra legislación especial si tenemos en cuenta lo que antecede, y se complica aún más si evocamos la repercusión del arrendamiento respecto de tercero. Sabido es que para asegurar la contratación sobre inmuebles con plenas garantías jurídicas, la ley de 1935 creó un Registro de arrendamientos rústicos, que se llevaba en los Registros de la Propiedad, y dió carácter obligatorio a la inscripción, de la cual se hacía depender, además, la concesión de los derechos establecidos en la Ley a favor del arrendatario (2). Al mismo tiempo se estableció en el artículo 16 la obligación de entregar al adquirente de fincas arrendadas un contrato de arrendamiento, o mejor dicho, una copia auténtica del mismo (3). Pero sea por lo que fuera, bien porque la ley no se adaptaba a la conciencia social, bien por la ignorancia de los interesados favorecidos por las normas legislativas, lo cierto es que la inscripción en el Registro no existió casi más que en la mente del legislador. Para conceder a los arrendatarios la protección legal, los Jueces tuvieron que recurrir al comodín que ofrece el artículo 1.279 del Código civil considerando que había aplicar la Ley a todos los casos por juzgar que era posible entablar al mismo tiempo la ac-

(1) Sobre la obligatoriedad de la inscripción, cf, artículo 6.º de la Ley. En cuanto a los efectos, además de este mismo artículo hay que tener en cuenta los 58, 59 y 61. En cuanto al primero, es sumamente defectuoso, pues aparte de que la referencia al causahabiente del titular registral que no ha inscrito no estaba de acuerdo con las normas hipotecarias entonces vigentes, parece imposible y absurdo admitir la buena fe del arrendatario en contra del Registro de la Propiedad, con lo que resulta que éste queda favorecido por su negligencia.

(2) El régimen de la Ley de 1935 era sumamente desdichado, ya que la inscripción en el Registro por ella creado, que tenía carácter constitutivo (si bien luego una viciosa interpretación suprimió este carácter), introdujo un nuevo medio de publicidad para constatar las cargas reales, cuando en realidad lo procedente y lógico es que tal misión la siguiera llenando el de la Propiedad. La inobservancia de estas normas en la práctica nos demuestra hasta qué punto estaba el legislador de acuerdo con la atmósfera social.

(3) Cf. artículo 16 de la Ley especial, párrafos 2.º y 4.º.

Estos preceptos, en contradicción con el sistema de inscripciones y con el artículo 27.

ción conducente a la elevación del contrato a la forma legal (1). Esto era muy discutible, pero lo cierto es que las reformas posteriores abolieron la necesidad de la inscripción, así como las formalidades del contrato (2).

Estas normas que acabamos de exponer justificaban (3) el que los arrendamientos tuvieran trascendencia respecto de los adquirentes de las fincas arrendadas conforme establecía el artículo 27 de la Ley de 1935; pero con el nuevo régimen es más discutible la justificación, pues hay que reconocer que si se exige la exteriorización de los derechos reales, bien por medio del Registro, o bien por medio de la posesión, para ser de todos respetados pudiera parecer tal vez extraño que se haga una excepción a favor de una institución jurídica cuyo carácter real caso de existir, se discute (4). La justificación, en realidad, reside única y exclusivamente en razones de economía procesal, limitándose la reforma a recoger un estado que había creado la interpretación jurisprudencial. Quizás pudieran surgir en algunas ocasiones dificultades para lograr la seguridad en el tráfico de inmuebles, que es para la sociedad de vital importancia (5).

Las conclusiones que se deducen de lo anterior para el jurista son interesantes, ya que parece sacarse de ello la consecuencia de que las fincas arrendadas resultan afectadas por el arrendamiento, como si éste fuera una limitación legal del dominio en el caso concreto y que funciona de manera semejante a los retractos legales y a ciertas servidumbres de interés público. Podrá discutirse si es conveniente o no adoptar

(1) La necesidad de tales requisitos de forma con carácter *ad solemnitatem* venían impuestos por el artículo 6.º. Sólo la confusión de ideas que dominó al legislador ha podido justificar una interpretación viciosa y dar efectividad a una Ley cuyas garantías no juzgaban necesarias los arrendatarios en el momento de pactar el arrendamiento.

(2) Cf. Ley 23 de julio de 1942, artículo 2.º.

(3) La existencia del Registro de arrendamientos con inscripción constitutiva evitaba la clandestinidad del arrendamiento, pero privó de eficacia práctica a la Ley.

(4) Otra justificación de este precepto es evitar el que los arrendatarios resultasen perjudicados por su apatía.

(5) La doctrina moderna ha adoptado unánimemente la conclusión de que el tráfico seguro de los inmuebles interesa más a la sociedad que la protección de los huérfanos, mujeres casadas, menores e incapaces, juzgando conveniente la supresión de las hipotecas tácitas que garantizaban sus derechos; sólo circunstancias especialísimas pueden justificar la solución contraria en el terreno que estamos examinando. (V. el núm. 8 del texto.)

una solución semejante (1), pero lo cierto es que existen muchas analogías con las figuras que indicamos (2).

Hemos de destacar, antes de pasar a realizar el estudio comparativo con el usufructo, que en nuestro Derecho se ofrece la peculiaridad de que se abandonan más a la autonomía de la voluntad los derechos reales que esta figura del arrendamiento, no obstante de que las normas jurídicas referentes a aquéllos se consideran como típicas de derecho de orden público (3).

Y pasemos ahora a realizar el estudio comparativo con el usufructo. Para esto hemos de tener a nuestra vista el constituido por acto inter vivos y a título oneroso sobre una sola finca. El pago del precio por la concesión del usufructo puede haberse realizado al contado o a plazos, lo cual, por otra parte, no tiene, trascendencia alguna para la cuestión, o mejor dicho, para la comparación de que nos estamos ocupando, ya que el precio del arrendamiento puede anticiparse. En este supuesto, si atendemos al contenido, hemos de reconocer que las diferencias son muy secundarias, y podemos decir que es más favorable esta figura al propietario que el arrendamiento. Examinando ya detenidamente la materia, observamos:

1.º Que tanto el arrendatario como el usufructuario pueden disfrutar de la cosa.

2.º Que son más amplias las facultades que en orden a la posibilidad de mejorar la finca se conceden al arrendatario (4).

(1) Pueden señalarse como principales argumentos en contra de la solución adoptada:

1.º Los inconvenientes que tiene para el tráfico de los inmuebles.

2.º La desmembración del concepto de dominio que supone, ya que la Ley viene a crear dos clases de propiedad, según esté arrendada o no, ya que la configuración de ambas es completamente distinta.

3.º La protección del arrendatario podría lograrse por caminos más adecuados en la técnica jurídica.

(2) Cabe señalar, entre otras, las siguientes analogías:

1.ª Ambas derivan su existencia de la misma Ley cuando concurren determinadas circunstancias.

2.ª Una y otra no se hacen públicas por medios especiales.

3.ª Las dos vienen a ser como configuraciones del dominio.

(3) Sobre el carácter coactivo de las normas que regulan los derechos reales, v. nota (4) de la pág. 509.

(4) Cf. los artículos 19 y 21-3 de la Ley de 1935 y el 1.573 del Código Civil. Algunos autores censuran las limitaciones que para la realización de mejoras se imponen al arrendatario y juzgan lógico su establecimiento en contra el usufructuario. (V. Castán: «Contestaciones a Notarías», tomo III, página 174, y II, pág. 234.)

3.º Que ambos tienen el derecho de poseer, si bien hay que reconocer que existen bastantes diferencias entre la posesión de ambos (1).

4.º Son mayores las facultades dispositivas del usufructuario que las del arrendatario (2).

5.º En el arrendamiento la ley no establece a favor del arrendador las garantías que se establecen a favor del nudo propietario, si bien hay que reconocer que en la mayoría de los casos el arrendador estipulará las correspondientes garantías en el contrato (3).

6.º Resultan más intensas las obligaciones de conservación y custodia del usufructuario que las del arrendatario (4).

7.º Lo mismo podemos decir en cuanto a las reparaciones (5).

8.º La situación de ambos es casi idéntica en cuanto a la obligación de abono de contribuciones (6).

9.º Las consecuencias del abuso de la cosa por su explotador son distintas en uno y otro caso (7).

10. En el caso de extinción por expropiación forzosa respecto del cultivador y usufructuario los criterios son distintos para el abono de la indemnización (8).

(1) El derecho de posesión del usufructuario tiene carácter sustantivo y autónomo, mientras que el arrendatario es adjetivo de una prestación del arrendador y dependiente del derecho de éste, por el cual posee materialmente. (V., no obstante, nota (2) de la pág. 508.) La defensa contra la perturbación de mero hecho reconocida al arrendatario se comprende porque las acciones posesorias se conceden a todo poseedor.

¿Cuál es la posición de uno y otra en el caso de que se ejercite contra ellos el procedimiento del artículo 41 de la ley Hipotecaria? El usufructuario sólo podrá oponerse al procedimiento si tiene inscrito su derecho, mientras que el arrendatario tendrá defensa aunque no haya inscrito si reúne los requisitos de la excepción segunda en el mismo artículo establecida.

(2) Cf. los artículos 480 y 498 del Código Civil y 4.º y 28 (4.º) de la Ley especial.

(3) Nos referimos a la obligación de fianza e inventario por parte del usufructuario. El establecerlos con carácter legal para el arrendamiento podría parecer anómalo, pero de ello se ocupa el B. G. B. en los arrendamientos de uso y disfrute.

(4) Lógica consecuencia de los preceptos del Código civil que quitan al usufructuario que abusa de la cosa el disfrute directo de la misma. Confróntese el artículo 28, núm. 5.º, de la Ley especial. Donde se ve clara la afirmación anterior es al ocuparnos de las reparaciones.

(5) Cf. 500-2 del Código civil y la nota (4) de la pág. 517.

(6) Cf. los artículos 504-5 del Código civil y 12, núm. 5.º, y 13, núm. 8.º de la Ley. De todas maneras hay que reconocer que la técnica de este último Cuerpo legal es equívoca y que parece que el arrendador está obligado a satisfacer ciertas contribuciones que gravan el disfrute.

(7) V. nota (4) de esta página.

(8) Cf. los artículos 519 del Código civil y 30 de la Ley.

11. No existe a favor del arrendatario el derecho de retención que se le reconoce al usufructuario por el artículo 522 del Código civil (1).

Después de la comparación que acabamos de establecer entre el usufructo y el arrendamiento, vemos cómo la trascendencia de éste no deja de ser menor que la de aquél en cuanto a las repercusiones que tiene sobre la propiedad, de que aparece como parte en algún caso (expropiación forzosa), por lo menos en un sentido práctico. Por eso parece que el arrendamiento tiene un carácter absoluto y, por lo menos, semi-real, como hemos dicho antes.

Para concluir de estudiar la naturaleza jurídica del arrendamiento de fincas rústicas en su legislación especial hemos de ver, por fin, los caracteres del derecho real que tienen aplicación a la institución que estamos examinando.

A estos fines hemos de indicar respecto de las características morfológicas:

1.º Que es más acusada la existencia de un sujeto pasivo aún quizás que en el caso del arrendamiento inscrito (2).

2.º De las disposiciones de la ley parece deducirse que el objeto de la facultad del arrendador es de índole meramente personal (3), pero, sin embargo, lleva consigo una, que, como el retracto, tiene trascendencia real (4).

3.º El contenido tiene más caracteres reales que en el arrendamiento inscrito, según acabamos de ver.

4.º La cuestión de si puede incluirse o no dentro de los derechos reales o, mejor dicho, de sus tipos, dado que nuestro derecho sigue el sistema del *numerus apertus*, no tiene gran trascendencia al igual que sucede en otros casos de arrendamiento (5).

(1) El artículo 22 de la Ley atribuye al arrendatario un derecho de indemnización, y el 23 un *ius tollendi*; pero no hay norma alguna que autorice a admitir la retención.

(2) No cabe duda de la afirmación del texto, pues la eficacia *erga omnes* del arrendamiento rústico es indiscutible. (Puede verse en la mayor parte de las notas anteriores.)

(3) V. en este sentido los núms. 1.º, 2.º y 4.º del artículo 12 de la Ley de 1935.

(4) Es discutible si el derecho de retracto a favor del arrendatario tiene los caracteres del *ius in rem*; en realidad no es más que una limitación del dominio del dueño que deriva del arrendamiento y que justifica nuestras afirmaciones sobre la naturaleza jurídica de éste. Sin embargo, el retracto tiene repercusiones reales.

(5) Cf. sobre esto la nota (1) de la pág. 508.

5.º La adherencia es más íntima entre el arrendatario de fincas rústicas y la finca que entre el arrendatario de finca inscrita y ésta (1).

6.º El papel que desempeñan las personas es, en la mayoría de los casos, idéntico al que desempeñarían si se tratase de un derecho real (2).

En cuanto a las características dinámicas, observaremos:

1.º Que el arrendamiento no surge en la forma del artículo 609 (3).

2.º Que no se defiende de la misma forma que los derechos reales más, si acaso, que en cuanto a la facultad del retracto (4).

3.º Las pretensiones que favorecen al arrendatario son distintas de las que protegen al titular de un derecho real, y, a lo sumo, cabría hacer la excepción a que nos hemos referido anteriormente.

4.º No se aplican las normas de prelación de los derechos reales (5).

5.º La figura del arrendamiento tiene un carácter eminentemente social frente al carácter egoísta de los derechos reales (6).

6.º Su transmisión, duración, división, modificación y extinción son distintas de las de los derechos reales (7).

Como final de nuestro estudio hemos de llegar a la conclusión de

(1) Efectivamente, la intervención que le otorga la Ley sobre la finca es mayor; véase, verbigracia, los derechos del arrendatario en el caso de mejoras, las obligaciones que tiene en el pago de las contribuciones, las facultades que le asisten en el caso de expropiación forzosa.

(2) La trascendencia respecto de terceros se ve bien clara al ver el mecanismo montado por la Ley para su protección. (V. nota (2) de la página 519).

(3) Sin embargo, antes de la reforma esta afirmación era bastante discutible, puesto que existía una inscripción en el Registro a la que se daba carácter constitutivo, lo cual no sucedía más que con la hipoteca.

(4) Cf. nota (1) de la pág. 509. Las obligaciones del nuevo adquirente de la finca en el caso de venta derivan de la subrogación en la calidad de arrendador, conforme dispone el artículo 27.

(5) Cf., no obstante, lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley. Suprimido hoy el carácter obligatorio de la inscripción, creemos que debe estarse a lo que dijimos en la nota (3) de la pág. 509.

(6) Es bastante discutible la afirmación del texto. El carácter social de las obligaciones se manifiesta de la misma forma en los arrendamientos que en los derechos reales *in faciendo*. El arrendatario asume además una posición egoísta, dado el carácter absoluto de su derecho. No obstante, tiene una naturaleza social más acusada que el derecho de propiedad.

(7) Respecto de la transmisión, cf. artículo 4.º de la Ley especial. Este sistema no se sigue nunca para los derechos reales, en donde la transmisión es consentida o prohibida de una manera absoluta.

La duración es por períodos determinados de tiempo, si bien las fre-



que el arrendamiento aparece como un derecho de carácter absoluto, que no reúne todos los caracteres de los derechos reales, sin que pueda decirse que sea un derecho personal puro, a los cuales se acerca, empero, hoy todavía más que a aquéllos, viniendo a jugar en la mayoría de los casos como una limitación legal del dominio.

D) *Naturaleza jurídica del arrendamiento de fincas urbanas regido por la legislación especial.*—Vamos a seguir, para su estudio, el mismo plan que hemos seguido anteriormente para el de los arrendamientos rústicos. Comenzaremos, pues, por el examen comparativo con la enfiteusis, y a este respecto hemos de hacer notar que son mucho mayores las analogías que mantiene con ella el arrendamiento de predios urbanos que el de los rústicos.

Observando al mismo tiempo las facultades del censalista y del arrendador, hemos de hacer las siguientes observaciones respecto de los derechos del uno y del otro:

1.<sup>a</sup> Que puede equipararse a la pensión que tiene el censalista la renta que se pacta a favor del arrendador (1).

2.<sup>a</sup> En cuanto al laudemio hemos de tener en cuenta que viene reconocido para el caso de traspaso de locales de negocio, según se desprende del artículo 50 de la Ley especial (2), pero en cambio resulta incompatible su existencia en el caso de cesión de viviendas habitadas, dadas las normas que regulan este particular (3).

3.<sup>a</sup> No parece derecho alguno semejante al de reconocimiento (4).

4.<sup>a</sup> El derecho de disposición del arrendador está condicionado en forma muy semejante a la del dueño directo (5).

cuentas suspensiones de desahucios tienden prácticamente a la perpetuidad.

El Decreto-Ley de 19 de diciembre de 1947 ha suspendido la tramitación y ejecución de los juicios de desahucio de fincas rústicas fundados en las causas, a que se refieren las disposiciones adicionales primera, segunda y sexta de la Ley de 1942, exceptuando tan sólo aquellos casos en que el arrendador solicita la entrega de la finca para el cultivo directo y personal.

En cuanto a la extinción, cf. el artículo 24 de la Ley de 1935.

(1) Esta equiparación es meramente de carácter práctico. Para más detalles, v. nota (1) de la pág. 511.

(2) Cf. el artículo 50 de la ley de Arrendamientos Urbanos. El 51 resulta oscuro, ya que no aparece clara la justificación en cuanto a la participación en el precio.

(3) Cf. los artículos 33 y 36 de la Ley especial, pero en contra 38, a).

(4) No tiene tal carácter lo que se dispone en el artículo 44, d), que se justifica por el tanteo y retracto disciplinados por los artículos 47 y 48.

(5) Cf. del Código civil los artículos 1.636-9 y de la Ley especial los 63

5.<sup>a</sup> Que presentan muchas analogías con el comiso las causas establecidas como originadoras de resolución del arrendamiento en los números 2, 3, 4, 5 y 7 del artículo 149 de la Ley especial (1).

6.<sup>a</sup> Que puede equipararse a la consolidación la desaparición del arrendamiento en aquellos casos en que muere el arrendamiento sin dejar personas con derecho a prórroga (2).

Si comparamos los derechos del arrendatario con los del enfiteuta entonces podemos observar:

1.º Que tanto el enfiteuta como el arrendatario tienen el disfrute de la finca (3).

2.º Que se reconoce el derecho de disposición a favor del arrendatario de locales destinados a negocios en forma análoga a como le pertenece esta facultad al enfiteuta (4); en cambio son muy limitadas las posibilidades de disposición del arrendatario de locales destinados a vivienda (5).

a 66. La acción de impugnación de precio y de anulación de la venta regulada en el artículo 67 de la última no existe en la enfiteusis. El primer párrafo de este artículo está en contradicción con el segundo, pues en aquél se admite la unión de impugnación y retracto y en el segundo se impide.

Este artículo 67 plantea interesantes cuestiones, entre otras:

a) Si la renta cuya capitalización al 3 por 100 ha de verificarse es la bruta o la líquida. En favor de la última conclusión existe la costumbre de descontar siempre un tanto por ciento de gastos cuando se capitaliza la renta de un inmueble urbano, pero hay que tener en cuenta que la Ley habla de renta pactada, con lo que parece aludir a la renta bruta; ya que donde la Ley no distingue no debemos de distinguir.

b) Si han de computarse como renta las cantidades que en algunas casas se reciben como retribución de determinados servicios, que en otras se consideran englobados con la renta de habitaciones. Cf. el artículo 150, número tercero, pero no creemos que tenga trascendencia alguna respecto del particular. Parece lógico que si la renta que hay que capitalizar es la bruta deben de computarse también los servicios que se pagan aparte, pero la adopción de semejante punto de vista puede llevarnos a la injusta conclusión de que si los servicios se hubieran englobado en el arrendamiento las derramas por elevación de los mismos y de contribución no habrían de capitalizarse, y si se pagaban aparte; por eso, de adaptarse tal solución sería conveniente capitalizar atendiendo al costo de los mismos antes del 18 de julio de 1936. De todas maneras, la Ley habla sólo de renta pactada, y parece que no debe distinguirse tampoco en este caso.

(1) Son impago, subarriendo, cesión indebida, transformación de la vivienda, daños u obras abusivas, oficios y profesiones inmorales y peligrosos. (Cf. 1.648 del C. c.)

(2) Cf. el artículo 71 de la Ley. Pero se habla de prórroga para negarla en dicho caso.

(3) Disfrute en sentido de uso queremos decir (valga la expresión). Cf. los artículos 150-1 de la Ley especial, así como los 142-3 de la misma.

(4) Cf. los artículos 44 a 56 de la Ley y 1.636-9 del Código civil.

(5) Cf. los artículos 33 a 43 de la Ley.

3.º El arrendatario está asistido del derecho de saneamiento de la misma manera que el enfiteuta (1).

4.º No se reconoce al arrendatario derecho de realizar mejoras por sí más que con las condiciones de los artículos 143 y 144 de los que resulta que las no necesarias no son reintegrables para el arrendatario (2).

5.º Que se reconoce también al inquilino en ciertos casos la posibilidad de adquisición de la vivienda o local de negocio que ocupare utilizando los derechos de tanteo y retracto en la forma que examinamos seguidamente.

Veamos ahora detenidamente estos derechos de tanteo y retracto, que son comunes a las dos partes contratantes siempre en la enfiteusis y en algunos casos en la institución arrendaticia. Comparando el régimen de las dos instituciones en estas figuras jurídicas podemos deducir las siguientes conclusiones:

1.ª Que el régimen del retracto y tanteo es único en la enfiteusis, mientras que en el arrendamiento hemos de distinguir según se trate de locales de negocios, en cuyo caso se reconoce a favor de las dos partes o de viviendas supuesto, en el cual sólo pertenece al inquilino, y en determinados casos (3).

2.ª Que los plazos son diferentes (4).

3.ª Que el orden de prelación es distinto en uno y otro caso (5).

4.ª Que para la enfiteusis no existe la presunción *iuris et de iure* de simulación del precio reconocida en la nueva ley para el caso de enajenación de pisos o viviendas o locales con habitación única (6).

5.ª Que ambas instituciones resultan reguladas por preceptos semejantes en orden a los que pudiéramos llamar retractos conjuntos (7) en los casos en que pueda existir.

(1) Cf. los artículos 1553 y 1643 del Código civil y los 150-1 de la Ley.

(2) En el caso del 143 hay que tener en cuenta el 147.

(3) Cf. de la Ley especial los artículos 47-8 y 63-4 y del Código civil los 1.636-9 y siguientes.

(4) Cf. de la Ley los artículos 63-4 y 67-8 y del Código civil los 1.637-9.

(5) Cf. de la Ley los artículos 51 y 66 y del Código civil los 1.642 y 1.524.

(6) Cf. el artículo 67 de la Ley y nota (5) de la pág. 521.

(7) Cf. el artículo 49 de la Ley de 1947. Este nos plantea el problema de la naturaleza jurídica de la renuncia a favor del coarrendador. Podría estimarse que era debido a la naturaleza solidaria de su derecho, pero más bien pudiera verse una manifestación del abandono o renuncia.

6.<sup>a</sup> Que parece ser menor la amplitud de los retractos arrendaticios que la de los derivados de la enfiteusis (1).

7.<sup>a</sup> Que parece que debe de limitarse el derecho de tanteo y retracto del inquilino a los casos en que éste no posee otra vivienda o local de negocio sin habitar o explotar por sí mismo, cosa que no sucede en la enfiteusis (2).

Por último diremos de la duración, que ésta en el moderno arrendamiento viene a ser indefinida a voluntad del arrendatario, con lo que resulta que en este terreno vienen a equipararse ambas instituciones (3).

De todo lo que acabamos de indicar se desprende la consecuencia de que el arrendamiento moderno, especialmente en lo que se refiere a los locales de negocios, tiene el carácter de una verdadera enfiteusis (4): de la que tan sólo se diferencia en la no existencia de la redención del derecho del dueño por el arrendatario, lo cual es una consecuencia de que se trata de una enfiteusis que está en la primera fase de su desarrollo, durante la cual se la considera como un derecho real en cosa ajena (5).

En cuanto a la trascendencia respecto de tercero de los derechos del arrendatario hemos de observar que ésta viene impuesta por la ley (6) con carácter forzoso y admitiéndose sólo levísimas excepciones, juzgando como una carga legal con repercusiones reales (7).

(1) Cf. los artículos 63 y 47-8, en relación con los 44-5 de la Ley. (Véase sentencia de 5 de febrero de 1909.)

(2) Se deduce la finalidad de la Ley, que tiene por objeto favorecer el que cada persona sea dueña de la casa en que habite y no poner a otra persona en condiciones de adquirir un inmueble urbano de la manera a él más ventajosa. La finalidad de que cada persona sea dueña de la casa en que habite no tiene razón de ser cuando aquélla tiene otras viviendas de las que podría disponer, para su ocupación. Pero esta conclusión no deja de ser aventurada.

(3) Cf. los artículos 70-3 de la Ley y 1.579 y 1.655 del Código civil.

(4) No obsta a ello el que se hable de arrendamientos; no hay que olvidar que en Roma surgió del *ius in perpetuum*, que era una forma de éste. Además, la técnica jurídica en el aspecto terminológico no deja de ser imperfecta en nuestra Ley en muchas ocasiones.

(5) La enfiteusis en su primera fase significa un derecho del enfiteuta sobre una cosa ajena, en la segunda se estima que el dominio se encuentra dividido entre aquél y el dueño directo, y en la tercera se juzga que sobre la cosa propiedad del enfiteuta grava un derecho real. De las consideraciones realizadas en este trabajo se desprende la certeza de la afirmación realizada en el texto a que corresponde la nota.

(6) Cf. en la Ley especial los artículos 70, 77 y 149.

(7) Quizás la terminología empleada no parezca muy correcta; en realidad, lo que queremos decir es que los arrendamientos tienen trascendencia real sin publicidad por medio del Registro, como la tienen las limitaciones legales del dominio.

Y pasamos a examinar las relaciones de este arrendamiento con el usufructo, teniendo en cuenta que la comparación la realizamos también con un usufructo adquirido a título oneroso por acto intervivos. Del examen comparativo de ambas instituciones se deducen las siguientes consecuencias:

1.<sup>a</sup> Que es común al arrendatario y al usufructuario, el derecho de disfrutar de la cosa.

2.<sup>a</sup> Que son casi idénticas las facultades que en orden a la mejora de la finca se conceden al arrendatario y al usufructuario (1).

3.<sup>a</sup> Que a ambos se les reconoce el derecho de posesión (2).

4.<sup>a</sup> En cuanto a las facultades dispositivas hay que destacar la mayor amplitud de las del usufructuario (3).

5.<sup>a</sup> Que son mayores las garantías que la ley otorga al nudo propietario que al arrendador (4).

6.<sup>a</sup> Que son más intensas las obligaciones de conservación y de custodia por parte del usufructuario, así como la referente a reparaciones (5).

7.<sup>a</sup> El usufructuario debe de abonar todas las contribuciones que recaigan sobre los frutos, mientras que el inquilino sólo está obligado a satisfacer los incrementos (6).

8.<sup>a</sup> Son distintas las consecuencias del abuso de la cosa por parte del explotador en ambos casos (7).

9.<sup>a</sup> El arrendatario no adquiere derecho alguno en los casos de expropiación forzosa, según la ley, a diferencia de lo que acaece al usufructuario (8)

(1) Cf. los artículos 142-4 de la Ley, pero en el 143 las obras son a costa del arrendador, y el inquilino sólo contribuye con el porcentaje. (Véase Contestaciones de Castán a Notarías, tomo II, pág. 234 y los arts. 503 y 1.573 del C. c.)

(2) V. notas (2) y (1) de las páginas 508 y 518, así como la pág. 501 del texto.

(3) V. notas (4) y (5) de la pág. 522 y los artículos 480 y 498 del Código civil.

(4) Compárese con el régimen del arrendamiento de usos y disfrute en el B. G. B. (¡Ojo! de uso y disfrute), véase nota (5) de la pág. 516 y cf. artículo 491 del Código civil.

(5) Cf. de la Ley especial los artículos 137-8 y 142-3, y del Código civil los 500-2, 497; respecto del arrendamiento, tener en cuenta los 1.104 y 1.555; cf. también el 491.

(6) Cf. los artículos 126 y 128 de la Ley y 504-5 del Código civil.

(7) Cf. en la Ley de 1947 el artículo 149, núms. 4 y 5, y en el Código civil el 520.

(8) Cf. los artículos 149, núm. 8. de la Ley y 519 del Código civil.

10. No existe derecho de retención alguno a favor del arrendatario semejante al que se concede al usufructuario por el artículo 522 del Código civil (1).

11. Se reconoce tanto al arrendatario como al usufructuario el derecho a volver a disfrutar de la finca en ciertos casos (2), pero hemos de tener en cuenta que, mientras en el usufructo tiene un carácter de subrogación real, en los casos de destrucción de la cosa usufructuada, si se trata de arrendamientos, tiende a evitar que mediante la edificación de nuevas construcciones se vulneren los derechos de los antiguos inquilinos (3).

Comparado en los términos que acabamos de hacerlo, el usufructo con el arrendamiento, echamos de ver que no dejan de existir importantes diferencias entre uno y otro, y si bien ello no significa nada contra el posible carácter real del inquilino, hay que reconocer que esta figura jurídica (nos referimos al arrendamiento) se acercá mucho más a la enfiteusis.

En cuanto a si el arrendamiento de fincas urbanas reúne los caracteres de los derechos reales, hemos de decir, refiriéndonos a las características morfológicas:

1.º Que es la clase de arrendamiento en la que se nota más clara la existencia de un sujeto pasivo indeterminado (4).

2.º El objeto y el contenido de este arrendamiento reúnen las características de los derechos reales de una manera casi completa, pues autoriza una relación directa del arrendatario con la cosa que no resulta posibilitada por el cumplimiento de las obligaciones contractuales del dueño (5).

3.º En cuanto a la variedad de tipos, hemos de indicar que, si bien el arrendamiento no está considerado tradicionalmente como un derecho real, sin embargo, ello no obsta en nuestro sistema. Además, hay que recordar que en nuestro derecho está menos influido por la

(1). Véanse en la Ley los artículos 142-3.

(2). Tener en cuenta los artículos 103-7 y 156 en la Ley, y 518, párrafo segundo del Código civil, pero, no obstante, debe de recordarse 517, párrafo segundo, y 518, párrafo tercero.

(3). Cf. sobre todo el artículo 103 de la Ley.

(4). Cf. los artículos 69 y 70. Es discutible en otros terrenos, pero el arrendatario tiene acción contra la perturbación de hecho, sin que a ello obste la disposición derogatoria del número 27, pues no puede estimarse que derogue el Código civil en este terreno, y además por exigirlo así el artículo 16 de este último Cuerpo legal.

(5). Cf., no obstante, el artículo 150.

autonomía de la voluntad el arrendamiento que los derechos reales, y sabido es que el *numerus clausus* descansa en el carácter coactivo que se atribuye a las normas que regulan las materias jurídicas reales (1).

4.º La característica de los derechos reales cuya existencia es más discutible, en este caso, es la adherencia, no obstante lo que hemos dicho anteriormente (2).

5.º El papel que desempeñan las personas es semejante, sin duda alguna, al de los derechos reales; mejor dicho, al que desempeñan en éste (3).

Pasando a examinar las características dinámicas, vemos:

a) Que no surge de la misma forma que los derechos reales (4)

b) Que en el supuesto de incumplimiento puede hacerse efectivo en algunos casos de la misma manera que los derechos reales (5).

c) Que las pretensiones del inquilino ofrecen en muchos casos interesantes semejanzas con las del enfiteuta, que es titular de un derecho real (6), pero, sin embargo, no llega a una completa identificación con las de éste.

d) Que la modificación del arrendamiento sigue el cauce del derecho de obligaciones (7).

e) La transmisión es casi idéntica en los casos de traspasos de locales de negocios a la de la enfiteusis, conforme vimos, la cual es un derecho real, y se acerca a las normas de las obligaciones cuando se trata de alquiler de viviendas (8).

(1) V. notas (1) de la pág. 506 y (1) de la 508.

(2) Véanse, no obstante, los artículos 70, 142-3 y 103-4 de la Ley de 1947 (quizás en éstos lo que más se justifique sea una adherencia en sentido vulgar).

(3) Cf. en la Ley el artículo 70.

(4) Quizás sea debido a la transición que se está operando respecto de esta Institución. De todas maneras hay muchos casos en la práctica en que es muy difícil distinguir si para la aparición de un derecho real se exige o no el título y el modo (casos del 1.462 del Código civil, constitución de ciertos derechos por documento privado en los que el valor decisivo lo tiene la toma de posesión que en cierta manera existe en este caso, aunque la posesión adquirida se presente tan sólo con los mismos caracteres en el aspecto externo).

(5) Cf. en la Ley los artículos 103 (sobre todo interesa porque la posibilidad de volver el arrendatario a la finca, parece que si no hay otra persona puede hacerla por su propia autoridad. Si en la finca habitase otro parece ser que podría actuar contra él considerando que había una perturbación de mero hecho) y 142-3 (de interés más relativo).

(6) Cf., v. gr., las normas vigentes sobre retractos.

(7) Cf. el artículo 133 de la Ley, donde se habla de contrato novado.

(8) V. notas (4) y (5) de la pág. 522.

f) La extinción parece obedecer más bien a las causas de las obligaciones que a la de los derechos reales.

Después de las sumarias indicaciones que preceden sobre las características de los arrendamientos urbanos sometidos a régimen especial, creemos que puede llegarse a la conclusión de que debemos distinguir las dos instituciones jurídicas reguladas en dicha ley: el arrendamiento de locales de negocios y el de viviendas. La naturaleza de este último es semejante a la de los arrendamientos rústicos, la de los primeros es la de un derecho de naturaleza real que podemos asimilar a la enfiteusis, si bien hemos de reconocer que no está en el mismo grado de desarrollo que en el Código civil por obedecer la regulación de aquélla al primer estadio que podemos distinguir en la evolución de esta institución. Estas conclusiones confirman las afirmaciones que hicimos al principio de nuestro trabajo acerca de la evolución de las figuras jurídicas aquí examinadas, cuando nos ocupamos del esquema de su historia (1).

7.—REPERCUSIONES DEL ARRENDAMIENTO EN NUESTRO DERECHO SOBRE EL DOMINIO Y LAS FACULTADES DEL ARRENDADOR —Refiriéndonos a la legislación especial, que es hoy día la más aplicada, podemos sintetizarla en los siguientes puntos:

a) La facultad de disfrutar del propietario resulta seriamente condicionada, ya que éste puede hacerlo tan sólo de una manera mediata.

b) La facultad de transmitir queda limitada por la existencia de los retractos.

c) La existencia de las prórrogas que en la mayoría de los casos tienen una duración indefinida, o por lo menos tienden a conceder al arrendatario el disfrute durante un largo espacio de tiempo, produce en último término, una verdadera desmembración de dominio.

d) La facultad de alterar la cosa ya no queda al arbitrio del propietario, que no puede cambiar el destino de sus viviendas o puede verse obligado a modificarle en ciertos casos, como acaece con determinadas mejoras cuya realización impone la legislación de arrendamientos.

De todo ello se deduce que la posición del arrendatario puede considerarse como superior a la del dueño (2), con lo cual se produce un desplazamiento del centro de gravedad económico, lo cual viene a sig-

(1) V. páginas 482 y 485 del texto.

(2) Véase, especialmente, los capítulos VII y VIII de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Cf., también, los artículos 142-3 de la misma Ley. En



nificar, en último término, la muerte del arrendamiento, propiamente dicho, y su sustitución por figuras que conservan su nombre, que pasa a ser la de inscripción sepulcral de algo que ha dejado de existir.

8.—CONCLUSIONES Y REFORMAS NECESARIAS.—La moderna legislación de arrendamientos ha concluido con la figura de la *locatio conductio* heredada del antiguo Derecho romano, sustituyéndola por una nueva creación de carácter anfibológico en la casi totalidad de los casos, la cual ni reúne por completo las características de los derechos reales ni las de los personales.

Juega, en la mayoría de los casos, como una especie de limitación legal del dominio, creando una verdadera carga de la propiedad inmueble, generalmente carente de publicidad, con los consiguientes inconvenientes para el tráfico territorial. por eso algunos de los preceptos de las leyes actuales parecen recordar a ciertas disposiciones de las que se citan como precursoras de las Contadurías de Hipotecas cuando obligaban a manifestar las cargas ocultas (1).

Hay que reconocer que la existencia de tales cargas, enfocando la cuestión desde un punto de vista estrictamente jurídico, carece a veces de justificación, y más si se tiene en cuenta que se juzgó acertada la desaparición de las hipotecas tácitas que garantizaban los derechos de las mujeres casadas, de los menores y de los incapaces, no obstante haber demostrado su inutilidad los recursos jurídicos arbitrados para sustituirlas. Sólo las trágicas circunstancias por que atraviesa hoy el mundo pueden justificar el régimen vigente y con el carácter excepcional que le ha reconocido y le reconoce el legislador (2).

Al matar, además, el arrendamiento se ha dejado un vacío, ya que ha desaparecido la forma de que administren los incapaces para cultivar u ocupar por sí sus fincas, a los cuales se ha compelido, en cierto modo, a realizar una disposición de sus bienes por un tiempo indeterminado, que algunas veces puede ser para siempre (3).

cuanto a los arrendamientos rústicos pueden verse, entre otros, los capítulos II a VI de la Ley de 1935. Todavía parecen favorecer más al arrendatario las disposiciones posteriores.

(1) V. artículo 69 de la Ley de 1947 y 16 de la de 1936.

(2) La legislación de arrendamientos urbanos tenía carácter de excepción hasta la promulgación de la Ley de 1947, que en el fondo sigue teniendo un carácter excepcional, sobre todo en cuanto al régimen establecido en las disposiciones transitorias. Pero es conveniente concluir con la legislación de excepción. V. sobre esto Castán, «Contestaciones a Notarias», tomo III, pág. 157.

(3) Este defecto ha de achacarse principalmente a la legislación de

Por eso urge que cuando hayan desaparecido las actuales circunstancias, se diversifique el régimen de los arrendamientos, según se parten por un arrendador incapaz o menor, o, por el contrario, aquél sea plenamente capaz. Es más, sería ya conveniente iniciar una modificación en este sentido, pues en tales supuestos, salvo que concurren gravísimas razones, no existe motivo alguno suficiente que impulse a crear una desigualdad jurídica para compensar una desigualdad económica, compensadas ya antes por las incapacidades.

En ese sentido será conveniente volver a restablecer el arrendamiento, si bien sin darle en manera alguna la amplitud del Código civil. No hay que olvidar que el Derecho crea las instituciones para llenar un determinado objeto, y las circunstancias que han hecho surgir el arrendamiento no han desaparecido (1), aunque existan ocasiones en que por razones de gran peso haya que prescindir de aquella institución.

JOSÉ MARÍA BLOCH

arrendamientos urbanos. Sobre los arrendamientos rústicos, cf. artículo 3.º de la Ley de 1935.

(1) Efectivamente, la explotación de las fincas por personas que no son su propietario viene impuesta en el estado actual de la sociedad por la misma naturaleza de las cosas, ya que es la única forma de que ciertos bienes rindan su provecho, como cuando pertenecen a personas incapaces o se trata de patrimonios cuyo titular está indeterminado temporalmente. En estos casos no existe razón alguna que aconseje el despojar al dueño actual o futuro de su propiedad, aunque se le indemnice el valor (sobre todo en el primer caso).

# El mandato de crédito

- I.—1. Antecedentes históricos y legales.—2. Distinción de figuras jurídicas afines.—3. Las dos direcciones principales que le configuran: a), como mandato; b), como fianza: Crítica de estas construcciones en función de la jurisprudencia de intereses.
- II.—4. El contenido del contrato: Obligaciones del mandato y del mandatario.—5. Ejecución del contrato por el mandatario.—6. Relaciones entre mandante y mandatario.—7. La relación entre el mandante y el acreditado.—8. Extinción del contrato.
- III.—9. Jurisprudencia española.

## I

1. En los antecedentes romanos aparece el mandato de crédito como un «mandato cualificado», pese a la semejanza que guarda con los efectos de la fianza. Como en esta última corre a cargo del mandante el riesgo del crédito concedido a tercero o la prórroga del mismo, de tal forma que una vez que el mandatario da ejecución al mandato, responde el mandante como un fiador; responsabilidad que se hace efectiva mediante la «actio mandati contraria» para exigirle la reparación de cualquier clase de daños sufridos al llevar a cabo la misión confiada.

Pero lo expuesto no significa que se aplique el régimen de responsabilidad propio de la fianza, sino el del mandato (1). Puede el mandante, en tanto no se concede el crédito, revocarlo, y su obligación es distinta de la obligación principal, dado que no se refiere al pago de la deuda que nace del préstamo, sino que se relaciona con la reparación de los daños que haya podido sufrir el mandatario. De tal forma es distinta la configuración de esta institución de la fianza, que el pago hecho por el mandante no libera

(1) Sohm: «Instituciones de Derecho Romano». R. D. P., Madrid, 1928, páginas 374 y 375.

al deudor (acreditado) «ipso iure», sino mediante una excepción («exceptio doli generalis») (1).

Después pasa esta institución al derecho común, asemejándose a la fianza, pero con notas específicas que la constituyen en entidad aparte. Esta desviación de la doctrina romana ha sido explicada por Bortolucci (2), que cree que el mandato «tua gratia» y el «consilium» se identificaban en la falta de efectos jurídicos, y siendo el mandato de crédito («ut Titio pecuniam foeneres aut credas») un mandato «tua gratia», no tiene efectos jurídicos como el «consilium», y, por tanto, las obligaciones no nacen del contrato de mandato, teniéndose que fundar en otra causa jurídica productora de las mismas, que, en definitiva, se reconduce a la promesa de garantía que hace el mandante al mandatario.

Entre los antecedentes legales, el Derecho territorial prusiano disponía (arts. 213-214) que «aquel que declara por escrito que se pueda conceder crédito a alguien a riesgo suyo, responde como fiador», mandato de crédito que difiere del que más tarde regula el Código civil alemán, dado que en aquél la obligación no queda a cargo del mandatario. En contraste con lo dispuesto por el A. L. R., el B. G. B., en su parágrafo 778 dice: «El que confiere mandato a otro para que en propio nombre y por cuenta propia dé crédito a un tercero, responde como fiador, frente al mandatario, de las obligaciones del tercero resultantes de la concesión del crédito.»

El Código suizo de las obligaciones lo configura de la siguiente forma: «Cuando una persona ha recibido y aceptado la orden de abrir o de renovar, en nombre propio y por cuenta propia, un crédito a un tercero, bajo la responsabilidad del mandante, éste responde como fiador de la deuda del acreditado, en tanto que el acreedor no haya traspasado el mandato» (art. 408). Y en este sentido el artículo 629 del Código polaco de las obligaciones, de 1937,

(1) En las fuentes aparece como mandato de crédito el mandato ordenando prestar fianza: Así Ulpiano, «Plane si ut expectares nec urgueres debitorem ad solutionem, mandavero tibi, ut ei des intervallum, periculoque meo pecuniam fore dicam, verum puto omne nominis periculum debere ad mandatorem pertinere». L. 12 & 14, «Mandati vel contra» L. XVII Digesto.— Citas abundantes de investigación histórica en «Il mandato di credito», de Bortolucci, *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano*, 1915-16, págs. 129 y sigs. y 191 y sigs.

(2) Op. cit., págs. 134 y 135.

recoge el artículo 708 del proyecto italofrancés, afirmando que, salvo pacto en contrario, el mandato dado a una persona para abrir crédito a un tercero vale como fianza de deuda futura.

Por último, en el «Código civile» italiano de 1942 se dispone:

«Si una persona se obliga—frente a otra que le ha conferido el encargo—a conceder crédito a un tercero en nombre y por cuenta propia, la que ha dado el encargo responde como fiadora de un débito futuro.

El que ha aceptado el encargo no puede renunciarlo, pero el que lo ha conferido puede revocarlo, salvo la obligación de resarcir el daño a la otra parte» (art. 2.059) (1).

\* \* \*

2. Toda figura jurídica nueva plantea siempre los mismos problemas de distinción de aquellas otras que presentan rasgos similares. Esta diferenciación viene exigida por los imperativos científicos, que reclaman una clara delimitación de la nueva institución. Así el esfuerzo de los juristas se centra, en primer término, para encuadrarla en cualquiera de los tipos ya existentes.

Ahora bien: si el mandato de crédito aparece a primera vista como aquel contrato en el cual se ordena a una persona que haga algo en favor de una tercera, es lógico preguntarse si nos hallamos frente a un contrato en favor de tercero (2). La doctrina francesa antigua se pronunciaba por la teoría de la «negotiorum gestio» (Demolombe, Labbé) al interpretar el artículo 1.121 del Código

(1) En la *Relazione* del Ministro Grandi se dice: «El contrato es fundamentalmente de garantía. El encargo recuerda el mandato... Pero a diferencia que, en el mandato, la persona requerida para dar crédito no puede renunciar al encargo aceptado, porque la aceptación hace obligatoria la prestación correlativa, a la cual se contrapone la garantía del otro contratante. Tal situación excluye que el tercero adquiera derecho contra la persona encargada de efectuar la operación de crédito, sea porque la obligación correlativa se da sólo frente al mandante, sea porque éste puede revocar el encargo, bien entendido «re adhuc integra», aun si el tercero ha declarado querer aprovecharse del mismo. Por tanto, aparte de lo que concierne a la facultad de revocación concedida al mandante, el mandato de crédito no tiene nada que hacer con el mandante, porque la prestación de la persona requerida para dar crédito consiste en cumplir un acto jurídico por cuenta propia.» Roma. Libreria dello Stato, 1941, págs. 192-193.

(2) Cf. Lambert: «Du contrat en faveur de tiers». París, 1893.—Regelsberger en el *Handbuch* de Endemann II, pág. 473.—Pacchioni: «I contratti a favore di terzi». Milán, 1912.—De Buen: «La estipulación en provecho de tercero». *Rev. Gral. de Leg. y Jur.*, tomo CXLII, págs. 193 y sigs.

civil (correspondiente al 1.128 italiano y 1.257 de nuestro Código), afirmando que el contrato a favor de tercero lo celebra el mandante como gestor de negocios, siendo ratificado posteriormente por el interesado. Otros creen que se trata de una oferta al tercero que trae su fuerza de la vinculación de la voluntad unilateral, o bien de un contrato del que nace una obligación accesoria a favor del tercero.

Si se considera el aspecto limitado del contrato a favor de tercero, como aquel que tiende a procurar un derecho a este tercero, el mandato de crédito no se ajusta exactamente a los términos de la definición. Pero si se sigue la doctrina moderna, en la cual se admite éste en el amplio sentido de un contrato que proporciona una ventaja a un tercero sin que sea precisa la existencia de un interés patrimonial que la justifique, desde este punto de vista sí puede encuadrarse el mandato de crédito como tal contrato a favor de tercero.

Después de esta aclaración, que permite reconducir el mandato de crédito a la amplia categoría de los contratos mencionados, la doctrina se ha esforzado en encontrar la figura jurídica dentro de la cual se justificase este tipo contractual. Pasamos breve revista a los diversos intentos conceptuales:

a) Como negocio unilateral lo han definido Eccius (1) y Kohler (2), el primero como una autorización vinculante para el mandante, aunque el mandatario no la haya aceptado; el segundo, como un típico negocio unilateral que cae dentro de la figura de la delegación («anweisung»), por la cual se ordena a una persona que conceda crédito a un tercero, quedando obligado el mandante como un fiador, dado que de él procede la orden para la concesión.

b) Como contrato lo considera Windscheid (3), que cree ver una forma contractual de garantía que adopta la vestidura del mandato porque no tiene las exigencias de forma de la fianza romana. Förster (4), desarrollando ideas de Stammler, afirma que es un contrato unilateral de garantía, dado que debe ser aceptado

(1) «Verbürung für eine künftige Schuld und Kreditmandat», en Gruchots Beiträge, vol. XLVI, págs. 55 y sigs.

(2) «Bürgerliches Recht», vol. II, págs. 425 y sigs.

(3) Pandectas, 9.<sup>a</sup> ed. Tomo II, 6, 412, núm. 19.

(4) «Der Kreditauftrag». Leipzig, 1903, especialmente págs. 116 y sigs.

por el mandatario, sin vincularle con ninguna obligación de conceder el crédito ordenado.

No se trata de una fianza común, porque no necesita de forma escrita y sólo pone a cargo del mandante una garantía subsidiaria no accesorio, dado que éste no se obliga a pagar lo que en su caso debiera abonar al deudor, sino al resarcimiento de los daños.

Como fianza le consideran Girtanner, Lippman y Campogrande (1), reconduciéndola a la teoría romana o bien a la orientación general que sigue el Código civil alemán.

c) Como contrato bilateral que se encuadra dentro de la figura del mandato lo admiten Brinz, Dernburg, Bortolucci, Oertmann, Enneccerus, Weidemann, Tennenbaum, etc., naciendo de él la «actio mandati directa» y la «actio mandati contraria», respectivamente, para la solución de los derechos y obligaciones entre mandante y mandatario.

Ahora bien: según la disposición terminante del parágrafo 778 del Código civil alemán, se hace difícil asimilar el mandato de crédito al puro mandato, dada la obligación legal que impone dicho precepto al mandante de responder como fiador de la obligación del tercero respecto al mandatario, aunque esta dificultad no se presenta en nuestro ordenamiento jurídico.

d) Como contrato mixto. La doble faz que presenta este contrato, que hasta el momento de la concesión del crédito aparece más cercano al mandato y después de esta concesión a la fianza, ha llevado a parte de la doctrina a pensar que estamos en presencia de un contrato mixto que toma elementos del mandato y de la fianza, o, mejor aún, que se trata de una fianza que adopta la apariencias de mandato. Tal es la opinión de Rothemberg (2) y algunos autores más (Weidemann, Oertmann, Enneccerus, Tennenbaum (3), que creen que desde el momento en que se concede el crédito tienen carácter decisivo las normas sobre la fianza, sin

(1) «Die Bürgschaft nach gemeinen Civilrecht». Jena, 1850.—«Der Kreditauftrag des B. G. B.», en el Jharbuch de Ihering, vol. XLVIII, págs. 332 y sigs.—«La teoria generale del mandato di credito», en la *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, 1892, págs. 299 y sigs.

(2) «Der Kreditauftrag». *Arch. f. Civ.*, 1891, vol. LXXVII, págs. 223 y siguientes.

(3) Enneccerus: *Derecho Civil*, t. II, 2.º (trad. esp.), págs. 489 y siguientes y notas.

perjuicio de aplicar los preceptos del mandato que no sean incompatibles con aquéllas.

Por último, es interesante recoger la opinión de Graziani (1), que considerándole contrato mixto, llega a definirlo como fianza y «pactum de contrahendo cum tertio», que son los elementos jurídicamente sensibles que delimitan esta figura.

\* \* \*

3. Estas posiciones doctrinales vemos que pueden reconducirse a dos direcciones principales, excluyendo aquellas otras de menor interés, hoy totalmente superadas (gestión de negocios, etc.). En este sentido es muy interesante la posición de Polo (2), que cree que la concesión de crédito por «cuenta propia» es el elemento característico del mandato de crédito; «es precisamente la concesión del crédito por «cuenta propia»—dice—la que aproxima la responsabilidad del mandante a la del fiador». Desde el momento que se ha concedido un crédito por cuenta propia, el mandatario no podrá pedir al mandante que le haga la previa provisión de fondos (que contemplan los supuestos de mandato o comisión), ni el mandante quedará obligado a reponer inmediatamente las cantidades acreditadas, como sería normal en el caso de mandato por cuenta ajena (arts. 1.728 y 278, C. c. y C. de c.).

No resultan convincentes los esfuerzos que se han hecho para configurar el mandato de crédito como fianza o puro mandato precisamente, porque esta figura tiene elementos de ambos contratos.

Con el mandato, la institución que estudiamos tiene de común que el impulso para la concesión de crédito procede de otra persona. No es obstáculo que la apertura de crédito se haga por *cuenta propia*, puesto que en la misma definición legal que da el artículo 1.709 se establece que el mandato puede ser por *encargo* de otra persona, sin que el requisito de por *cuenta ajena* sea nota esencial, que no admita la posibilidad de que se trate precisamente de un encargo de dar el crédito en nombre propio y por cuenta propia. El *encargo* representa el elemento típico de man-

(1) «Il mandato di credito». Riv. Dir. Com., 1932, I, págs. 315 y sigs.

(2) Polo (Antonio): «Comentario a la Sentencia de 22 de diciembre de 1941». Rev. Der. Priv., 1942, págs. 412 y sigs., en especial 416-418.



dato, en la especie que constituye el de crédito, aunque con necesidad de precisar, dado que la palabra *encargo* no tiene un significado exacto técnico. Creemos que representa en este caso el interés económico del mandante, que sostiene las pretensiones jurídicas nacidas del mandato, es decir, la «*actio mandati directa*», para reclamar la ejecución del contrato, o cualquiera de los demás efectos jurídicos que derivan de la ejecución. Idéntico efecto se produce respecto de la «*actio mandati contraria*», en cuanto el mandatario se dirigirá contra el mandante para obtener el resarcimiento de los daños sufridos en la ejecución o la retribución pactada.

Por otra parte, el mandato de crédito toma elementos de la comisión, en el sentido de que el mandatario obra en nombre propio, quedando obligado de modo directo con las personas con quienes contrata (arts. 245 y 246 C. de c.). El supuesto esencial del mandato de crédito es la actuación del mandatario en nombre propio, no dándose la comunicación de los efectos jurídicos al comitente (mandante). Con esto se distingue claramente que no es de esencia al mandato la transmisión al mandante de los efectos del negocio ordenado al mandatario, sino una necesidad de que el negocio, en determinados casos, haya de ser transmitido al mandante para hacer posible a éste conseguir los fines perseguidos. Si el interés del mandante no es éste, los efectos del mandato permanecen en el mandatario, sin que por éste se desnaturalice el contrato. (Cf. arts. 1.717 C. c. y 246 del C. de c.).

La obligación para el mandante de que el mandatario quede indemne y sin perjuicio como consecuencia del mandato (artículo 1.723 C. c.), obliga a la previa provisión de fondos, si el *mandatario lo pide*, a fin de llevar a cabo el encargo. Ahora bien: por tratarse de un mandato de crédito, la segunda nota característica esencial es la de darse el crédito por *cuenta propia*, requisito que excluye la previa provisión. El objeto del contrato es precisamente *dar crédito*, mientras que en los otros supuestos de mandato, la provisión de fondos es sólo un medio necesario para llevar adelante el encargo recibido. Por otra parte, esta provisión tiene carácter facultativo para el mandatario, dado que ha de hacerse previa su petición, sin que sea una obligación automática del mandante.

En realidad, la mayoría de las notas del mandato de crédito le reconducen a constituirse en una forma específica de este contrato que por exigencias del tráfico ha desarrollado, partiendo de sus propios elementos, una variante que tiende a satisfacer una necesidad del tráfico. La obligación del fiador es accesoria respecto de la asumida por el acreditado y está condicionada por la existencia y por los límites que tenga la obligación principal, mientras que en el mandato de crédito la posición del mandante no tiene este carácter de accesoriedad, sino en tanto en cuanto es obligación legal de garantizar la deuda del acreditado.

## II

4. *Forma*.—El mandato de crédito no tiene requisitos de forma para ser conferido. Normalmente es casi imposible que exista un tácito conferimiento del mandato; aunque sí es frecuente la aceptación tácita. La obligación de garantía que pesa sobre el mandante no necesita ser expresada, dado que está predeterminada por la ley. (Cf. arts. 1.710 y 1.822 C. c.).

*Capacidad*.—El mandato debe unir la doble capacidad jurídica y obrar. Por excepción, frente a la figura ordinaria de mandato, que no exige en el mandatario la plena capacidad jurídica, en el mandato de crédito, la concesión de este último, como acto que excede los llamados de administración, exigirá en el mandatario idéntica capacidad que en el mandante. (Cf. arts. 1.713 y 317 del Código civil.)

*Consentimiento*.—Sigue las reglas generales. En cuanto a la voluntad del mandatario, dado que la aceptación de éste pueda realizarse también en forma tácita, hay que hacer constar que ha de aparecer claramente que el crédito se concede siguiendo la orden del mandante y en ejecución del contrato antecedente.

El contenido del acuerdo tiene dos aspectos interesantes, que hacen relación, respectivamente, a la obligación del mandatario de conceder crédito y a la revocabilidad del mandato por parte del mandante, y que luego examinaremos.

*Objeto*.—Es la prestación del mandatario, que mira, más que al resultado final, a la actividad de ésta en la ejecución.

Dos elementos deben ser analizados aquí: a), el negocio; b), la persona en cuyo favor se ordena el crédito.

a) La concesión de crédito en el mandato comprende cualquier forma que entre bajo esta amplísima denominación de «dar crédito», que engloba tanto el crédito de dinero como de cosas; la prórroga de una deuda ya existente, etc.

Es una exigencia de esta figura jurídica que se determine con toda claridad el importe total del crédito que se concede, a fin de hacer conocer al tercero cuál es la cantidad en que el mandato se concreta y, por otra parte, dar al mandante la cifra exacta de su responsabilidad como fiador. Si el importe total no ha sido determinado, por lo menos deberá ser determinable o resultar de las condiciones generales del contrato, que en el caso de prórroga de un crédito ya existente es la suma ya fijada.

La concesión en nombre propio y por cuenta propia hemos dicho que constituye el elemento diferenciador del mandato. En nombre propio significa que no existe ningún elemento de representación directa ni indirecta, y por cuenta propia significa que el mandatario es el sujeto material del negocio y concede el crédito con su propio patrimonio. Sería, en cambio, por cuenta del mandante si los efectos del negocio le fueran inmediatamente transmitidos y el mandatario fuera tan sólo la persona intermedia que cumple una función ocasional (1).

b) La persona del beneficiario ha de ser determinada con toda claridad y ha de poseer la plena capacidad de obrar, ya que el mandato dirigido al mandatario consiste precisamente en celebrar un contrato con este tercero de concesión de crédito, siendo decisivas las cualidades personales del acreditado por razón de la naturaleza del contrato.

\* \* \*

5. La aceptación del mandato obliga al mandatario a celebrar el contrato con el tercero, concediéndole el crédito ordenado o prorrogándole el que ya existe, en nombre propio y por cuenta propia, y este crédito forma parte de su propio patrimonio y en él permanece durante todo el tiempo de subsistencia de la relación jurídica. Cf. arts. 1.717 y 246 del C. c. y C. de c.).

(1) Forster: Op. cit., pág. 179.

a) El crédito debe ser concedido a aquella persona que ha indicado el mandante, que debe reunir los requisitos de capacidad que exige el Derecho o bien complementaria con las personas que la ley indica (caso de menores o incapaces). La ejecución del mandato por parte del mandatario afecta tan sólo a las relaciones de éste con el mandante, sin que por el hecho de la aceptación adquiera el tercero ningún derecho efectivo que pueda hacer valer. El contrato entre el mandatario y el beneficiario es independiente de esta primera relación jurídica.

b) La concesión del crédito debe hacerse al tercero indicado por el mandante, que gozará de esta concesión o de la prórroga en su caso. (Cf. art. 1.734 C. c.). La obligación que asume el mandatario no está rígidamente enmarcada dentro de las instrucciones del mandante, sino que normalmente se permite una cierta flexibilidad para llevar a cabo el encargo conferido. La naturaleza del contrato figurado como relación de confianza permite esta mejor gestión del mandato (1). (Cf. art. 1.715 C. c.).

c) El importe del crédito ha de ser fijado por el mandante, aunque si la necesidad del beneficiario es menor, la reducción es válida también frente al mandante, que quedará obligado por esta cantidad. Si el mandatario no concede todo el crédito ordenado y RECLAMADO POR EL ACREDITADO, el mandante no queda obligado, dado que no se ha cumplido el encargo que dió y no se han conseguido los resultados económicojurídicos perseguidos.

La concesión de un crédito mayor sólo obliga al mandante por el importe predeterminado por él. (Cf. arts. 1.714 y 1.727 C. c. y 245 C. de c.).

Como hemos dicho, la naturaleza del mandato del crédito como contrato de confianza permite aún cierto margen de libertad para el mandatario si se cumplen estas condiciones:

1.<sup>a</sup> Que el mandante no haya limitado rígidamente su responsabilidad a una cifra menor.

2.<sup>a</sup> Que la ampliación del crédito concedido al beneficiario sea necesaria para conseguir el fin que el mandante se propuso. (Cf. art. 255 C. de c.).

d) 1) Si el mandante ha fijado determinadas garantías como

(1) Forster: Op. cit., pág. 14.

condición para la concesión del crédito, el mandatario no debe darle hasta tanto que se hayan cumplido dichas condiciones. Caso que el mandante no haya estipulado nada en este sentido, el mandatario no está obligado a pedir la constitución de garantía, salvo que dentro de su obligación genérica de actuar como un buen padre de familia u ordenado comerciante aparezca clara tal exigencia frente al beneficiario de poca solvencia.

2) Intereses: La naturaleza del contrato de mandato de crédito hace que el mayor número de estos contratos se celebren entre una persona mandante y un Banco mandatario, por lo cual la estipulación de los intereses es normal en el tráfico bancario. No es contrario a la esencia del mandato de crédito la concesión gratuita, aunque rara vez se dé en la práctica de los negocios.

3) Se pueden establecer aquellos términos o condiciones que no vayan a frustrar el fin perseguido por el mandante al dar la orden de concesión de crédito. Dos límites tiene la estipulación de términos o condiciones: no impedir el fin que el mandante se propone y no dañar al mandante en su calidad de fiador de la obligación del acreditado.

e) Hemos dicho que el crédito pertenece y permanece en el patrimonio del mandatario y, por tanto, los intereses son suyos. Goza de un amplio poder de disposición sobre el crédito, en tanto en cuanto no vaya contra los fines perseguidos por el mandato ni perjudique al mandante o al acreditado.

\* \* \*

6. Los derechos del mandante se concretan de la forma siguiente:

a) Derecho a la ejecución del mandato mediante la «actio mandati directa» en los términos de la orden que ha dado el mandatario. (Cf. art. 1.718 C. c.).

b) Respecto al crédito concedido por el mandatario al tercero, ya hemos dicho que permanece en el patrimonio de aquél sin que haya de verificarse la transmisión de los efectos del contrato celebrado entre mandatario y acreditado al mandante. Sólo en el caso de que el mandante haya cumplido como fiador del acreditado tendrá derecho a que se le transmitan todas las pretensiones del mandatario frente al acreditado. (Cf. arts. 1.717 y 1.839 C. c.).

c) Los intereses percibidos por el mandatario le corresponden por entero, dado que es él el que concede el crédito con su propio patrimonio, y representan la contraprestación del acreditado.

d) Garantías: Caso de que el mandante cumpla como fiador estas garantías deben serle transferidas.

e) La rendición de cuentas tiene en el mandato de crédito un sentido especial. No se extiende a la comunicación de las relaciones económicas, sino tan sólo a la información sobre la manera como el mandatario ha gestionado el negocio, a fin de probar su diligencia y el exacto cumplimiento de las instrucciones recibidas. (Cf. arts. 1.720 C. c. y 276 C. de c.).

Las obligaciones del mandante son las siguientes:

a) La obligación genérica de que el mandatario quede indemne y sin perjuicio por consecuencia del mandato (art. 1.728 C. c.).

Un análisis atento de las obligaciones que nacen del mandato de crédito nos lleva a la siguiente clasificación:

1) Obligaciones independientes de la insolvencia del tercero, que pueden ser a su vez independientes de la concesión del crédito o posteriores a dicha concesión.

2) Obligaciones que dependen de la insolvencia del tercero.

I. Obligaciones independientes de la insolvencia del acreditado.

El mandatario debe ser indemnizado de todos los daños y perjuicios que le haya causado el cumplimiento del mandato sin culpa ni imprudencia por su parte (art. 1.729 C. c.).

El mandante no puede negarse a resarcir los daños y gastos que haya sufrido el mandatario que haya observado la oportuna diligencia en los casos siguientes:

a) El mandatario no ha podido conceder el crédito porque el beneficiario lo ha rechazado.

b) El crédito ha sido concedido, pero sin que haya surgido entre mandatario y beneficiario una obligación válida por defectos de capacidad, voluntad o de algún requisito esencial del contrato (1).

II. Obligaciones posteriores a la concesión del crédito.

a) El mandante debe reembolsar al mandatario de todos los

(1) Cf. Forster, págs. 56 y sigs.—Bragantini: «Il mandato di credito». Milán, 1939, págs. 122 y sigs., a quien seguimos fundamentalmente.

gastos y daños que en su caso haya sufrido antes y después de la concesión del crédito.

b) La pretensión del mandatario dirigida a obtener el reembolso de los gastos realizados, puede hacerse efectiva en cuanto éstos se hayan llevado a efecto. Para estos gastos accesorios puede el mandatario pedir la previa provisión de fondos (no así para la concesión del crédito) (art. 1.728, 1.º, C. c.).

c) El mandante debe abonar en su caso los daños justificados; no un cálculo abstracto, sino los efectivamente sufridos.

III. Obligaciones dependientes de la insolvencia del acreditado.

a) Los daños sufridos por el mandatario en la gestión del negocio a él confiado que le hayan sobrevenido como consecuencia de su culpa o negligencia no son indemnizables

b) Las obligaciones que debe asumir el mandante como consecuencia de la insolvencia del acreditado son las siguientes:

1.ª Obligación relativa al pago del crédito. Por ser la más importante y la más gravosa para el patrimonio del mandante hay que precisar que sólo habrá de satisfacer la deuda cuando la obligación del tercero no se haya extinguido por cualquiera de los hechos extintivos de la misma que producen plenos efectos jurídicos (pago, novación, remisión, condición resolutoria, etc.). La pérdida de la cosa debida, que no sea un *genus*, libera al deudor y, por tanto, al mandante en cuanto actúa como fiador, dada la naturaleza accesoria de su obligación.

2.ª El mandatario puede exigir al mandante el pago del crédito en el momento del vencimiento, teniendo en cuenta que en los casos de quiebra y concurso los créditos se consideran vencidos *ipso iure*.

3.ª En el caso que el mandatario haya estipulado intereses con el tercero como compensación de su prestación, puede reclamárselos al mandante. Ahora bien: si el mandante ha prohibido al mandatario la estipulación de intereses, el mandatario no tendrá derecho a reclamarlos. Otro supuesto es el de que se guarde silencio, siendo decisivo en este aspecto el uso que domine en la materia. (Cf. arts. 277 C. de c. y 1.728 C. c.).

4.ª En cuanto a las excepciones que el acreditado podría oponer al mandatario, el mandante no puede valerse de ellas, salvo aquellas otras que tendría el acreditado por no haber actuado e.

mandatario con la debida diligencia Las excepciones que pudiera oponer el acreditado basadas en causas distintas no competen al mandante.

5.<sup>a</sup> Puede estipularse una compensación al mandatario por el servicio que realiza, que sería debida en todo caso, dado que el objeto del contrato es la actividad del mandatario y no el resultado final

\* \* \*

7. En el contrato de mandato de crédito el mandante y el acreditado no quedan siempre en total incomunicación jurídica, dado que pueden llegar a entrar en relación en alguno de los supuestos siguientes: a) Cuando el mandatario ha hecho cesión de algunos de sus derechos al mandante; b) Cuando el mandante ha satisfecho la deuda del acreditado como fiador, y en función de la subrogación legal que le corresponde; c) Cuando el mandante asume la posición de mandatario del acreditado.

Como mandatario, el mandante puede aparecer en un contrato independiente, del que a su vez exista entre éste y el que concede el crédito. Esta relación jurídica que se crea entre el acreditado y el mandante da derecho a éste a reclamar todos los gastos y la indemnización de los perjuicios que haya sufrido en ocasión del mandato, siempre que no haya habido culpa o negligencia por su parte.

Como mandante propio en el contrato de mandato de crédito tendrá derecho a ejercitar todas las pretensiones contra el acreditado que le hayan sido concedidas por el mandatario.

Frente al acreditado el mandante aparece como un fiador de deuda futura, y como tal fiador tendrá el derecho de regreso contra el acreditado que no ha satisfecho su deuda, obligando al mandante a hacerlo.

\* \* \*

8. El mandato se extingue por algunas de estas causas:

a) *Revocación.*—El mandante puede revocar el mandato a su voluntad (art. 1.733 C. c.) antes de que se haya llevado a la práctica el negocio para el que lo confirió. Esta facultad de revocación constituye una esencial diferencia del mandato de crédito frente a la fianza prestada en garantía de un crédito futuro, la cual no



puede revocarse, obstáculo que sería grave respecto al mandato de crédito, que configurado como fianza sería irrevocable (1).

b) *Renuncia*.—El mandatario puede renunciar con justa causa, es decir, cuando la continuación en el desempeño del mandato pueda irrogarle graves perjuicios (art. 1.736, 2.º, C. c.).

La insolvencia relativa del mandante autoriza al mandatario para renunciar al mandato conferido. Y hablamos de insolvencia relativa porque la quiebra o el concurso resuelven de plano estas relaciones.

c) *Muerte*.—La sobrevenida antes de que se haya concedido el crédito al acreditado resuelve el contrato. Si el crédito ha sido ya concedido, los herederos del mandante quedan obligados como sucesores de todos los derechos y obligaciones del difunto, respecto al mandatario.

d) La interdicción civil, la quiebra o la insolvencia del mandante extinguen totalmente la relación.

### III

9. La jurisprudencia ha abordado el tema del mandato de crédito en dos sentencias. La primera de 8 de octubre de 1927, en la que se resolvía un pleito entre dos Sociedades españolas y un Banco, al que acudieron para que prestase la garantía exigida por una firma italiana. En dicha sentencia el Tribunal Supremo afirma: «La existencia de un contrato de mandato tal y como lo define el artículo 1.709 del Código civil, porque se acepta la encomienda de los demandados, se presta después la garantía, que era el servicio que se encomendaba, y se satisfacen los gastos del servicio aceptado... porque si bien en las cartas contratos se usan las frases «con la garantía de la parte necesaria de la consignación o depósito hecho en ese establecimiento a las resultas del pleito», y en otras «presten ustedes a su vez la garantía, etc.», estas locuciones, en su sentido literal, se refieren a un contrato de fianza o de préstamo, pero esto es precisamente el servicio que se encomienda, puesto que lo que se concierta con aquellas cartas es un contrato de mandato en cuya virtud las Sociedades solicitan de la

(1) En el mismo sentido, Tennenbaum: Op. cit., págs. 5-6.

Sociedad demandante (Banco) que les preste el servicio de garantizar por su cuenta los gastos de salvamento con la provisión de fondos de depósito, y la fianza y el pago son actos jurídicos consecuencia de aquel cuyo cumplimiento constituyen, pues el mandatario quedó obligado por su aceptación a cumplirlo, y respondía de los daños y perjuicios que de no ejecutarlo se ocasionasen al mandante.

Tan evidente le pareció al Juzgado y a la Sala la materia jurídica del contrato de mandato, que la fundaron en la interpretación literal de las cartas contrato, sin acudir a la interpretación lógica ni a la sistemática, ni a la regla especialísima del artículo 1.288 del Código civil, muy aplicable al caso de autos, pues la interpretación lógica confirma la opinión de la Sala sentenciadora, como también la confirma no sólo los actos coetáneos y posteriores, sino los anteriores; y, por último, porque las cartas fueron redactadas y suscritas por las Sociedades... y si alguna oscuridad ofreciesen ella no podría favorecerle, mucho más cuando el contrato se hacía en su beneficio y utilidad para salvar la situación angustiosa creada por el embargo de un barco con cargamento de importancia.»

Y la más reciente de 22 de diciembre de 1941, motivada por haberse dirigido un Banco contra los mandantes de un contrato de mandato de crédito. El Tribunal Supremo sustenta la siguiente tesis: rechazando la calificación previa de afianzamiento mercantil, «pues hay que estimarlo más bien como un contrato de mandato o comisión mercantil, con los requisitos marcados por los artículos 244 del Código de comercio y 1.079 del civil, en cuanto por él dichas señoras encargaban al Banco que prestara *por su cuenta* el servicio de avalar unas letras a un tercero; y aun cuando cupiera incluir aquél dentro de la modalidad especial constituida por el llamado en la doctrina científica «mandato de crédito», en cuanto se confería al Banco el encargo específico de abrir crédito, bajo la forma de prestación de aval a un tercero, el señor ..., aceptante de las cambiales asumiendo el mandante la responsabilidad, tipo contractual éste que guarda innegables afinidades con el contrato de fianza, por razón de las cuales algún Código extranjero ha venido a establecer que el que confiere mandato a otro para que en nombre propio y cuenta propia dé crédito a un ter-

cero responde como fiador al mandatario de las obligaciones del tercero, resultantes de la concesión del crédito, es de notar que en el derecho patrimonio existe una previsión legislativa semejante, y aun cuando podría, indudablemente, al amparo de la libertad de contratación, constituirse una figura jurídica de esas mismas características, en el caso presente la frase que emplean las firmantes de las cartas al decir al final de las mismas que «garantizar» al Banco el pago de la operación, puede y debe ser interpretado no como una referencia a la específica garantía fideusoria, o sea a la responsabilidad «accesoria» que se contrae cuando se asume el pago de la deuda ajena, sino como una obligación o promesa de pago, con sustantividad propia, aunque se constituyera para cubrir el riesgo que hubiera podido causarse al acreedor si no cobraba el importe de lo que por el aval pagara.»

Son innegables las similitudes entre ambas sentencias que forman doctrina legal, desde el momento que se repiten en dos decisiones del Tribunal Supremo. En ambos pronunciamientos, acertadamente niega el Tribunal sentenciador la calificación de mandato de crédito al contrato, por darse el crédito *por cuenta de los mandantes*, con lo cual aun aceptando la tesis de que se trata de un mandato, no es posible identificarlo con el de crédito.

Es precisamente—como pone de relieve el profesor Polo—la concesión de crédito *por cuenta propia* la que aproxima la responsabilidad en que su caso tiene el mandante a la del fiador, obligándole a satisfacer la deuda cuyo pago no haga en acreditado. De aquí que siendo una concesión *por cuenta propia* el requisito de la provisión de fondos no existe, y es el patrimonio del mandatario el que soporta dicha provisión como consecuencia de ser un mandato en que la nota de *por cuenta ajena* falta, recobrando, en cambio, plena virtualidad los preceptos que obligan al mandante a dejar indemne de todos los gastos y perjuicios que pueda experimentar el mandatario en la ejecución del mandato.

ALFREDO ROBLES ALVAREZ DE SOTOMAYOR.

## Trascendencia de la moderna legislación de montes en el Registro de la Propiedad

La clásica distinción entre montes públicos y privados establecida en la Ley de 24 de mayo de 1863 va perdiendo, cada vez con mayor rapidez, la nitidez de sus primitivos contornos, conforme van siendo relegados al desván de la Historia los principios que produjeron aquella legislación. El interés público y su secuela, la intervención administrativa, ganan cada día un nuevo reducto al interés y al derecho privados, hasta el punto que, de seguir la evolución con el mismo ritmo, dentro de muy poco tiempo será preciso buscar una nueva categoría jurídica para catalogar lo que hasta aquí ha podido conocerse con el nombre de propiedad privada forestal.

Sorprende más esta evolución cuando se considera la rapidez con que se ha efectuado. Entre la Ley del 63 y la de Presupuestos del 68—que pusieron en estado de venta los montes del Estado y que declaraban no sometidos a los de particulares a más restricciones que las impuestas por las reglas generales de policía—, y el Reglamento de 30 de mayo de 1941 y Decreto de 24 de septiembre de 1938—que, por un lado, tienden al incremento constante del área forestal de la pertenencia del Estado, y por otro prohíben a los particulares los aprovechamientos de sus montes sin una autorización especial y les obligan a participar a la Administración los cambios de dominio—, no media en el tiempo un período mucho mayor de medio siglo. En el aspecto filosófico, en cambio, el abismo que los separa es tan grande que sólo ha podido ser salvado mediante una reconstrucción desde sus cimientos de todo el edificio del Derecho relativo a la materia.

Nuestro limitado objeto en este trabajo no es hacer el estudio

de esa evolución ni el examen completo del estado legal vigente. Sólo nos interesan ahora las repercusiones registrales prácticas del mismo, de las que intentaremos hacer una breve recopilación metódica. El aspecto teórico del problema, en cuanto a la necesidad, utilidad y consecuencias de la inscripción de los montes públicos, fué ya magistralmente tratado en los trabajos publicados en los números 3, 4, 6 y 8 de esta misma Revista por los señores D. Jerónimo González, D. Niceto Alcalá-Zamora y D. Gabriel Mañeco.

No eran muy importantes en la antigua legislación las especialidades de los montes en cuanto a su ingreso y desenvolvimiento jurídico dentro del Registro: los públicos, como cualesquiera otros bienes del Estado o corporaciones locales, llegaban a él en la forma general determinada para esta clase de fincas, sin que hubiese que citar tampoco disposición alguna importante que de modo especial afectase a su vida dentro de la institución; los privados, al no estar sometidos a más limitaciones que las que significaban las reglas generales de policía, seguían en el Registro las normas genéricas de los demás bienes de propiedad particular.

La que desde nuestro punto de vista llamamos moderna legislación, que aparte de disposiciones de menor interés se concentra hoy en el Decreto de 24 de septiembre de 1938 y en la Ley reguladora del patrimonio forestal del Estado, de 10 de marzo de 1941, desenvuelta por el Reglamento de 30 de mayo del mismo año, aporta al campo del Registro inmobiliario mayor número de peculiaridades para una y otra clase de montes, consecuencia del marcado intervencionismo administrativo en las dos direcciones en que puede manifestarse: la positiva—acción directa de la Administración, técnica y jurídica, sobre los montes de todas clases—y la negativa—abstenciones y limitaciones a que han de someterse los particulares en el ejercicio de su derecho de propiedad.

Para nuestro objeto separaremos, en primer término, los montes del Estado de los privados o de entidades públicas locales, considerando finalmente las obligaciones especiales impuestas a los Registradores de la Propiedad con relación a los de este segundo grupo.

**I. Montes del Estado.**—Tanto los que éste posee en la actualidad como los que por cualquier causa adquiera en lo sucesivo,

forman hoy parte del Patrimonio Forestal del Estado, servicio público personificado y dotado de medios económicos autónomos que fué establecido por la Ley de 9 de octubre de 1935, regido ahora por la Ley y el Reglamento del 41 antes aludidos. Goza este organismo de plena capacidad jurídica, actuando por medio de sus organismos rectores, que son un Consejo y un director jefe de servicio.

Los montes poseídos por el Estado hasta el año 1935 se inscribían a su nombre en el Registro, con sujeción a la legislación anterior, contenida fundamentalmente en la Ley y Reglamento de Montes, en el Real decreto de 1 de febrero de 1901 y en la Real orden de 9 de octubre de 1902, recogida en los artículos 42 y 21 y siguientes del Reglamento hipotecario de 1915. Estos mismos preceptos siguen regulando ahora la materia—de la que el nuevo Reglamento hipotecario se ocupa en sus artículos 30 y 15 y siguientes—, sin más variante que la de que todas las inscripciones se practicarán a nombre de la nueva personalidad administrativa, cuya representación, que es delegable, corresponde a su director en cuantos actos y contratos haya de intervenir.

La acción administrativa sobre esta clase de montes se manifiesta en el Registro a través de los actos dispositivos, ya que los de disfrute o administración no llegan a adquirir trascendencia real. No se trata en el Reglamento del Patrimonio de la venta de los inmuebles de su pertenencia, puesto que desde la suspensión definitiva de las leyes desamortizadoras en este punto, la política forestal del Estado se orienta, como se ha visto, precisamente en el sentido opuesto de adquisición del mayor número posible de fincas de esta naturaleza. El Reglamento trata sólo de tres clases de actos de disposición ejercidos por el Patrimonio: permutas, servidumbres y deslindes, los que, a nuestro objeto, vienen regidos por normas que con ligeras variantes son las mismas establecidas por la Ley del 63 y su Reglamento.

En cuanto a las permutas, dispone el artículo 84 del Reglamento del Patrimonio que los montes y terrenos del mismo podrán ser permutados por otros públicos o de particulares, sujetándose a las normas que se establecen para las compras, de las que después hemos de ocuparnos.

La constitución y redención de servidumbres se hallan sujetas

a reglas especiales para salvaguardia de los intereses del Estado, pero en su inscripción siguen las normas generales, siendo en ambos casos el título inscribible la escritura pública, si medió la conformidad del interesado, o la hoja de valoración o acta de ocupación, acompañada del resguardo del depósito, si se llegó a la expropiación por falta de esa conformidad, según dispone para las expropiaciones en general el artículo 32 del Reglamento hipotecario.

Finalmente, con relación a los deslindes, se declaran vigentes las disposiciones que con anterioridad los regulaban: la Dirección del Patrimonio acordará los que hayan de realizarse, aprobando las memorias preliminares y los presupuestos; el expediente se resuelve por el Ministerio de Agricultura y, una vez firme, se procede al amojonamiento. El acta de deslinde, firmada por el Perito o Ingeniero encargado y por los interesados asistentes cuya negativa no se haya consignado por diligencia, una vez aprobada por el Ministerio, será el título inscribible en el Registro, de acuerdo con lo dispuesto en el número 2.º del artículo 12 del mismo Reglamento de la Ley Hipotecaria.

**II. Montes de Corporaciones públicas o de particulares.**—La acción administrativa en cuanto a los mismos se lleva a cabo, aparte de los actos relativos a su disfrute sin efectos reales, por medio de los llamados «convenios», de la compra o permuta y de la expropiación forzosa.

A) *Convenios.*—Bajo este epígrafe se ocupa el Reglamento del Patrimonio, en sus artículos 56 al 59, de un contrato en virtud del cual el propietario cede a aquél, por tiempo indefinido o determinado, los terrenos cuya repoblación forestal le interese, a cambio de obtener una participación en los beneficios que en su día se obtengan de las masas arbóreas.

Este contrato, una vez conformes ambas partes, se elevará a escritura pública, que se inscribirá en el Registro de la Propiedad; a más de esto, el vuelo de las masas arbóreas que se creen debe ser inscrito en el Registro a nombre del Patrimonio, sin perjuicio de los derechos que sobre el mismo se hayan reservado al propietario del suelo. La inscripción es, por tanto, doble: una previa del derecho real establecido, cuyo título es la escritura pública, y otra posterior de las masas arbóreas, cuyo título no se regula, pero que

deberá ser la certificación expedida por el Ingeniero jefe de Montes de la provincia, en la que conste su creación, con las circunstancias necesarias para ser inscrita.

No es ésta ocasión de detenerse a examinar la naturaleza del derecho adquirido por el Patrimonio sobre los terrenos a que afecte el «convenio», y que tal vez pudiera ser catalogado como una forma atípica de la enfiteusis. De todos modos, sus condiciones pueden variar según los pactos especiales que de común acuerdo se establezcan, y a los efectos registrales sólo nos interesa hacer constar que se trata de un derecho real, puesto que expresamente se declara inscribible, y que según la abundante y reiterada jurisprudencia de la Dirección General de los Registros, recogida en la Resolución de 2 de octubre de 1884, a la inscripción del vuelo ha de preceder la del suelo, por lo que, si la finca afectada no está previamente inscrita, no podrá inscribirse el convenio ni la masa arbórea mientras tal defecto no se subsane en la forma adecuada, es decir, mediante la inmatriculación del inmueble.

B) *Compras y permutas*.—Se aplican a los terrenos necesarios para la ejecución de proyectos aprobados o a los comprendidos dentro de las zonas declaradas de «interés forestal», así como a todos los que convengan a los fines de la Administración, y se encuentran reguladas en los artículos 60 al 68 del Reglamento del Patrimonio.

Desde el punto de vista de los particularés o entidades propietarios, pueden dividirse en voluntarias y forzosas; las primeras son las que inician el vendedor o el Patrimonio libremente, por medio de oferta que la otra parte acepta o rechaza. Para su inscripción, como es lógico, deberán hacerse constar en escritura pública, sin que presenten, por otra parte, especialidad alguna registral.

Las forzosas son las que se llevan a cabo en virtud de los derechos de tanteo y retracto que el Patrimonio goza, en general, sobre las fincas forestales mayores de 250 hectáreas, y de los que después se ha de tratar también al ocuparnos de las obligaciones de los Registradores. Estos derechos adoptan en su ejercicio distinta forma, según se trate de ventas o subastas, sin que, como es lógico, puedan tener virtualidad en los casos de permuta.

Tratándose de venta, si medió el aviso previo al Patrimonio, tiene éste un plazo de dos meses para iniciar las gestiones de ad-



quisición en la forma ordinaria, debiendo terminarse con la compra o el desistimiento en el término máximo de seis meses; si el aviso no ha tenido lugar, puede el Patrimonio entrar en posesión de la finca en el plazo de diez años por el precio en que fué vendida, con deducción de los daños causados. Se instruirá el expediente por la Dirección, dirigiéndose al propietario una hoja de aprecio de la finca, siguiendo su tasación un procedimiento idéntico al de la expropiación forzosa en el período de justiprecio; previos los trámites legales, esa hoja de aprecio será documento inscribible en el Registro de la Propiedad.

Si se trata de subasta, cualquiera que fuese su causa, el aviso debe darse por la autoridad o particular que firme el anuncio, con quince días por lo menos de anticipación a la celebración del remate, pudiendo el Patrimonio ejercitar su derecho de tanteo en un plazo de quince días, a contar de la fecha de la adjudicación provisional; si así lo hace, la escritura se otorgará a su nombre y éste será el título para la inscripción. No verificándose el aviso, podrá el Patrimonio entrar en posesión de la finca, en cualquier momento antes de los diez años, por el precio de la adjudicación más los gastos de subasta, de la misma manera expresada para caso de venta. El adjudicatario del remate puede subsanar la falta de aviso previo dándolo él mismo en el mes siguiente a la adjudicación, lo que concederá al Patrimonio el derecho de opción durante los quince días siguientes, sin perjuicio de la responsabilidad del que incumplió la obligación de avisar previamente.

C) *Expropiación forzosa*.—Tratan de la misma los artículos 69 y 70 del Reglamento del Patrimonio y tiene lugar con relación a los terrenos necesarios para realizar los trabajos incluidos en los proyectos aprobados, cuando sus propietarios rehusen otros medios de enajenación. No presenta este procedimiento de enajenación especialidades registrales, rigiéndose por las reglas comunes a todas las expropiaciones.

**III. Obligaciones especiales impuestas a los Registradores.**—Afectan particularmente a los Registradores dos obligaciones que la legislación vigente les impone, reflejo de la moderna política forestal del Estado: una positiva, consistente en el aviso que ha de dar a la Administración cuando inscriba determinadas transmisiones de fincas rústicas, y otra negativa, que se traduce en la

prohibición de inscribir ventas de fincas forestales de considerable extensión sin que se acredite el cumplimiento de ciertos requisitos.

También se refleja esa moderna política en el artículo 280 del vigente Reglamento Hipotecario, que asigna a los Jueces la obligación de dar conocimiento a la Jefatura del distrito forestal de la incoación de expedientes de dominio relativos a fincas destinadas a monte; pero dado el limitado campo en que se mueve la calificación por el Registrador de los documentos judiciales, el cumplimiento o incumplimiento de ese deber por parte del Juez ha de ser punto no sometido a su apreciación.

Veamos ahora con algún detenimiento cada una de las dos obligaciones referidas:

A) *Obligación positiva.*—Se halla establecida en el párrafo 3.º del artículo 2.º del Decreto de 24 de septiembre de 1938, sobre defensa de la riqueza forestal, al disponer que los Registradores comunicarán a los Ayuntamientos y a las Jefaturas de los distritos forestales los cambios de dominio que se operen en las fincas cuyo suelo esté «más o menos cubierto» con alguna de las especies vegetales mencionadas en el artículo 1.º—en el que pueden decirse comprendidos todos los árboles destinados principalmente a aprovechamientos maderables o leñosos—, o cubiertas de matorral, o dedicadas a pastos, y de aquellas fincas o partes de fincas en que la zona forestal sea predominante respecto a la agrícola.

Justifica el preámbulo este precepto por la necesidad de realizar el inventario de los montes de propiedad particular. Con este fin señala también a los propietarios de fincas forestales la obligación, primero, de presentar declaración jurada al Ayuntamiento y a la Jefatura del distrito de las fincas que posean de esta naturaleza, y después, la de comunicar a ambos organismos los cambios de dominio que en ellas se operen.

Como su solo enunciado hace patente, el deber impuesto a los Registradores ha de ser de escasa eficacia práctica, así como de muy difícil cumplimiento.

Prácticamente, ha de ser nulo el resultado porque el Registrador no tiene en su poder copia de las declaraciones juradas presentadas por los particulares—suponiendo que hubiesen sido presentadas en la forma debida y con la oportuna mención de los datos registrales—, y al no poder contar con un índice forestal por

fincas y personas, las noticias que suministre a la Administración han de aparecer desconectadas por completo de los registros que por su parte debe ésta llevar, siendo así que unos y otros habrían de marchar con perfecto paralelismo para cumplir la finalidad perseguida por el Decreto.

Y respecto a la dificultad de su realización, el primer inconveniente nace de su misma desmesurada generalidad: comprende, como hemos visto, todos los cambios de dominio, lo mismo inter vivos que mortis-causa; y con relación a las fincas afectadas, una interpretación un poco amplia de los términos empleados en el Decreto dejaría muy escaso número de ellas fuera de sus preceptos. La segunda dificultad se deriva de su falta de reglamentación, pues no se sabe qué circunstancias habrán de constar en las comunicaciones que han de enviar los Registradores, ni el plazo en que deben ser formuladas, ni, en suma, ninguno de los detalles indispensables para cumplir este servicio en forma útil y unificada. Por otra parte, también será difícil para el Registrador la determinación de los inmuebles afectados, toda vez que no es obligatorio ni demasiado corriente en la práctica expresar el cultivo de las fincas en los títulos inscribibles.

En vista de todo ello, es de suponer que hasta la fecha no habrá reportado muchas ventajas a la Administración este pesado deber asignado a los Registradores, por lo que se impone su reforma, en el sentido de hacerlo viable, o su supresión como del todo ineficaz.

B) *Obligación negativa*.—Está contenida en los artículos 63 y 64 del Reglamento de 30 de mayo de 1941, que prohíbe a los Registradores inscribir documentos de venta de fincas forestales de extensión superior a 250 hectáreas sin que se presente el duplicado de la notificación hecha al Patrimonio, con la fecha y firma de su Director. Comprende la prohibición, a más de las fincas con superficie mínima de 250 hectáreas no dedicada al cultivo agrario, las de menor extensión y forestales en sus tres cuartas partes que procedan de la división de una finca o grupo de fincas que reúnan aquellas circunstancias, si la venta trata de realizarse antes de los tres años de la división, así como las que sumen más de 250 hectáreas forestales, si son colindantes o separadas entre sí por una distancia inferior a 500 metros y pertenecen al mismo propietario.

La notificación se hará por duplicado, y uno de sus ejemplares,

firmado y sellado por el Director del Patrimonio o por quien le represente, será devuelto como justificante del cumplimiento de la obligación impuesta y deberá ser exigido por el Registrador para practicar la inscripción. El obligado a dar el aviso previo es el enajenante, pero puede también hacerlo el adquirente con los mismos efectos. La finalidad de este requisito, como vimos al ocuparnos de las ventas forzosas, es hacer posible el ejercicio por parte del Patrimonio del derecho de tanteo, que conserva por plazo de dos meses, a contar de la fecha de la recepción del aviso; si éste no ha tenido lugar, le asiste el derecho de retracto durante diez años, sin perjuicio de las responsabilidades que la omisión origine.

La Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 29 de junio de 1941, recuerda a los Registradores el cumplimiento de esta obligación.

El fundamento es aquí más claro que en el caso examinado en el epígrafe anterior, estando además reglamentada de forma mucho más completa. No obstante, hubiera sido de desear que en la expresada Circular, en lugar de limitarse al escueto recuerdo de la ley, hubiera dado normas la Dirección acerca del modo de proceder en los casos de duda, motivada por la falta de elementos de juicio que en la mayor parte de los casos tendrá el Registrador para poder determinar si las fincas transmitidas son o no de las comprendidas en el precepto que comentamos. Tal vez, en estos supuestos dudosos, sería lo más indicado exigir a las partes declaración suficientemente expresiva, que quedaría archivada en el Registro, salvando así la responsabilidad del Registrador sin grave perjuicio de los derechos privados, que no pueden menos de lesionarse si innecesariamente se interpretan de modo extensivo las disposiciones de excepción que los limitan.

FERNANDO DE LAS HERAS MARTÍNEZ.  
Registrador de la Propiedad.

# Hipoteca de arrendamiento de inmuebles

## 1.º

Todas las legislaciones, entre ellas la nuestra, tienden actualmente a FORTIFICAR de manera evidente la relación arrendaticia de inmuebles, principalmente en sus modalidades de inquilinato y colonato. Tal política legislativa—basada en razones de justicia e interés público notorio, aunque posiblemente adolezca un tanto de falta de ponderación—, unido al hecho de la carencia de fincas a arrendar, es causa del valor patrimonial verdaderamente elevado que las mismas relaciones arrendaticias han adquirido en estos últimos años, hecho que contradice la vieja afirmación de Morell de que «el valor del arrendamiento es, precisamente, de ordinario, la renta o merced que el arrendatario o el adquirente del derecho deben abonar al propietario»; inconveniente pragmático que el ilustre jurista señalaba como impedimento para la constitución de hipotecas del tipo que el título de este trabajo indica. Por otra parte, son muchas las minas que se hallan en régimen de arrendamiento, y, actualmente, las explotaciones, principalmente de hulla, antracita y hierro, tienen una importancia económica realmente extraordinaria.

Tales circunstancias han impuesto un gran desarrollo del tráfico de las relaciones dichas—en ocasiones no muy lícito—, lo cual, a su vez, ha originado que la vieja cuestión de la inscribibilidad de la hipoteca arrendaticia se plantee de nuevo en algún moderno texto (Puig) y, lo que es más importante, en los despachos profesionales, ya que con alguna frecuencia el titular del arrendamiento necesita acudir al crédito para ampliar instalaciones, e

incluso para adquirir el arrendamiento mismo, principalmente, en este último caso, cuando se trata de los denominados «traspasos de locales de negocios».

Ya «a priori» debo indicar que, como es sabido, las opiniones sobre tal posibilidad son varias: Barrachina niega; Morell—aunque por lo antedicho la considera poco práctica—la admite; Roca se inclina a la negativa, dada la dudosa naturaleza real del derecho del (arrendamiento) digo arrendatario, etc. La Dirección General de los Registros parece inclinarse a favor de la tesis permisiva en Resoluciones de 12 de marzo de 1902 y 15 de junio de 1929, cuya lectura aconsejo.

El enfoque del problema está en lo dispuesto en el núm. 2.º del artículo 106 de la Ley Hipotecaria, según el cual: «Podrán ser hipotecados... los derechos reales enajenables con arreglo a las Leyes "impuestos sobre los bienes inmuebles"». En base al mismo cabe formular las siguientes preguntas: El derecho del arrendatario, ¿es real y enajenable? ¿Existe, en caso afirmativo, algún precepto especial que impida la inscripción de la hipoteca?

## 2.º

Es innecesario analizar las naturaleza real o personal de tal relación de uso y disfrute desde un punto de vista de Derecho constituyente, porque tal problema no es sólo extraño a la finalidad de estas líneas, sino que ha sido y es largamente debatido por los ilustres juristas, tanto que en cualquier tratado de Derecho civil se exponen largas listas de los partidarios de una u otra teoría y se relacionan sus respectivos argumentos.

Con el Código civil a la vista es dable afirmar que la relación supradicha es meramente obligacional. No es preciso invocar argumento alguno, pues basta la simple lectura de los preceptos legales para convencerse de tal verdad, que constituye una «comuis opinio» de nuestros tratadistas. ¿Han modificado las Leyes de Arrendamientos Urbanos y Rústicos este criterio? Indudablemente, no. Las nuevas normas, inspiradas en una tal vez excesiva protección al arrendatario, dan al vínculo un carácter de permanencia y estabilidad mucho más acusada que la concedida por el Código, fortificando la relación incluso contra terceros adquirentes—en términos por cierto un tanto contrarios al principio de la publicidad

registrar—, pero no existe precepto alguno en base al cual se transforme en inmediato el poder mediato del arrendatario, requisito esencial para la *realidad* del derecho. Concede, en efecto, tal no-vísima legislación, en ocasiones, matices de verdadera actuación *erga omnes* al derecho del arrendatario, pero los mismos no caracterizan por sí solos a las titularidades reales; pues, además de ser rúbrica común de los derechos absolutos, es preciso la relación directa con la cosa, como afirman Barassi y otros civilistas. Ciertamente que en un terreno práctico podríamos prescindir de estas disquisiciones, pues el párrafo 5.º del artículo 2.º de la Ley no ha sido alterado, a pesar de que la nueva política legislativa sobre la materia que nos ocupa había plasmado ya en normas positivas antes de la reforma hipotecaria, y como quiera que dicho precepto no admite la inscripción más que en los supuestos a que se refiere, es evidente, asimismo, que no concede carácter real al colonato e inquilinato *per se*. Dicha norma, pues, excluye el planteamiento del problema a que nos referimos, porque al no ser inscribibles los arrendamientos que no reúnan las circunstancias que la misma exige, es imposible pueda inscribirse la pretendida hipoteca sobre los mismos.

En el supuesto de que concurren los requisitos de dicho número 5.º del artículo 2.º, es cuando verdaderamente surge la necesidad de resolver la cuestión básica, pues ya no puede alegarse la falta de previa inscripción y sí sólo admitir o denegar, según se considere, real o personal, la relación de referencia; es decir, que la cuestión se plantea en los mismos términos que antes de dictarse las nuevas disposiciones aludidas, aunque con seguridad las exigencias de la realidad acusen rasgos más imperativos ahora y hayan de impulsarnos hacia una interpretación creadora.

Inscrito el arrendamiento, ¿la relación se transforma de personal en real?

Desde un punto de vista de dogmática jurídica, siguiendo la lógica de los principios, la contestación tiene que ser forzosamente negativa, pues, como decía mi inolvidable maestro Traviesas—apoyándose en Guld—, «la naturaleza de las relaciones no varía por la superposición de requisitos; la publicidad en este caso fortifica el arrendamiento, pero no le transforma». Esta opinión es en el fondo la misma que sustentan otros juristas de reconocida fama,

como Castán, Roca y otros, muchos de los cuales suelen citar las opiniones de Wieland.

No obstante, hay que tener presente que muchos tratadistas y comentaristas patrios (Sánchez Román, De Diego, Manresa, Morrell) tienen un criterio opuesto, en parte probablemente influidos por las siguientes palabras de la exposición de motivos de la primitiva Ley: «Ni los arrendamientos por largo espacio de años, ni aquellos en que se hayan hecho considerables anticipaciones, son generadores de un derecho real, quedando siempre limitados a una obligación personal. De aquí ha dimanado la doctrina jurídica de que sólo el que adquiere el dominio en virtud de un título universal está obligado a respetar el arrendamiento hecho por su antecesor, pero no el que lo hace por título simulado. Las circunstancias particulares que concurren en estos arrendamientos, los gastos a que suele comprometer a los arrendatarios y la protección debida a la buena fé, clave del crédito, exigen acerca de este punto se modifique el derecho antiguo. Ya se había encargado la práctica de ir allanando el camino para la reforma, convirtiendo, contra los cánones recibidos, en una especie de derecho real los arrendamientos de que se tomaba razón en los registros de hipotecas. Y es que cuando el derecho escrito y la doctrina legal no alcanzan a satisfacer una necesidad, se encarga la costumbre de llenarla; y cuando esto acontece toca al legislador convertir en ley y dar forma y regularidad a lo que ya es una necesidad reconocida. De este modo, sin perjuicio del dueño, que al enajenar y traspasar una finca no pretende burlarse de las obligaciones que contrajo con los arrendatarios, sin daño del comprador de buena fe, que entra en el contrato con el conocimiento de una obligación de que es sucesor, se salvan los justos derechos de los arrendatarios en los casos que en el proyecto se prefijan. La Comisión no debe ocultarlo: en ellos ha establecido implícitamente un verdadero derecho real.» Nuestro Tribunal Supremo en diversas sentencias, algunas de ellas modernísimas—18 de abril de 1942—y la Dirección General, que en ocasiones ha puesto de relieve la analogía de estos arrendamientos con el usufructo temporal—posiblemente siguiendo a Azcárate—, se inclinaban hacia la última tendencia expuesta.

¿Son, verdaderamente, absolutamente incompatibles ambos criterios, *lege data*?



Cabe afirmar que el sustentado por Traviesas, Castán y Roca parece dogmáticamente el exacto, pero en mi opinión adolece del defecto de no analizar el problema agotando las posibilidades; es decir, estudiando en base a las normas hipotecarias, si de la misma manera que la Ley da eficacia, *erga omnes*, a un derecho que no es absoluto, le atribuye también otras cualidades que no le son propias. Tienen razón, en efecto, cuando afirman la imposibilidad dogmática del cambio de naturaleza de una relación por el hecho de que concurren requisitos no esenciales que permitan su inscripción y se inscriban, pero puede pensarse que si bien la relación sigue siendo en su esencia la misma, la Ley, por altas razones, puede equipararla a las titulares reales. No es que acepte la opinión de Roguin de que la Ley es la única determinante de la personalidad o realidad de un vínculo, sino que creo que la Ley, como soberana, puede asimilar una relación por naturaleza personal, según la misma Ley, a otra de naturaleza real. Se salva así el principio dogmático, pero, a la vez, prácticamente, se reconoce el carácter de real al derecho de que se trata. Posiblemente sea éste el pensamiento de los autores de la Ley primitiva cuando afirmaban que implícitamente habían creado un derecho real, y también el de la misma Dirección y numerosos autores cuando usan la frase «produce los efectos de un verdadero derecho real».

La Ley Hipotecaria, en su artículo 1.º, declara expresamente que el Registro de la Propiedad tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, y al hablar de los títulos sujetos a la inscripción, consigna la inscribibilidad de los arrendamientos en las condiciones ya expresadas. Las frases legales tienen un significado gramatical tan claro que no es posible dudar en cuanto al pensamiento de la Ley. Como dice Morell: «Los títulos a que se refiere son, indudablemente, los actos y contratos cuya inscripción forma o constituye el objeto del Registro de la Propiedad, según definición contenida en el artículo 1.º» En el Registro han de inscribirse «derechos reales», y los títulos a ellos referentes son los expresados en el artículo 2.º. Se objetará que el argumento no es (concreto) digo correcto, que los títulos referentes a «incapacidades» no son derechos reales y, sin embargo, se incluyen en el artículo 2.º; tal aserto es sólo una verdad aparente, pues si bien

tales ejecutorias no afectan a la relación real *en sí misma*, sí a su titular, razón única—muy discutible científicamente—de su inscripción.

En contra de tal interpretación, afirma Roca que la Ley Hipotecaria pretendió sólo modificar el principio de la Ley Emtores (1571 C. c.), dando en los casos previstos por ella estabilidad al arrendamiento, citando en su apoyo las palabras—antes transcritas—de la exposición de motivos. No puedo negar que la motivación psicológica de los autores de la Ley sea la que dicho gran hipotecarista indica; pero aún admitiendo su certeza, actualmente no es norma interpretativa el bucear en el pensamiento del legislador, sino en el de la Ley misma, que como cuerpo vivo tiene pensamiento propio, independiente del de sus autores (doctrina de Traviesas, Piola); y la Ley, en este caso, no ha limitado los efectos de su declaración en los términos que Roca señala, pues se ha concretado a considerar hipotecariamente como real al arrendamiento, no existiendo, por tanto, base para una interpretación restrictiva, siendo claro indicio del querer de la Ley el señalar como medio de publicidad registral el asiento pleno de inscripción y no la mera anotación.

«La Ley tiene voluntad y pensamiento del presente, no del pasado; vive como un producto orgánico y tiene capacidad evolutiva por su propia virtud, según las relaciones que regule»—dice Ruggiero—, y si bien puede ser dictada en virtud de una circunstancia meramente histórica—*ocasio legis*—, su verdadera *ratio* está en la finalidad de satisfacer una necesidad jurídica. Siendo el Derecho por y para la Vida, las mutaciones de ésta influyen en el «pensamiento presente» de la Ley, correspondiendo al jurista, dentro del marco de la misma, buscar los medios para que las necesidades lícitas de orden social sean satisfechas. De no ser así no se comprendería, ni justificaría, la inmensa elaboración realizada por los prudentes romanos, ni los colosales avances de nuestra moderna jurisprudencia (judicial e hipotecaria). En el caso que nos ocupa, por una circunstancia que no interesa, la Ley asimiló el arrendamiento a derecho real, sin pensar ciertamente en el caso concreto de su hipotecabilidad; pero surgida actualmente la necesidad de establecer este derecho de garantía, al no existir prohibición alguna en la Ley, ni expresa ni implícita, es indudable que

no existe base para negar tal posibilidad dentro de la norma basándose en apreciaciones más o menos lógicas, que conducirían al absurdo de negar viabilidad a la satisfacción de una necesidad lícita evidente, no contraria a dicha finalidad legal.

Históricamente, tampoco pueden oponerse poderosas razones contra esta doctrina. Sería demasiado extenso un análisis (sobre) digo bajo este aspecto.

En su consecuencia, entiendo que el derecho de arrendamiento inscripto no es real por naturaleza, pero lo es por asimilación, no debiendo considerarse limitada la misma, sino plena, siendo por ello, en principio, susceptible de ser hipotecado.

### 3.º

## ENAJENABILIDAD

La Ley Hipotecaria no contiene precepto alguno sobre este punto, pero el Reglamento vigente, al igual que el anterior, declara inscribibles los subarriendos, subrogaciones, cesiones y retrocesiones, sin perjuicio de las prohibiciones establecidas en las leyes. Aun cuando después nos ocuparemos de este precepto, es preciso estudiar la posibilidad de enajenación de este derecho en las leyes civiles, a las cuales, naturalmente, las normas reglamentarias nos reenvían.

### A) Código Civil.

Desgajadas de este Cuerpo las nuevas normas de inquilinato y colonato, sólo en muy contados casos el arrendamiento de inmuebles será regulado, por el mismo, aunque entre ellos figure el excepcional ente importante de minas.

Dicho Código, de manera expresa ni prohíbe ni autoriza la cesibilidad del arrendamiento. De ahí que hay autores que la consideran admitida, alegando además algunos de ellos el precepto del Reglamento relacionado en apoyo de su aserto, ya que el mismo admite la inscripción de la cesión «cuando las leyes no la prohiban».

Manresa es el más caracterizado paladín de esta doctrina, citando en su apoyo la Resolución de 12 de marzo de 1902 (agregando que dicha Resolución ni siquiera exige el conocimiento del

arrendador) y la sentencia de 12 de junio de 1927. Posiblemente es más acertada la opinión de Mucius y otros, contraria a la expuesta, pues la cesión de que se trata no es simplemente la de un derecho, sino que lleva aneja la de una trama de relaciones en las que, por así decirlo, el cedente no es siempre acreedor, sino también deudor.

Precisamente en la sentencia precitada el Tribunal Supremo declara implícitamente la falta de obligatoriedad de la cesión para el arrendador por el mero conocimiento, requiriendo el conocimiento expreso del mismo y considerando a tal efecto, pues, insuficiente, a la mera notificación o «denuntiatio»; y es que en tal supuesto, además de la cesión del derecho, existe en realidad una asunción de deuda, figura esta última discutidísima. Cabe distinguir esta cesión de carácter pleno, en la que el adquirente se subroga totalmente en los derechos, pero también en las obligaciones del arrendatario, de la cesión de los derechos en sí misma, sin la subrogación en las obligaciones (Castro), pudiendo en este último supuesto realizarse la cesión sin necesidad del consentimiento del arrendador, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.112 del Código civil y siempre que el contrato no lo prohíba, tanto por aplicación de dicha norma como por lo dispuesto en relación a los subarriendos.

Concluimos, por tanto, admitiendo la enajenabilidad en el doble supuesto planteado, con el consentimiento del arrendador en el primero y sin que sea necesario en el segundo. Agregando que es usual en los arrendamientos de minas el estipular expresamente la permisión de las transmisiones, probablemente porque el canon o precio de arrendamiento suele estar debidamente garantizado, y la explotación comprobada por un técnico.

### B) Ley de Inquilinato.

Distingue esta legislación especial el arrendamiento de viviendas del de locales de negocios.

Según el artículo 33, queda prohibido el contrato de cesión o traspaso de viviendas a título oneroso o gratuito, aunque en él se comprenda mobiliario o cualquier otro bien o derecho.

Según el artículo 44, el traspaso de locales de negocio consis-

tirá en la cesión mediante precio de los mismos, sin existencias, hecha por el arrendatario a un tercero, el cual quedará subrogado en los derechos y obligaciones nacidos del contrato de arrendamiento. El artículo 45 fija los requisitos necesarios para la existencia de tal traspaso.

Es, pues, enajenable el derecho de inquilinato de locales de negocios, pero no el de viviendas.

### C) Ley de Colonato.

Ya a partir del Decreto de 1929 se puede observar una verdadera repugnancia legislativa a admitir la enajenación de la relación arrendaticia en estos casos. En la Ley del 35 (vigente con sus complementarias posteriores), la no admisión de la cesión es evidente, pues incluso implica la causa de desahucio prevista en el número 4.º del artículo 28.

Resumiendo, pues, el derecho de que se trata es legalmente cesible en los casos en que sea aplicable el Código civil y en el de traspaso de locales de negocios, o sea, en realidad, en los que económicamente tienen verdadera importancia.

#### 4.º

¿Existe algún precepto legal que impida la inscripción de la hipoteca?

Como decíamos, aparte de los preceptos legales propiamente dichos citados, el artículo 13 del Reglamento vigente dice: «Sin perjuicio de las prohibiciones establecidas en las leyes, los subarriendos, subrogaciones y cesiones de arrendamientos serán inscribibles cuando tengan las circunstancias expresadas en el párrafo 5.º del artículo 2.º de la Ley, y las retrocesiones lo serán en todo caso.» Sabido es que el precepto transcrito ha dado lugar a duras críticas de la mayor parte de los comentaristas, aunque Roca lo justifica partiendo del principio de la teoría personalista en cuanto a la naturaleza del derecho a que se refiere. Entiendo que el alcance del precepto debe limitarse a lo que legalmente dispone (digo que concretamente dispone), es decir, a exigir en cuanto a las figuras que regula, los requisitos señalados en el tan repetido párrafo 5.º del artículo 2.º. Sería notoria exageración, contraria,

a las normas interpretativas de las que antes se hizo uso, el basarse en tal precepto reglamentario para negar la posibilidad de la inscripción de hipoteca, pues si bien el mismo no se refiere a ella, cabe dentro del marco de las disposiciones referentes concretamente a los objetos hipotecables. Sin duda, y repito, el legislador no pensó en la hipoteca, porque esta necesidad concreta no surgió hasta los tiempos actuales, y si bien el Reglamento es modernísimo, se limitó a copiar el Reglamento anterior.

No ignoro que en muchos casos concretos la carencia de normas hipotecarias será causa de grandes dificultades técnicas o de ejecución para estructurar este tipo de hipoteca; pero dada la gran competencia del Notariado español, debemos declarar nuestra seguridad, más que esperanza, de que serán brillantemente vencidas.

Llegamos, pues, a la conclusión de la posible inscripción de la hipoteca arrendaticia. Esto no obstante, parece aconsejable que en el supuesto de que ingrese en alguno de nuestros Registros título de esta clase, no se admita la inscripción, con el fin de provocar un recurso dentro del cual la Dirección General, con su clarividencia de siempre, resolverá sobre esta tan repetida cuestión, determinando normas de general aplicación que aúnen los diversos criterios que por los Registradores puedan sustentarse.

Esta reserva no implica duda en cuanto a la urgente necesidad de reconocer la legalidad del cauce hipotecario como medio lícito de obtención de créditos que repercutirán en el mayor desarrollo de la riqueza nacional en estos casos.

LADISLAO G. ARANGO Y CANGA.

Registrador de la Propiedad.

## Cuestiones de caducidad hipotecaria: la rogación y el impuesto

No puede suscitarse duda ni discusión acerca de que las tres primeras disposiciones transitorias de la vigente ley Hipotecaria, juntamente con su artículo 98, son de las innovaciones más elogiables y eficaces y de más aplicación. A su amparo, con un poquito que se les ayude, el Registro dejará de ser en plazo breve un museo o colección de cargas muertas. Mas el coro de alabanzas debe enmudecer al enfrentarse con la necesidad de la rogación para las correspondientes cancelaciones en ciertos supuestos. El Reglamento se ha dejado en el tintero, a nuestro modesto entender, unas palabras relativas a esta cuestión. Veamos.

*Cancelación de menciones caducadas.* — Pueden cancelarse de oficio y a instancia de parte. Se cancelarán de oficio, además de en el supuesto del artículo 355 del vigente Reglamento, siempre que el Registrador lo estime conveniente, como sostiene La Rica en sus «Comentarios a la ley Hipotecaria» (pág. 237, nota) y recoge Ruiz Artacho en el trabajo que dedica a esta materia (pág. 242 del año último de esta Revista, núm. 227, abril). El Registrador —añadimos nosotros— debe cancelar tales menciones, de oficio, siempre que tenga que realizar alguna operación basada en el asiento en que constan, por la razón sencilla de que no debe arrastrar cargas caducadas.

*Cancelación de anotaciones preventivas e hipotecas caducadas.* La Ley no autoriza la cancelación de oficio, mas el Reglamento (artículo 355) presume la rogación por el solo hecho de solicitarse una certificación de cargas; así, con diplomático ademán, acomoda un tanto la Ley a las necesidades de la práctica, pues sería risible

y desprestigioso para la institución del Registro que las certificaciones fueran repletas de gravámenes caducados por la sola causa de que el interesado, tal vez con su malicia, no hubiese solicitado la cancelación.

Pero esta presunción de rogación sólo se establece para las certificaciones, no para el caso de qué haya que extender nuevos asientos, por lo que procede seguir arrastrando en las inscripciones y anotaciones las cargas caducadas que consten por anotación o inscripción. El interesado, generalmente, presenta el documento a inscribir y no se toma la molestia de instar la cancelación de anotaciones e hipotecas muertas, si es que las conoce.

Dicha necesidad de rogación expresa, que el Reglamento muy bien pudo salvar extendiendo la solicitud tácita de cancelación al solo hecho de pedirse cualquier operación registral, merece acensura, a nuestro modo de ver, y por diversas razones que pueden resumirse en dos: una de carácter sustantivo o de Derecho civil; otra de carácter adjetivo o registral.

La primera se funda en la naturaleza de la caducidad. La ley Hipotecaria bien claramente afirma que tales cargas están caducadas, lo que quiere decir que han dejado de existir para el Derecho sin necesidad de cumplir requisito alguno ni de intervención de nadie. Aunque el concepto de la caducidad esté todavía por formar en nuestra jurisprudencia, como afirman los anotadores del «Enneccerus», es innegable que la doctrina científica lo ha perfilado lo suficiente para llegar a conocer sus efectos y la diferencia con la prescripción extensiva. La caducidad supone la extinción tajante de un derecho por el transcurso de un plazo; en la prescripción, en cambio, el derecho «sólo está paralizado mediante una excepción». La caducidad implica, según Castán, la existencia de un término fijo para la duración de un derecho, «de tal modo que, transcurrido ese término, no puede ya ser ejercitado». Si ello es así, si la caducidad extingue por su propia naturaleza el derecho, de forma que pasado el plazo no puede ejercitarse, ¿cómo fundamentar la necesidad de una rogación expresa para hacerla constar en el Registro, o sea para extender las cancelaciones de los asientos caducados? La respuesta no la hallamos.

La segunda razón en que se funda nuestro comentario consiste en que resulta ilógica, desairada y hasta absurda por totalmente



ineficaz, la actuación del Registrador al arrastrar en asientos nuevos cargas caducadas. Suele ser frecuente que aparezca una finca con un par de hipotecas del siglo pasado, cuya obligación también dentro del pasado siglo venció, y con otro par de anotaciones, causadas ya a instancia de particulares, ya por débitos de contribuciones que están más que caducadas, y todo un funcionario técnico, con estas y aquellas facultades de calificación, y bajo un régimen legal que ha venido a suprimir un «farragoso lastre» de cargas muertas, empleando palabras de la exposición de motivos de la ley Hipotecaria, ha de volver a citarlas y arrastrarlas en asientos de hoy porque no le han instado su cancelación ni una certificación. El nuevo asiento ha de cargar con el inútil lastre; la certificación, en cambio, ha de salir siempre purificada. ¿Por qué la diferencia? Tampoco hallamos la respuesta.

No se nos oculta que tal vez el remedio en la práctica puede ser sencillo. «Cuando en la función legislativa no encuentran eco los clamores de la realidad—seguimos con la exposición de motivos de la ley Hipotecaria—, cuida ésta de arbitrar mejores o peores remedios para obviar o suplir la laguna legal.» La solución en este caso puede ser fingir peticiones de certificación y cancelar todo lo caducado por nota marginal, cuando la ocasión surja; mas tal receta, si fácil, no es lícita y puede presentar inconvenientes hasta de orden secundario: en las notas cancelatorias de los libros principales aparecerán numerosas peticiones de certificación que no tendrán su correspondencia en el diario de honorarios, pues no va a llegar a tanto la ficción.

Pudiera también practicarse la cancelación por nota marginal en la que conste esta o parecida coletilla: «Esta cancelación se practica al extender inscripción (o anotación) de la finca de este número por analogía con lo dispuesto en el artículo 355 del Reglamento hipotecario», arbitrio que tampoco es reglamentario, pero que está exento de ficción o falsedad. De cualquier manera, mala solución, cuando el Reglamento, repetimos, siguiendo la última parte del artículo 355, pudo trazar camino recto y llano.

*Impuesto de Derechos reales.*—Vaya por delante nuestra opinión, firmemente y de buena fe sentida, siquiera sea de insignificante o nula autoridad, de que las cancelaciones por caducidad no están sujetas al impuesto, ya se practiquen de oficio o a instan-

cia expresa o presunta de parte, sean de menciones, anotaciones preventivas o inscripciones de hipoteca.

A las razones que expone Ruiz Artacho a favor de este criterio en el trabajo antes citado, podemos añadir las siguientes:

1. El Reglamento del impuesto de Derechos reales de 7 de noviembre de 1947 no dice nada, que sepamos, a este respecto, y nótese que ha tenido tiempo suficiente para recoger las novedades hipotecarias sobre caducidad, que seguramente no le han pasado desapercibidas. Parece que si hubiera querido someter a su imperio las cancelaciones por caducidad habría deslizado unas cuantas palabras en el precepto más adecuado, precisando y poniendo el dedo en la llaga, como ha hecho en otros artículos. Véanse, por ejemplo, los siguientes: 13, 2), c); 31, 9); 36, 1) y 7); 66, 11) y 13); 112, 1), etc.

2. El artículo 12, 1) del referido Reglamento, se refiere a «extinción por contrato, acto judicial o administrativo de los Derechos reales, excepto el de hipoteca»; el número 2 del mismo artículo cita la «extinción o redención de censos»; el número 10 del repetido artículo habla de «extinción» de servidumbres; el artículo 13 sujeta al impuesto «la extinción» de hipoteca, ¿y puede entenderse que es una «extinción» la constancia registral de que un gravamen está caducado?

En toda extinción de un derecho existe una transmisión patrimonial, base del impuesto; en la cancelación de menciones o asientos caducados, verdaderas momias petrificadas en los folios registrales, ¿dónde está la transmisión que pueda dar pie a una exacción fiscal? ¿En qué aumenta su patrimonio el dueño de la finca que se purifica registralmente?

Frente a este criterio encontramos el autorizado del comentarista Rodríguez Villamil. En la segunda edición de su «Legislación del impuesto de Derechos reales y sobre transmisión de bienes», página 150, dice (1): «.. una breve referencia a la cancelación por caducidad de las hipotecas a que se refiere la disposición transitoria 3.ª de la ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946, para decir que la consideramos sujeta, porque esa cancelación, como en general todas las que se producen por caducidad, requieren instancia

(1) V. la misma opinión del mismo autor en págs. 167 y sigs. del tomo de 1947 de esta REVISTA, núm. 226, correspondiente a marzo.

de parte y justificación de motivos, y eso supuesto, hasta que el acto consta documentalmente, no nace el derecho a exigir el impuesto y no empieza a contarse el tiempo de la prescripción, como dice la sentencia de 7 de julio de 1941...»

A ello, con la debida consideración, hemos de objetar:

1. No ser cierto que se requiera en todo caso instancia expresa para la cancelación, pues se presume pedida al solicitar una certificación (art. 355 del Reglamento hipotecario), certificación que puede instar y obtener todo el que, a juicio del Registrador, tenga interés conocido en averiguar el estado del inmueble o derecho real de que se trate (art. 227 ley Hipotecaria).

2. No ser tampoco exacto que se precise «justificación de motivos». La caducidad obra por sí. Basta con que el Registro aparezca libre de los obstáculos aludidos en la disposición 3.ª transitoria de la ley Hipotecaria.

3. La sentencia invocada se refiere a un caso de prescripción, institución compleja que entendemos no puede equipararse a la caducidad y menos a la caducidad hipotecaria, de efectos y finalidades diferentes.

Con muy distinta vara nos parece que mide Rodríguez Villamil otros preceptos reglamentarios. Díganlo, si no, las páginas 256 y siguientes de su conocida obra, edición antes citada, donde haciendo, en sutil alambique, distinción entre renunciaciones y repudiaciones, viene a dar al traste con el tradicional número 16, hoy 17, del artículo 31 del Reglamento. Mas esto no hace al caso. Puede ser tarea de otro día, si Dios nos da mimbres y tiempo.

BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ.

Registrador de la Propiedad.

## Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIA DE 8 DE JULIO DE 1947.—*Prescripción del derecho dimanante del artículo 1.902 del Código civil.*

En la demanda se ejercita una acción de daños al amparo del artículo 1.902 del Código civil, daños cuya realidad reconoce la sentencia recurrida; pero habiendo sido exceptuada la prescripción establecida por el número 2.º del artículo 1.968 de dicho cuerpo legal y no habiendo sido estimado, se hace preciso determinar si, como el recurrente sostiene en el primero de los motivos del recurso, cuando se ejercitó la acción había transcurrido el plazo de un año, que es el señalado por el precepto que se acaba de citar para la prescripción de tal clase de acciones, lo cual implica la necesidad de fijar el momento desde el cual dicha acción pudo ejercitarse, que es cuando comienza a contarse el plazo para la prescripción, de conformidad con lo prevenido en el artículo 1.969 del citado Código.

En el escrito de demanda se determinan las obras realizadas por los demandados en la finca de los demandantes, constitutivas de los daños que son objeto de la reclamación, y cuyas obras y sus efectos fueron comprobados, según reconocen los actores en la demanda, por el arquitecto señor S. con motivo de un dictamen que a requerimiento de D. José D. Ll. hubo de rendir dicho arquitecto sobre otros daños causados en el inmueble, dictamen que obra en el expediente que se incoó por la Comisión de Regiones Devastadas y Reparaciones en virtud de instancia del Sr. D. y sus hijos, de 30 de enero de 1940, y como dicho dictamen lleva la fecha de 23 de septiembre de 1938 es preciso concluir que en esa fecha conocían ya los actores la existencia de los daños y pudieron ejercitar la acción correspondiente para su indemnización, y como la demanda está fechada en 1.º de mayo de 1944, es evidente que cuando se interpuso había transcurrido más de un año desde que los agraviados tuvieron conocimiento de los diversos daños que en la demanda se concretan, sin que constituya causa bastante para desestimar la prescripción la circunstancia de que algunas de las obras e instalaciones hechas siguieran produciendo sus efectos en la fecha de la presentación de la demanda, tales como la salida de humos y trepidación de las máquinas, ya que además de dichas obras e instalaciones se realizaron otras, como son las que se especifican en la demanda, que produjeron daños completamente independientes de los causados por

aquellas, habiendo sido conocidas por los actores unas y otras desde la indicada fecha, sin que fueran objeto de reclamación los daños por ellas causados dentro del año siguiente a su producción, como hubiera sido procedente para no dar lugar a la prescripción alegada, de conformidad con lo prevenido en los textos del Código civil antes citados y en las sentencias de esta Sala de 12 de enero de 1906 y 12 de febrero de 1924.

SENTENCIA DE 9 DE JULIO DE 1947.—*Ley de usura.*

Es criterio de la jurisprudencia de este Tribunal que en los litigios regulados por la ley de Represión de operaciones usurarias de 23 de julio de 1908 las apreciaciones de hecho de los Tribunales de instancia, aunque no sean intangibles, son siempre respetables, de tal manera que la facultad extraordinaria que dicha Ley concede para formar libremente la convicción del juzgador no llega al extremo de convertir la casación en una tercera instancia que puede resolverse desentendiéndose el Tribunal Supremo de las apreciaciones, criterio y convicción de los inferiores que deben ser tenidos en cuenta y aceptados cuando no estén claramente en discordancia con las resultancias procesales estimadas con arreglo al artículo 2.º de la Ley mencionada, o sea cuando no existan elementos de convicción suficientes para rectificar una equivocación del juzgador de instancia (sentencias de 10 de junio de 1940, 9 de abril, 24 de abril y 18 de junio de 1941), y en el presente caso las actuaciones no aportan base suficiente para formar una convicción contraria a la formada por la Sala sentenciadora de acuerdo con el Juzgado.

En esta clase de juicios, por lo mismo que el juzgador no está sujeto al rigorismo de la prueba tasada, y con esta amplia libertad ha de tratar de descubrir la realidad, encubierta a veces bajo formas exteriormente correctas, el criterio y juicio de las jurisdicciones de instancia tiene especial valor, porque estando más cerca de los hechos y del ambiente y circunstancias en que se desarrollaron, pueden captar directamente y en su real significado elementos de convicción que acaso no sean perceptibles en la misma medida y con la misma fuerza de sentido para el que juzga a distancia por las meras resultancias procesales.

En este caso se trata de una serie de operaciones sucesivas, con evidente enlace, que impone juzgar de cada una en relación con las otras e impide sustraer ninguna de ellas a la calificación que en su totalidad y en sus resultados de conjunto merecen, pues además de que la convergencia de las pruebas les dé un valor que no tendrían aisladamente, no puede menos de estimarse una continuidad de propósito, de conducta y de finalidad revelada en los contratos que se van sucediendo, ligados entre sí a partir del celebrado en 1924, que es antecedente de los posteriores, por lo cual no es posible separar dichas operaciones al efecto de señalar distintos plazos para la prescripción.

El Tribunal *a quo*, apreciando la realidad de un contrato de préstamo encubierto bajo la forma de un contrato simulado de una venta que se

refiere originariamente a dos fincas que se vendieron después realmente a distinto precio, lo que es por lo menos indicio de que no se habían vendido en el primer contrato, ha estimado la existencia de un interés notablemente superior al normal del dinero y desproporcionado a las circunstancias del caso que son, según la sentencia recurrida, aseguramiento del pago y estado de inferioridad en que quedaba el prestatario ante la amenaza de verse privado en definitiva de su propiedad, lo que no puede negarse que son circunstancias del caso cuya apreciación es pertinente, sobre todo la primera, al efecto de calificar de desproporcionado el interés, excluyéndose por el conjunto de las alegaciones y de las pruebas la hipótesis de que el dinero recibido en préstamo se destinase a emprender algún negocio lucrativo que acaso pudiera legitimar un interés notablemente superior al normal.

Por la especial naturaleza de los juicios sobre operaciones usurarias no cabe invocar en ellos error de hecho al amparo del número 7.º del artículo 1.692, que sólo puede tener aplicación dentro del sistema de la prueba tasada, según criterio de la jurisprudencia, lo que obliga a desestimar el último motivo del recurso.

SENTENCIA DE 14 DE OCTUBRE DE 1947.—*Remedios contra los laudos de amigables componedores.*

Fuera de los supuestos en que la doctrina jurisprudencial tiene declarado que la cláusula compromisoria de sumisión a peritos o técnicos lleva en sí misma la fuerza vinculatoria que surge de toda obligación válidamente constituida, sin necesidad de que el desenvolvimiento del pacto sumisorio se acomode a las formalidades que la Ley señala para el juicio de amigable composición, en todos los demás casos que implican propósito de sustituir la actuación de la jurisdicción ordinaria por la de los comunes amigos se habrá de guardar el rito con que la Ley disciplina el proceder de quienes por voluntad de las partes, que la norma legal ampara, son llamados a conocer de determinadas controversias que los comprometidos quieren confiar a la rectitud de su saber y entender.

La inobservancia de este rito puede llevar a la ineficacia del laudo por alguno de los motivos específicamente señalados en el artículo 1.691 de la ley de Enjuiciamiento civil o por otras causas, y esta diversidad de causas de anulación tiene señaladas para su ejercicio en la Ley y en la jurisprudencia de dos sendas perfectamente delimitadas; el recurso de casación si los amigables componedores han rebasado los límites de tiempo o de materia controvertida fijados en el compromiso o han resuelto cuestiones excluidas del juicio de amigable composición y el juicio declarativo en todos los demás casos.

Esto es así no sólo por reiterada doctrina de esta Sala en sentencias como las de 27 de enero y 21 de febrero de 1906, 26 de marzo de 1913, 26 de junio de 1916, 25 de febrero y 26 de junio de 1924 y 11 de abril de 1932, sino también y fundamentalmente por los términos claros del citado artículo 1.691 en relación con el 836 y con el 487 de la Ley procesal, por lo que

se aprecia que el legislador ha querido cercenar el campo normalmente más amplio de la casación para reducirlo en materia de laudos a simples problemas de plazo y objeto de la composición que tienen constancia suficiente, a efectos decisorios, en los escasos elementos de juicio que por prescripción del artículo 1.774 son traídos al recurso, dejando para más extensa deliberación en juicio declarativo toda otra cuestión sobre validez de la cláusula compromisoria del compromiso en sentido estricto o del laudo; de tal suerte que si en este restringido recurso extraordinario tuviera cabida el trámite de admisión, previo a la resolución de fondo, habría de ser rechazado en aquel momento procesal el recurso al cual no se acompañase, por ejemplo, la escritura de compromiso, pues faltaría un requisito esencial que impediría decidir sobre los puntos a que se contrae el artículo 1.691.

En consecuencia, que si bien en Derecho constituyente pudiera discutirse si las múltiples causas de nulidad de un laudo por carencia o extralimitación de facultades debiera ser sometida en su ejercicio judicial a una sola forma de proceso, se ha de tener en cuenta que en Derecho positivo, por las razones expuestas, es preciso distinguir la anulación de laudo que se produce por exceso de poder apreciable mediante juicio comparativo entre el compromiso contraído y el fallo dictado (extralimitación regulada en el artículo 1.691) y el exceso de poder por actuación sin previo contrato válido de compromiso o sin sujeción a otras formalidades en la Ley establecidas *ad solemnitatem* para el juicio de amigable composición (inexistencia legal de laudo, discutible en juicio declarativo).

Examinado el recurso a través de este prisma resulta indudable la desestimación de sus tres motivos que el recurrente ampara en exceso de poder cometido por los amigables componedores, porque en los dos primeros se alega como causa de nulidad del laudo la no existencia de escritura pública de compromiso en la que debiera constar la expresión concreta del negocio sometido a fallo (causa no comprendida del artículo 1.691), y en el tercero se invoca doctrina de esta Sala sobre improcedencia de amigable composición en juicios de desahucio, inaplicable al caso de autos, en que la cuestión no surgió como derivación de otro juicio, ni la materia resuelta—terminación o subsistencia por prórroga del plazo de arrendamiento—cae fuera del ámbito de las facultades declarativas que pueden ser conferidas a los amigables componedores.

SENTENCIA DE 28 DE OCTUBRE DE 1947.—*Intimidación.*

Para que la intimidación vicie el consentimiento y produzca la anulación del contrato se exigen como requisitos fundamentales, según establece el artículo 1.267 del Código civil y reconoce la jurisprudencia de esta Sala contenida, entre otras, en sentencias de 16 de diciembre de 1915, 3 de junio de 1941 y 18 de febrero de 1944, el empleo de la amenaza de un daño inminente y grave, capaz de disminuir la libertad de uno de los contratantes, que esa amenaza determine la declaración de voluntad, o lo

que es igual, que exista un nexo causal entre la intimidación y el consentimiento, y por último, que esa amenaza revista carácter antijurídico, requisito que no se discute en el presente caso.

Aun cuando la intimidación sea un concepto jurídico, los hechos de que dimana son la determinación de la Sala sentenciadora en el uso de su soberanía para apreciar las pruebas, y entre esos hechos figura el nexo o enlace causal entre la intimidación y el contrato, según declara de modo terminante la sentencia de 3 de junio de 1941.

SENTENCIA DE 4 DE NOVIEMBRE DE 1947.—*Testamento ológrafo.*

Según la reiterada y uniforme jurisprudencia de esta Sala, para la validez y eficiencia de una disposición testamentaria no basta que su contenido pueda representar la expresión de la voluntad del que la otorga, sino que se precisa además que se halle revestida de todos aquellos requisitos y formalidades que la Ley exige como medio de asegurar la verdad de tal expresión y garantizar la autenticidad del acto, y esta doctrina, de indudable aplicación a todos los testamentos, lo ha de ser de una manera más especial, si cabe, a los ológrafos, en los que, por ser la excepción del testamento solemne y acto personalísimo de quien lo otorga, es forzoso exigir con el mayor rigor el cumplimiento de las prevenciones que la Ley tiene establecidas en orden a la consecución de aquellos fines de veracidad y autenticidad necesarios en documento de tan acusada trascendencia, rigor que aun cuando en algún caso pudiera resultar excesivo, no puede eludirse en manera alguna en esta materia por ser Ley clara y concreta.

La imperativa redacción del párrafo segundo del artículo 688 del Código civil no permite duda alguna de que la exigencia de la expresión del día, mes y año en que el testamento ológrafo se otorga es formalidad esencial para la eficacia de tal forma de testar, de suerte que su ausencia produce la invalidez de la misma, y esto no solamente por la virtualidad del precepto mencionado, sino por la declaración general de nulidad que contiene el artículo 687 del mismo Cuerpo legal, siendo de notar que la rigurosa observancia de la primera norma legal aducida ha sido corroborada por reiterada jurisprudencia que establece, entre otras doctrinas, que la falta de consignación de la fecha no puede ser suplida o enmendada mediante deducciones o por los medios ordinarios de prueba, y, comprobado que en el escrito que como testamento ológrafo ha dado origen al presente recurso no se expresa el día, mes y año en que tal documento se otorgara, es evidente que la Sala sentenciadora al declarar la nulidad del mismo no interpretó erróneamente el párrafo segundo del mencionado artículo 688 del Código civil, sino que procedió acertadamente, ajustándose en su fallo al contenido del mismo, y por ello procede desestimar el primer motivo del recurso, fundado en dicho supuesto error, debiendo asimismo declarar la improcedencia del segundo y último motivo, que alega la inaplicación de los artículos 658, 667 y 668 y la indebida aplicación del 912, todos del Código civil, infracciones que sólo hubieran tenido realidad en la hipótesis



de haberse estimado el motivo primero, con la consiguiente validez del testamento ológrafo en cuestión, según pretendía el recurrente.

SENTENCIA DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1947.—*Quebrantamiento de forma en la Ley de Arrendamientos Urbanos.*

Aun cuando la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos incluye entre los casos que pueden dar lugar al recurso de casación por injusticia notoria en el número 2.º del artículo 169 el de quebrantamiento de las formalidades esenciales del juicio cuando hubiere producido indefensión, y el artículo 172 contrae el recurso de injusticia por quebrantamiento de forma a los propios casos, es evidente que se trata de dos recursos claramente distintos, según se infiere de los citados preceptos de la expresada Ley, y por eso debe el recurrente determinar en cada caso clara y concretamente el recurso que pretenda utilizar.

En este caso el recurrente preparó ante la Audiencia el recurso por injusticia notoria, que fué el que se tuvo por preparado por la providencia de la Sala recaída en dicho escrito; pero después, en el escrito interponiendo el recurso, manifiesta que lo hace por injusticia por quebrantamiento de forma, y por ello solo resultaría inadmisibile el recurso, y por lo tanto desestimable, puesto que, preparado el de injusticia notoria, no se interpuso en tiempo, y el de quebrantamiento de forma no se preparó oportunamente.

Aun en la inadmisibile hipótesis de que se pudiera salvar ese defecto procesal, es indudable que el recurso sólo se ha interpuesto ante este Tribunal por quebrantamiento de forma, y, ateniéndose, como es obligado, a este modo de interponer el recurso, es manifiesto que éste se limita y sus fundamentos a alegar la infracción del artículo 92 de la Ley u otros que estima concordantes, pretendiendo que la sentencia concede una mayor amplitud a la apreciación de la necesidad de ocupar la finca de la permitida por este precepto y a la nulidad del requerimiento previo al inquilino para que desaloje el local por no ajustarse a lo preceptuado en la Sección II del capítulo VIII, y muy especialmente en el artículo 93 de la Ley; pero ninguno de estos pretendidos defectos constituyen los vicios causantes de indefensión, ya se apliquen para determinarla las prescripciones del Derecho procesal, ya se estime aplicable el artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento civil, conforme al artículo 176 de Arrendamientos urbanos, y por ello procede la desestimación del recurso.

Conforme a lo establecido en el artículo 174 de la Ley, en relación con el último párrafo del 171, deben ser impuestas las costas al recurrente

SENTENCIA DE 8 DE NOVIEMBRE DE 1947.—*Artículo 131, regla 6.ª, Ley Hipotecaria.*

La regla 6.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, al disponer, para el caso de la administración o posesión interina de la finca hipotecada,

que el acreedor perciba determinados frutos y rentas, «cubriendo con ello», y en primer término, los gastos de conservación y explotación de la misma, señala el límite máximo de los que el acreedor puede gastar por su propia iniciativa para los fines indicados.

Si en algún caso la necesidad o la conveniencia exigieren exceder de ese límite los gastos de conservación o explotación, el administrador judicial (como lo es el de que se trata, puesto que la administración es conferida por el Juez) precisaría para realizarlos y para arbitrar los medios requeridos al efecto autorización del Juez, previa audiencia de los demás interesados, sobre la procedencia de los gastos y de la obtención de los medios para cubrirlos.

El administrador D. Amado O. B., en cuanto su pago de 53.900 pesetas al Banco Hipotecario por semestres vencidos de anterior crédito excedió de la cantidad que por frutos y rentas había percibido, traspasó, sin la debida autorización, el límite señalado por la citada regla, y la sentencia que, dando por bueno ese exceso, aprueba las cuentas de la administración en cuyo haber figura viola en su fallo el precepto legal contenido en dicha regla 6.<sup>a</sup> del artículo 131 de la Ley Hipotecaria.

SENTENCIA DE 12 DE NOVIEMBRE DE 1947.—*Documento privado.*

Toda la enjundia de los tres primeros motivos del recurso se reduce a estimar que, habiendo sido averada por informe pericial la firma del vendedor, quedó autenticado el contenido del documento privado en que la firma fué puesta y, por lo mismo, debe estimarse que en el negocio de la compraventa concurren los requisitos intrínsecos y extrínsecos que son precisos para su validez; pero, aparte de que esta tesis no respeta los hechos que en la instancia se declaran probados, tiende a identificar en absoluto la legitimidad de la firma puesta en un documento privado con la autenticidad del cuerpo de escrito que la precede y con la veracidad intrínseca de las declaraciones de voluntad hechas en él, cuando lo cierto es que la firma auténtica de un documento privado lleva implícita solamente una presunción *juris tantum* de veracidad del contenido del mismo, que cede ante la demostración de que no ha tenido realidad el negocio aparentemente estipulado, y esta demostración se da en el caso de autos, sin impugnación eficaz en el recurso.

SENTENCIA DE 7 DE ENERO DE 1948.—*Artículo 1.124 C. C. y el contrato de arrendamiento.*

Esta facultad de resolver las obligaciones, efecto necesario del principio de que se contraen para ser cumplidas por cada uno de los obligados en términos de reciprocidad en su cumplimiento, concedida en el artículo 1.124 del Código civil como implícita en ellas contra el contratante que dejare de cumplir lo que le incumbe, no requiere, cuando la realidad de este supuesto se produce, que sea ejercitada judicialmente, sino que, conforme

tiene declarado una reiterada jurisprudencia, basta para su eficacia la manifestación por el perjudicado de su voluntad de resolver la obligación que le sería exigible sin el contrario incumplimiento, siquiera corresponda a los Tribunales, si sobre ello se promueve litigio, declarar si procedía o no la resolución decidida por el contratante; de donde se sigue que, justificado en el pleito que el demandante había incumplido una de las obligaciones que con carácter de reciprocidad condicionaban el ejercicio de facultad resolutoria que contractualmente asistía a la arrendadora y operante de la venta de la finca arrendada, con acierto derivado de la expresada doctrina estimó la Sala de instancia que la manifestación hecha notarialmente por aquélla de su voluntad de rescindir el contrato incumplido era eficaz para producir su resolución.

Sin desconocer el recurso de casación interpuesto por D. Antonio C. la doctrina que antecede y con apartamiento de lo opuesto a ella en el pleito, no hace radicar en el primero de sus motivos la infracción del artículo 1.124 del Código civil, de la que acusa a la sentencia recurrida, en la inexistencia del hecho de incumplimiento por el recurrente en la misma afirmado, ni tampoco en la forma extrajudicial en que se hizo uso por la causante de los demandados de su facultad resolutoria, sino que argumenta fundándose en la alegación de que el citado precepto no debe tener acceso a los arrendamientos urbanos, cuya materia está regulada con primacía por los específicos, de entre los que señala también como infringidos por implicados los artículos 4.º del Decreto de 29 de diciembre de 1931 y 4.º y 5.º del de 21 de enero de 1936, que a su entender excluyen la pertinencia de aplicar el que antes señala como aplicado indebidamente cuando el derecho de consignación de la renta en descubierto asiste, según tales disposiciones, al arrendatario, y cierta es, con arreglo a las mismas, esta facultad referida a los juicios de desahucio fundados en la falta de pago de la renta; pero el restrictivo sentido de las especiales disposiciones que la conceden no permite aplicar éstas tratándose de contratos distintos de aquellos en cuya contemplación han sido establecidas, y el concertado el 13 de diciembre de 1929 es de naturaleza compleja, porque su contenido obligacional abarca, además del que es propio de la relación que conceptúa el artículo 1.543 del Código civil, el que caracteriza a una promesa de venta especializada en la moderna doctrina bajo el nombre de opción de compra, susceptible, como todo contrato del que nazcan obligaciones recíprocas, de ser resuelto por decisión unilateral cuando uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe.

Esta razón de que si en el simple arrendamiento le es dable al arrendatario evitar el lanzamiento de la finca arrendada consignando las rentas en cuyo adeudo se funde aquella pretensión, no cabe igual arbitrio para impedir el efecto extintivo de la facultad resolutoria de una opción de compra condicionada contractualmente por el cumplimiento de la obligación de pagar en el tiempo convenido la renta de la finca que era a la vez objeto de la opción y del arrendamiento, hace desestimable el primero de los motivos del recurso, en el que, para razonar sobre las infracciones

que supone, se atiende tan sólo a lo que de creador de una relación arrendaticia tiene el contrato de 3 de diciembre de 1929, prescindiéndose de lo relativo a la opción de compra en él contenida y a la que igualmente afecta la cláusula 9.<sup>a</sup> de las estipuladas, por la virtualidad de la cual quedó facultada la arrendadora para el ejercicio de su derecho a resolver, según lo efectuó, el contrato, cuyos términos no consienten, haciéndolo así entender en su cláusula 5.<sup>a</sup>, que se atribuya independencia o posibilidad de disociación al arrendamiento del inmueble y al derecho de optar a su compra, otorgado al arrendatario en este concepto.

El mismo motivo supone infringidos también los artículos 24, 34, 36 y 41 de la Ley Hipotecaria, reputándose para ello D. Antonio C. en situación de tercero adquirente de un derecho real inscrito en el Registro de la Propiedad, al que estima que, tanto por estar constreñido el ámbito de aplicación del artículo 1.124 del Código civil «al juego de las relaciones puramente obligacionales», como por la salvedad que el artículo establece en su párrafo final no pueden serle aplicados los efectos resolutorios sin previa declaración del Tribunal; pero estas alegaciones no hacen más atendible el motivo, porque además de que con ellas se incide en desconocimiento injustificado de que la generalidad preceptiva del citado artículo se refiere al incumplimiento de toda obligación recíproca, cualquiera que sea su naturaleza, aunque bien se entiende que los efectos de la resolución han de ser instados y obtenidos por vía judicial, ni puede merecer la consideración de tercero quien, como el recurrente, tenía conocimiento de las condiciones en que la sociedad de la que era socio colectivo adquirió los derechos de arrendamiento y de opción de compra, ni aun en el supuesto contrario a esta apreciación dejaría de darse contra él la acción resolutoria, en conformidad con el número 1.º del artículo 37 de la Ley Hipotecaria, que señala las excepciones de la regla general contenida en el 36.

SENTENCIA DE 22 DE ENERO DE 1948.—*Artículo 135 del Código civil.*

Si bien la base quinta de la Ley de 11 de mayo de 1888—invocada por el recurrente en apoyo de su tesis—declara que «no se permitirá la investigación de la paternidad sino en los casos de delito o cuando existe escrito del padre en el que conste la voluntad indubitada de reconocer por suyo al hijo, deliberadamente expresada con ese fin, o cuando medie posesión de estado», es lo cierto que entre esta redacción y la del artículo 135 del Código civil se observa una marcada diferencia bajo dos distintos aspectos: es el primero que la base quinta emplea el término genérico «hijo», mientras que el artículo 135 se refiere de manera específica al «hijo natural», y consiste el segundo aspecto—que es el de interés ahora, a efectos de decidir la cuestión planteada—en que la base quinta aplica las palabras «deliberadamente expresada con ese fin» refiriéndose a la *voluntad indubitada* de reconocer, en tanto que lo exigido con carácter de indubitado por el artículo 135 es el *escrito* en que el padre reconozca su paternidad, no el propósito que haya inspirado tal declaración.

La últimamente apuntada diferencia entre uno y otro textos legales—a la que ya aludió esta Sala en sus sentencias de 3 de julio de 1941, 8 de febrero de 1943 y 10 de febrero de 1946—, destruye la base en que se apoyan los tres motivos del recurso, pues al no exigirse por el repetido artículo 135 del Código civil como condición del reconocimiento del hijo natural que se acredite la deliberada voluntad del padre en tal sentido y requerir tan sólo que tenga carácter de indubitado el escrito en que se exprese la declaración, sin referirse al propósito que le hubiere inspirado, resulta manifiesto que, admitida por el recurrente la autenticidad de los documentos en que él califica de hija suya a la menor de que se trata y se declara padre de la misma—lo cual lo hace en las cartas de 21 y 26 de junio y 26 de septiembre de 1934—, no cabe entender que existen en la sentencia las infracciones legales acusadas en los motivos primero y tercero, ni tampoco el error de hecho denunciado en el segundo, ello aun prescindiendo de que, según aparece de la carta de 30 de abril del citado año, al enterarse de que la hoy recurrida se hallaba encinta, procuró el recurrente anticipar la fecha del matrimonio, que se celebró a las pocas semanas después de haber dado a luz aquélla; y a la indicada conclusión no obsta el texto de la antes referida base quinta, porque, como también estableció esta Sala en sus antiguas sentencias de 24 de junio de 1897 y 10 de noviembre de 1902, promulgada la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 no para ser aplicada por los Tribunales, sino para que el Gobierno se amoldara a ella al hacer uso de la autorización conferida por el poder legislativo, no pueden los preceptos de dicha Ley servir de fundamento a ningún recurso judicial ordinario o extraordinario.

SENTENCIA DE 9 DE FEBRERO DE 1948.—*Legado «sub modo»; fundación.*

Como ha establecido esta Sala en sus sentencias de 29 de diciembre de 1943 y 8 de julio de 1940, es procedente en cuestión revisar la interpretación que del testamento se hace en la sentencia objeto de recurso cuando al amparo de los números 1.º y 7.º del artículo 692 de la Ley procesal e invocando al 675 del Código civil, así como el acto de última voluntad de cuya interpretación se trata, se acusa el error en que pueda haber incidido el Tribunal de instancia; y sobre la base de esta doctrina, aparece en el caso presente como cuestión a resolver que frente al criterio inspirador de la sentencia impugnada, según la cual la cláusula testamentaria objeto de controversia reviste la naturaleza de un legado *sub modo*, instituido en favor de la Congregación de Hijas de la Caridad, el motivo único del recurso sostiene que dicha cláusula establece una fundación en cuanto ordena la creación de la escuela a que la testadora se refiere.

En la declaración de voluntad contenida en la repetida cláusula—que es la quinta del testamento de doña Patrocinio Olóriz—aparece señalado por la testadora un fin a realizar—para que se funde una escuela de niñas, dice a la letra—, destinando determinados bienes (caza y terrenos, más una suma de dinero) al cumplimiento del indicado fin—para el sostenimiento de la escuela, expresa también literalmente—; y aunque la tes-

tadora dispone que la escuela de referencia habrá de estar a cargo de las Hermanas de la Caridad, a quienes autoriza para percibir los productos del capital, es al párroco del lugar y a los sacerdotes que le sucedan en su función a los que encomienda cuiden del cumplimiento del indicado fin docente, e igualmente es al párroco al que faculta para decidir si las religiosas encargadas de la enseñanza habrán de residir o no en la casa destinada a escuela.

De lo expuesto aparece haber sido la voluntad del causante instituir o crear una obra de destino de su patrimonio, vinculando éste al cumplimiento de un fin que la misma señala, apreciándose claramente la existencia de un acto fundacional, que aparece incorporado a otro de dotación, bajo la forma de disposición testamentaria, y que determina, de conformidad con la doctrina establecida en la sentencia de esta Sala de 7 de abril de 1920, el nacimiento de una persona jurídica desde el día en que por fallecer la testadora adquirió plena eficacia su declaración de voluntad, consecuencia la indicada que se reafirma teniendo en cuenta el texto del Real decreto de 27 de septiembre de 1912, el cual en su artículo 9.º, y al regular las fundaciones benéfico-docentes—categoría en la que debe entenderse incluida la obra de que se trata—, estatuyen que tienen personalidad jurídica desde el momento de su constitución, añadiendo el artículo 10 del mismo Decreto que si la fundación se halla dotada con bienes inmuebles o derechos reales, es indispensable para que se entienda constituida la escritura pública, requisito también cumplido en el caso actual, siguiéndose de las anteriores consideraciones que los términos de la cláusula testamentaria no autorizan en manera alguna a entender que la disposición contenida en ella reviste el carácter de un legado *sub modo* en favor de la Congregación de Hijas de la Caridad encargada de la tarea docente, como con error afirma la sentencia recurrida.

SENTENCIA DE 23 DE FEBRERO DE 1948.—*Licitud de un Cartel que intenta evitar la superproducción.*

La primera cuestión que se plantea ante este Tribunal con el motivo primero del recurso de casación interpuesto por la Papelera San José es la ilicitud inicial por razón de su objeto o fines de la demandante Asociación Reguladora de la Producción y Venta de Papel, y aparte de la anormalidad que supone que quien concurrió por medio de su representación legal, a la constitución de un consorcio alegue su ilicitud por razón de sus fines, y examinado esto concretamente se ve que el objeto social fijado en el número 2 de sus Estatutos insertos en la escritura de su constitución fecha 17 de noviembre de 1927 y los medios que para ello se han de emplear detallados en los artículos 11 a 15 de los mismos no quebrantan precepto legal alguno vigente al constituirse la Asociación, según doctrina de la sentencia de 21 de abril de 1926, puesto que no se forma un monopolio por haber otras fábricas no asociadas y el fin no es alterar abusivamente los precios del trabajo o de las mercancías, sino evitar la superproducción, fenómeno que no

beneficia al consumidor, al que sólo interesa que se produzca lo necesario para el consumo y la depreciación que pueda producir es transitoria, perjudicando por otro lado grandemente el equilibrio económico, y los medios que determinan para ello esos Estatutos de proporcionar la producción a la capacidad de cada fábrica, con las obligaciones de vender el producto por mediación de S. D. P. y a los precios que la Asociación fija, son también perfectamente lícitos, porque aunque de ellos resulte una limitación en los derechos de los contratantes, éstas son las concesiones que mutua y libremente se hacen como reciproca prestación, por todo lo cual es evidente que esa asociación no es ilícita *ab initio* por las esencias de su fines y el cual uso que pudiera más adelante hacerse de ellos no atañe a esa licitud, por todo lo cual no existe la violación que se alega de los artículos que se citan en este motivo del recurso.

SENTENCIA DE 25 DE FEBRERO DE 1948.—*Compraventa mercantil.*

Lo vendido fué una determinada madera de haya que estaba apilada y fué aceptada por el comprador, perito en la materia, previos los reconocimientos que estimó convenientes, y el vendedor, de acuerdo con lo estipulado, trasladó la madera a la estación de Elgoibar y comenzó a cargarla en vagones, hechos estos que la Sala sentenciadora valora jurídicamente apreciando la existencia de una compraventa mercantil de cosa individualizada, no genérica, con cumplimiento por parte del vendedor de la obligación de entregar la madera poniéndola a disposición del comprador, equivalente a tradición ficta, según se había pactado. Frente a esta posición de la sentencia recurrida arguyen los motivos primero y segundo del recurso la infracción de los artículos 332 y 339 del Código de Comercio y la doctrina de las sentencias de 22 de octubre de 1901 y 1.º de mayo de 1903, por estimar fundamentalmente que la entrega de la madera debía efectuarse física o materialmente y previa medición no en forma simbólica, cuando lo cierto es que lo pactado fué la entrega de esta última forma, y se arguye también que al mediar la rehusa del comprador era obligado el depósito judicial de la mercancía, sin tener en cuenta el recurrente que esta formalidad no es indispensable cuando se ha efectuado la entrega por puesta a disposición, según la doctrina legal que se cita como infringida ni se tiene en cuenta tampoco en el recurso, que de acuerdo con lo que dispone el artículo 1.484 del Código civil, complementario del 445 del de Comercio, por virtud de lo ordenado en el artículo 50 del mismo Código, no se da acción de saneamiento por defectos ocultos si el comprador es un perito que pudo fácilmente conocerlos, que es principalmente el supuesto de autos, en el que fué comprador un perito en maderas y examinó cuanto quiso la mercancía, aceptándola en las condiciones de calidad que en ella concurrían según queda dicho; por lo que tampoco pueden prosperar los motivos 1.º y 2.º.

LA REDACCIÓN

## Jurisprudencia sobre el impuesto de Derechos reales

*Resolución del Tribunal Económicoadministrativo Central de 16 de julio de 1946.*

EL PAGO DEL IMPUESTO SOBRE EL CAUDAL RELICTO NO ES APLAZABLE NI AUN EN EL CASO DE QUE LO SEA EL DEL IMPUESTO DE DERECHOS REALES DE LA MISMA TRANSMISIÓN SUCESORIA.

En determinada sucesión se pidió el aplazamiento de pago de las liquidaciones por los impuestos de Derechos reales y caudal relictos girados por herencia en nuda propiedad, y habiendo la Dirección general de lo Contencioso acordado concederlo en cuanto al primero y denegarlo respecto al segundo, el Tribunal Central desestimó el recurso en atención a que el párrafo segundo del artículo 136 del Reglamento niega todo recurso contra tales acuerdos.

Ese es el único motivo que invoca la resolución del Tribunal, y a él, a nuestro entender, pudiera añadirse la consideración de que la naturaleza especial del impuesto sobre el caudal relictos, impide el aplazamiento, dada la condición de solidaria, que tiene la obligación de pago de ese impuesto a tenor del artículo 248 del Reglamento, si no se olvida que aunque a los nudo propietarios les pudiera afectar el aplazamiento como tales, siempre habrá unos usufructuarios gravados con aquella solidaridad.

*Resolución del Tribunal Económicoadministrativo Central de 1.º de agosto de 1946.*

LA DETERMINACIÓN DE LOS TIPOS DE TARIFA APLICABLES EN LAS HERENCIAS SE DÉTERMINA EN FUNCIÓN DE LA CUANTÍA DE LA PARTICIPACIÓN HEREDITARIA INDIVIDUAL, SIN QUE SEA FAC-



TIBLE SUBDIVIDIR LA BASE PARA APLICARLE DISTINTOS TIPOS PARCIALES, ES DECIR, APLICAR UN TIPO A LAS PRIMERAS 10.000 PESETAS, OTRO A LA PORCIÓN COMPRENDIDA ENTRE 10 000 Y 50.000, Y ASÍ SUCESIVAMENTE.

*Antecedentes.*—Presentada a liquidación cierta testamentaria se giraron a otras tantas herederas una liquidación sobre la base de pesetas 131.000, y tres sobre la base de 78.000.

Los contribuyentes, un padre y tres hijas, recurrieron dichas liquidaciones alegando en el correspondiente trámite procesal que las liquidaciones adolecían del defecto de no aplicar las escalas reglamentariamente con arreglo a las partes alicuotas comprendidas en cada uno de los grados a), b), c), etc., de la respectiva gradación de la escala correspondiente a cada uno de los cuatro herederos, lo cual había conducido a aplicar un tipo único más alto que los varios parciales que hubieran resultado del fraccionamiento de las bases liquidables.

El Tribunal provincial, primero, y el Central, después, desestimaron la reclamación por la razón de que a partir del establecimiento de los tipos progresivos en la Ley de 29 de diciembre de 1910, confirmados en todas las posteriores, el contenido claro y preciso de las tarifas no admite otra interpretación que la de que los tipos de gravamen habrán de recaer sobre la totalidad de las bases para las que están fijados, pues de haberse pretendido gravar con tipos diferentes una misma porción hereditaria individual se hubiera dicho expresamente que cada uno de los tipos comprendidos en el mismo número de la tarifa habría de afectar solamente a la porción de la contenida entre cada una de las cantidades que se fijan en cada epígrafe, lo cual ocurriría en todos aquellos casos en que la base de la porción heredada excediera del primer grado de la escala respectiva.

Corroboró el Tribunal Central esa interpretación diciendo que, cuando el legislador quiso que el principio progresional se aplicase en la forma pretendida por los reclamantes, lo dijo expresamente, como ocurre, por ejemplo, en la Contribución sobre la Renta, según la reforma de Ley de 6 de febrero de 1943, y anteriormente en la Ley de Reforma Tributaria de 16 de diciembre de 1940.

Todo esto—continúa diciendo la Resolución que venimos extrayendo—vienen a confirmarlo claramente los Reglamentos del propio Impuesto de Derechos reales al no disponer nada sobre división de tipos

de tributación en cuanto a cada porción hereditaria individual, y al disponer, por el contrario—artículo 31, párrafo 2.º y 126—que la determinación del tipo aplicable en cada caso se hará atendiendo a la cuantía de la porción hereditaria individual y al grado de parentesco entre el heredero, legatario, donatario y el causante, y que las liquidaciones se extenderán a nombre de cada contribuyente y por cuantos sean los conceptos parciales de la tarifa.

*Comentarios.*—Esta singular reclamación es el primer caso que conocemos que haya sido objeto de planteamiento ante el Tribunal Central, lo cual revela lo insólito del punto de vista de los recurrentes y lo indiscutible que es, a todas luces, el criterio sentado por la Resolución.

La cuestión pudiera, acaso, plantearse en el terreno constituyente para llegar a una más equitativa distribución del gravamen tributario, o a lo que la ya antigua escuela economista llamó "igualdad de sacrificio", al que tienden los impuestos progresionales, de tal manera, que las primeras 10.000 pesetas, por ejemplo, tributen igualmente en todo caso, sea que la adquisición se limite a esa cantidad, sea que sea mucho mayor, y que las 40.000 siguientes, hasta 50.000, soporten un tipo de tributación más elevado, y así sucesivamente; pero sea de ello lo que quiera en el terreno de los principios, lo cierto es que cuando el legislador quiso que así fuese, lo dijo expresamente, como ocurre con las dos Leyes a que el Tribunal Central hace referencia, lo cual conduce a la resolución dada por éste de desestimación del audaz criterio sustentado por los recurrentes.

*Resolución del Tribunal Económicoadministrativo Central de 1.º de agosto de 1946.*

VENDIDO UN EDIFICIO FÁBRICA, CON LA MAQUINARIA EN ÉL INSTALADA, TODO ELLO TIENE EL CONCEPTO DE INMUEBLES, A PESAR DE QUE UNO Y OTRA SE VALOREN Y DESCRIBAN SEPARADAMENTE EN EL DOCUMENTO DE TRANSMISIÓN.

*Antecedentes.*—La escritura pública de venta a que el encabezamiento se refiere, hacía constar que se enajenaba una fábrica con sus terrenos anejos, vivienda y otras dependencias secundarias, y también el derecho a ejercer la industria de hilados a que aquélla se dedicaba,

con sus cupos, maquinaria, utensilios, herramientas, etc., por el precio de 1.900.000 pesetas, de las que 200.000 correspondían al inmueble, y el resto a la maquinaria y demás elementos existentes en la fábrica.

La Oficina liquidadora aplicó el tipo de liquidación de inmuebles, y la Entidad adquirente reclamó con fundamento en que no era de aplicación al caso el número 5.º del artículo 334 del Código civil, porque para que lo fuera sería necesario que las instalaciones y demás elementos secundarios hubieran sido vendidos como accesorios de la finca, y ello no fué así, porque en la calendada escritura se realizaron dos ventas en apartados separados, la del inmueble con sus terrenos anejos y la de los derechos al ejercicio de la industria con sus instalaciones, maquinaria, etc. o sea la industria misma; de tal manera que si hubieran otorgado una escritura para lo primero y otra para lo segundo, necesariamente se hubieran liquidado una transmisión de muebles y otra de inmuebles.

Por otra parte, añade la recurrente, no es aplicable al caso el artículo 46 del Reglamento cuando califica de inmuebles las instalaciones de carácter permanente, bajo pena de dar al concepto tal amplitud que comprenda la maquinaria, accesorios, utensilios y efectos existentes en una fábrica, lo cual conduciría al absurdo de considerarlo siempre inmuebles, pertenezcan o no al dueño de la misma.

El Tribunal provincial, y el Central después, confirman el criterio del liquidador, fundados en el texto y sentido del citado número 5.º del artículo 334 del Código civil y el del artículo 45 del Reglamento, según los cuales las máquinas, vasos, instrumentos, etc., destinados por el propietario de la finca a la industria o explotación para que se realice en un edificio o heredad y que directamente concurren a satisfacer las necesidades de la explotación misma, tienen la condición jurídica de bienes inmuebles. Y como tales características se dan en el caso discutido, está clara la sinrazón del recurso no desvirtuada tal realidad objetiva por la circunstancia de que se describan y valoren separadamente el edificio y los demás elementos.

*Comentarios.*—Como se ve, toda la argumentación del recurso es francamente endeble ante el texto claro en su idea y en expresión gramatical del mencionado número 5.º del artículo 334, y por lo mismo huelgan las apostillas que el comentarista pudiera poner. Dice bien la Resolución recurrida al oponer que la descripción y la valoración, separada, no pueden destruir lo que es una realidad objetiva evidente,

desde el momento en que con completa independencia de esa separación nada significan ante el hecho de que lo enajenado es una explotación industrial formada por el conjunto de todos esos elementos, destinada a seguir funcionando conjuntamente.

El argumento de que si se hubieran vendido separadamente lo esencialmente inmueble y los demás elementos a él adheridos, se hubiera producido una liquidación por inmuebles y otra por muebles, tampoco prueba nada o prueba demasiado, puesto que lo que con tal agudeza fiscal se habría conseguido sería hacer que lo jurídicamente inmueble, apareciese subrepticamente como mueble, pero no cambiar la verdadera naturaleza jurídica y fiscal de lo transmitido. Otra cosa sería si la venta de las máquinas y demás elementos se hubiera realizado independientemente y con el verdadero fin de separarlos definitivamente del inmueble.

*Resolución del Tribunal Económicoadministrativo Central de 28 de septiembre de 1946.*

CUANDO AL CESAR UN PROINDIVISO SOBRE UN INMUEBLE ADQUIRIDO A TÍTULO DE HERENCIA, UNO DE LOS CONDOMINOS ABONA AL OTRO EL VALOR DE SU PARTICIPACIÓN, EL ACTO LIQUIDABLE ES EL DE CESIÓN A TÍTULO ONEROSO, SIN QUE SEA APLICABLE EL APARTADO 27 DEL ARTÍCULO 19—REGLAMENTO DEL 41—NI EL NÚMERO 14 DEL ARTÍCULO TERCERO DE LA LEY.

El inmueble en cuestión había sido adquirido por herencia, según se decía en la escritura de división, y como por tratarse de una casa no era posible la división material por mitad entre los dos hermanos contratantes, acordaron adjudicarla a uno de ellos abonando el otro la mitad del total valor.

Liquidada la cesión a título oneroso, se pretendió que el acto debiera ser declarado exento a tenor de lo previsto en el artículo 1.062 del Código civil en relación con el número 14 del artículo 6.º del Reglamento, y tanto el Tribunal provincial como el Central desestimaron la reclamación porque para que la exención sea aplicable es necesario, no solamente que se den los supuestos de los artículos 1.056 y 1.062 del citado Código, esto es, la realidad de la indivisibilidad, sino también que la adjudicación de excesos y pago de diferencias tenga lugar precisamente al practicar la partición de la herencia.

*Resolución del Tribunal Económicoadministrativo Central de 28 de septiembre de 1946.*

LA COMPROBACIÓN DE VALORES RESPECTO A ACCIONES DE SOCIEDADES, CON ARREGLO AL VALOR FIJADO A LOS EFECTOS DEL IMPUESTO SOBRE EMISIÓN, TRANSMISIÓN Y NEGOCIACIÓN DE VALORES MOBILIARIOS, NO ES IMPUGNABLE, A LOS EFECTOS DEL IMPUESTO DE DERECHOS REALES, FUNDÁNDOSE EN QUE AL DETERMINARLO LA ADMINISTRACIÓN PARA OTROS EFECTOS TRIBUTARIOS NO LO HIZO ACERTADAMENTE.

*Antecedentes.*—En una herencia se comprobaron acciones de una Sociedad Anónima. Eran de 500 pesetas nominales con un valor real, según el Secretario de la Sociedad, de 200 pesetas y el valor en comprobación se fijó en 490,91, que era el fijado a las mismas por la Administración de Rentas a los efectos del Impuesto sobre emisión y negociación de valores mobiliarios.

La comprobación fué recurrida alegando que la valoración dada por la Administración de Rentas no se ajustaba a las normas reglamentarias de ese impuesto, y el recurso fué desestimado porque ha de darse plena eficacia a la valoración dada por dicha dependencia para efectos de los tributos que ella liquida, y también, por lo mismo, para los que al impuesto de Derechos reales se refieren, ya que sería absurdo reconocer aquella eficacia para un impuesto y negársela para otro, a lo que añadimos por nuestra cuenta que no nos parece que pueda ser discutible una valoración, ya firme y consentida, al tomarla como punto de partida para la exacción de otro tributo distinto. Esa discusión será viable cuando se discuta la exacción que originó la valoración, pero no después a pretexto de indebidas aplicaciones de las normas reglamentarias, anteriormente tenidas en cuenta.

*Resolución del Tribunal Económicoadministrativo Central de 8 de octubre de 1946.*

HA DE CALIFICARSE DE VERBAL EL CONTRATO SI NO CONSTA QUE LAS PARTES HAYAN OTORGADO DOCUMENTO EN EL QUE APAREZCA SU CONFORMIDAD SOBRE LA COSA Y EL PRECIO, Y NO LE ES APLICABLE LO DISPUESTO EN EL PÁRRAFO 3.º DEL ARTÍCULO 48 DEL REGLAMENTO.

A LOS CONTRATOS VERBALES DE FECHA ANTERIOR A 1.º DE ABRIL DE 1945 NO LES ES APLICABLE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 1.º DE LA LEY DE 17 DE MARZO DE ESE AÑO—NÚMERO 5.º DEL ARTÍCULO 6.º DEL ACTUAL REGLAMENTO—EN CUANTO CONDICIONA LA EXENCIÓN DE LOS MISMOS A QUE SU CUMPLIMIENTO NO REQUIERA QUE CONSTE POR ESCRITO.

*Antecedentes.*—Previo tarjeta de investigación sobre contrato de ejecución de obras con suministro del año 1941, el interesado presentó un recibo de cantidad y se liquidó como contrato mixto sobre una considerable cantidad.

La liquidación fué recurrida con fundamento en que según el número 5.º del artículo 6.º del Reglamento el contrato es exento, puesto que cuando el consentimiento se presta verbalmente, el contrato ha de reputarse también verbal, sin que pueda afectar al caso la reforma de la Ley de 17 de marzo de 1945 al restringir la exención de los contratos verbales—núm. 5.º del artículo 6.º del vigente Reglamento—porque en ese particular no puede tener efecto retroactivo.

El Tribunal provincial desestimó la reclamación por la razón de que existían unos presupuestos detallados con expresión de las obras a realizar y del coste de las mismas, lo que implica la existencia de condiciones contractuales aceptadas por las partes y es opuesto esencialmente al concepto jurídico de contrato verbal carente de todo documento escrito.

Esta tesis no fué compartida por el Tribunal Central y revocó el acuerdo y anuló la liquidación.

Para que un contrato—dice—pierda la cualidad de verbal es indispensable que exista un documento, público o privado, formalizado expresamente en el que conste la conformidad en la cosa y en el precio, y esos requisitos esenciales y esa prueba escrita determinante del concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y el precio exigidos por el artículo 1.262 del Código civil, no concurren en el que es objeto de discusión, porque los únicos documentos obrantes en el expediente de investigación están sin autorizar y, además, constituyen actuaciones separadas insuficientes para motivar la exacción del impuesto a tenor del párrafo 3.º del artículo 48 del Reglamento, puesto que para que así

fuera, sería menester que se tratase de suministro o venta de bienes muebles al Estado, cuyo supuesto es el que ese precepto prevé.

De aquí se deduce—sigue diciendo el Tribunal Central—que el aplicable al caso es el artículo 18 del Reglamento en sus párrafos 1.º y 3.º, y con arreglo a ellos la exacción del impuesto en esta clase de contratos presupone que consten en documento, aunque sea privado, o, lo que es lo mismo, que, al no ocurrir así, al acto en cuestión le alcanza de lleno la exención del número 5.º del artículo 6.º del repetido Reglamento, referente a los contratos verbales, en tanto no se eleven a documento escrito.

Y añade más el Tribunal: dice que si bien el artículo 1.º de la Ley de 17 de marzo de 1945 restringe la exención, condicionándola a que el cumplimiento de los verbales no requiera que consten por escrito, y el 1.280 del Código civil dispone que deberán constar por escrito, aunque sea privado, los contratos en que la cuantía exceda de 1.500 pesetas, no se puede olvidar que, según el artículo 16 de la misma Ley, ésta no puede tener efecto retroactivo para declarar sujetos aquellos actos que la legislación anterior declaraba exentos.

*Comentarios.*—Tiene dos puntos interesantes la Resolución que comentamos: uno, el relativo a que el apartado 3) del artículo 48—el 4) en el actual Reglamento—no reza más que con relación a los contratos de bienes muebles en que el adquirente sea el Estado o las Corporaciones que cita; y el otro extremo es el que hace referencia a la exención de los contratos verbales, tal como ahora la perfila el número 5.º del artículo 6.º, concediéndola solamente “cuando su cumplimiento no requiera que consten por escrito”.

El Tribunal en este particular parece decidirse, interpretando el nuevo texto, por darle el sentido de que los contratos verbales a que el mismo se refiere son los de cuantía inferior a 1.500 pesetas, ya que para éstos el artículo 1.280 del Código civil impone que consten por escrito.

Decimos que ese *parece ser* el sentido de la resolución, y decimos también con todo el respeto para el Tribunal—que nos parece discutible tal interpretación, como más por extenso tenemos razonado en otra parte (1).

(1) Puede verse el comentario a ese precepto en nuestro libro sobre el «Impuesto de Derechos Reales» (segunda edición), páginas 98 y siguientes.

*Resolución del Tribunal Económicoadministrativo Central de 22 de octubre de 1946.*

EL CONTRATO TRANSMISORIO DE BIENES, EN EL QUE EXISTE CONFORMIDAD EN LA COSA Y EN EL PRECIO ES DE COMPRAVENTA Y NO DE PROMESA DE VENTA, AUNQUE EL PAGO DEL PRECIO SE APLACE HASTA QUE EL DOCUMENTO PRIVADO EN QUE LA TRANSMISIÓN CONSTA SE ELEVE A ESCRITURA PÚBLICA.

EL PLAZO DE PRESENTACIÓN EN TALES CASOS SE CUENTA DESDE LA FECHA DE AQUEL DOCUMENTO Y NO DESDE LA DE LA ESCRITURA PÚBLICA.

La doctrina es tan clara, tanto desde el punto de vista del Derecho civil como del fiscal, que nos excusa del comentario.

JOSÉ-MARÍA RODRÍGUEZ-VILLAMIL.

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

## OBRAS COMPLETAS DE DON JERONIMO GONZALEZ

### ESTUDIOS DE DERECHO HIPOTECARIO Y DERECHO CIVIL

#### Tomo I:

- A) Nota editorial.
- B) Prólogo del Excmo. Sr. D. José Castán Tobeñas.
  - 1. Estudios de Derecho Hipotecario.
  - 2. Principios hipotecarios.

#### Tomo II:

- Semblanza de don Jerónimo, por D. Rafael Núñez Lagos.
- 3. Estudios de Derecho Hipotecario.

#### Tomo III:

- 4. Estudios de Derecho civil.

Conforme se hizo constar en el número 235 (diciembre 1947) de esta REVISTA, las suscripciones pueden solicitarse de la Sección de Publicaciones del Ministerio de Justicia, indicando el nombre, profesión y domicilio, y señalando la forma de pago que se determina en el citado número, o bien directamente del Administrador de

**REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO, Alcalá, 16, 5.º, n.º 11**

Impreso y distribuido a los suscriptores el Tomo I. En prensa, los Tomos II y III.



# V A R I A

*Influencias que el siriaco ha ejercido en los dialectos árabes del Líbano.*—Conferencia del Ilmo. Sr. D. Juan Francisco Marina Encabo, Registrador de la Propiedad y Vocal de la Junta directiva de la Asociación Cultural Grecoespañola, pronunciada el 28 de mayo de 1948 en el Consejo Superior de Investigaciones Científicas.

El siriaco es una lengua semítica, que en unión del caldeo y del samaritano, corresponde a una de las tres ramas en que se divide aquella lengua: la aramea. Las otras dos son: la hebrea, a la que pertenecen el hebreo y el fenicio, y la árabiga, con sus derivados el árabe y el etiópico, aun cuando la denominación de "lenguas semíticas" sea poco apropiada, según el hebraísta P. Gómez, porque los fenicios y varias tribus árabes descendientes de Cam y no de Sem, hablaban lenguas semíticas, mientras que el idioma de los elamitas no era de esta última familia, a pesar de que Elam es hijo de Sem.

Así lo afirma Marina y Dios me libre de contradecirle en lo más mínimo. Acepto sus aseveraciones ciegamente, aunque para mi fuero interno no dejo de estar intrigado por los desconcertantes temas que elige para sus cultas disertaciones y por la rapidez con que confecciona las conferencias y los artículos. Casi me tiene sometido a un régimen de trabajos forzados, en materias absolutamente desconocidas para mí, salvo los remotos recuerdos bíblicos y mi terco empeño de que en el Líbano no hay más que cedros gigantes, como máxima gala de mi erudición.

Por lo visto no es así, ya que Marina desenvuelve ágilmente nada menos que ocho puntos: 1. Nociones geográficas e históricas. 2. El Líbano desde el punto de vista lingüístico. 3. El siriaco. 4. Los diferen-

tes dialectos siriacos. 5. La desaparición del siriano. 6. Extinción del siriano en el Líbano. 7. Estado actual del siriano en el Líbano como lengua litúrgica, y 8. Supervivencias siriacas en el árabe local.

Por un acuerdo internacional de 9 de junio de 1861 se delimitó el Líbano a la vertiente occidental de la cadena de montañas que lleva su nombre. Comprende unos 3.000 kilómetros cuadrados, con una población de 450.000 habitantes en 1918, y está dividido en tres regiones; el Sahel o litoral, donde se encuentran las ciudades fenicias de Yebail (Byblos), Batrun (Botrys), etc; el Jord, o región montañosa, y la Wusuf, o región media, la más poblada. Según Renán, es la tumba de un viejo mundo del que han desaparecido cuerpos y bienes.

Sufrió una superposición de razas, lenguas y religiones: maronitas, griegos, drusos, musulmanes y turcomanos. El período fenicio terminó hacia el siglo VI de nuestra Era, aunque sobrevivió su prosperidad económica hasta la Edad Media. Los maronitas, bajo el mando de un patriarca religioso, organizados en nación y fortificados en sus montañas, constituyeron un hogar de revuelta en el mismo corazón del pueblo árabe. Después de las Cruzadas, el Líbano ocupó en el reino de Jerusalén una situación privilegiada. Ante la conquista de Siria por Selim I en 1516, salvaron su autonomía mediante un tributo, e igualmente a la muerte del gran Fakir-ed-Din, estrangulado en Constantinopla en 1635, conservaron su unidad política, que se mantiene a pesar de la guerra civil en 1860, y de la intervención de potencias extranjeras en 1861, hasta conseguir en 27 de noviembre de 1941 su reconocimiento como República, regida por una Constitución aprobada por la Ley de 21 de enero de 1947.

Antes de la conquista de Siria por Alejandro el Grande, el idioma en la costa libanesa eran el fenicio y el hebreo, su próximo pariente. Después de la invasión de Siria por los arameos (o arimi), el arameo era la lengua común en toda Asiria y Caldea, y uno de sus dialectos el siriano, la lengua religiosa de los cristianos sirios (Mesopotamia, Babilonia, Adiabena, Garama, Susiana, etc), resistió al griego y al árabe durante siglos, como lengua hablada y escrita, desde el siglo IV al siglo VIII, pero desde el siglo IX se recarga de palabras griegas.

Como el griego para el Oriente helénico y el latín en el Occidente, el siriano fué la lengua cristiana y eclesiástica del alto Oriente, hasta que después del siglo VIII el árabe comenzó a suplantarle definitivamente, reduciendo sus límites al idioma del culto y de la teología con

los nestorianos, jacobitas y maronitas, excepto en el Líbano septentrional, que resistió más tiempo la influencia del árabe.

Por ser lengua de una población eminentemente cristiana, sufrió en el transcurso de los siglos la misma suerte que el cristianismo en Oriente. La Iglesia cismática, quebrantada por las herejías, perdió su independencia y su vitalidad. Muchos cristianos sirios adoptaron la lengua y la religión del vencedor; otros formaron iglesias independientes de la romana. Cierta número de sacerdotes leían el siríaco, sin entenderlo, aunque antiguos sabios maronitas tales como Teófilo de Edesse (siglo VIII), Assemani, Sionita, Ecchelensis (profesores del Colegio de Francia en el siglo XVIII) lo estudiaron histórica, gramatical y léxicográficamente.

La lectura tradicional del siríaco, tal como se enseña en las escuelas o se emplea en el canto y la recitación de los oficios religiosos, dista mucho de ser correcta y conforme a la antigua pronunciación aramea. Solamente están escritas todavía en siríaco el breviario, algunas partes de la misa (la consagración, por ejemplo), los manuales de consagración destinados a los Obispos, etc. Lo demás está escrito en árabe.

La misa que se dice en siríaco es más larga y varía un tanto en la forma de la del rito latino; el Evangelio se lee en árabe y en alta voz, para que el pueblo lo entienda, y en la Comunión mascan la Sagrada Forma.

Las supervivencias siríacas en el árabe local del Centro y Sur del Líbano pueden referirse a la fonética, donde las vocales siríacas conservan su antiguo sonido en los vocablos de origen siríaco y reemplazan a las vocales árabes en las palabras de origen árabe. En la morfología, los vestigios se encuentran principalmente en algunos nominales y verbales. Respecto a la sintaxis, la influencia actual del siríaco carece de importancia. Es en el vocabulario donde se encuentran gran número de palabras de origen siríaco en la agricultura, comercio, vida intelectual; y sobre todo en la familia y religión, pues no hay necesidad de advertir que muchos nombres propios de localidades o de hombres libaneses suponen una raíz y una terminación siríacas.

CARLOS A. AYARRAGARAY: *La justicia en Rusia*.—Librería Jurídica, Valerio Abeledo, editor.—Buenos Aires, 1947; un libro de 134 páginas.

Con el subtítulo "Valoración del procedimiento civil soviético", realiza el doctor Ayarragaray, un magnífico estudio, como todos los que de este nombrado autor argentino conocemos, sobre el proceso en Rusia, problema de palpitante interés por su actualidad y por las consecuencias que del mismo pueden sacarse para la construcción de una parte general del proceso civil sobre la base de una fundamentación política y filosófica. La limitación espacial nos obliga a realizar un resumen de esta interesantísima obra, en el que procuraremos recoger los principios fundamentales del proceso de la Rusia soviética:

a) *Régimen de organización*.—No hay independencia de poderes, aunque la proclame la constitución (art. 112), pues los miembros del Poder judicial los elige el Soviet Supremo por un plazo de cinco años (art. 105 de la Constitución). Los Tribunales populares son elegidos por un sufragio universal, directo e igual, con votación secreta, por un plazo de tres años. El cumplimiento de las leyes hállase encomendado a la vigilancia del fiscal de la U. R. S. S.

b) *Principio dispositivo e inquisitivo*.—El Código que examinamos declara la aplicación del principio dispositivo (art. 2.º). Mas de inmediato (en el mismo artículo, se declara: "puede iniciar o proseguir el asunto el procurador; si, en su opinión, la salvaguardia de los intereses del Estado o de las masas trabajadoras requiere su intervención").

c) *Competencia*.—Como modalidad de la competencia existe el derecho de avocación, que ejerce el Tribunal Supremo, quien puede reclamar para sí el conocimiento de cualquier asunto sometido a otro Tribunal de la U. R. S. S., como también puede remitir o destinar determinados asuntos o categorías de asuntos al conocimiento de cualquier Tribunal regional (art. 24).

d) *Juez único o colegiado*.—La composición del Tribunal se realiza mediante la forma de cuerpo colegiado y lo componen jueces del pueblo y dos asesores populares. Impera, por consiguiente, una tendencia contraria al sistema monocrático para el Tribunal.

e) *Principio de la legalidad*.—Los asuntos se resuelven apoyándose el Tribunal en las leyes y disposiciones vigentes del Gobierno

obrero-campesino y en las disposiciones de los órganos locales, dictadas dentro de los límites de sus atribuciones. Frente a la falta de normas legales, el Tribunal, al pronunciarse, se guiará por los principios de la legislación soviética y la política general de Gobierno obrero-campesino (arts. 3.º y 4.º).

f) *La acción como límite de la jurisdicción y del proceso. El Tribunal es omnímodo.*—Los Tribunales soviéticos tienen la obligación de resolver los asuntos que se someten a su dilucidación (art. 3.º, Cód. proc. civ.), pero el Tribunal está obligado a tratar omnímodamente, de elucidar los derechos verdaderos y relaciones mutuas entre los litigantes (art. 5.º, Cód. proc. civ.).

Se sigue también el principio de la buena fe, la cooperación de terceros en el proceso, el principio escrito y oral, este último principalmente en la audiencia, concentración, intermediación y publicidad, aunque este último muy limitado, ya que se sigue en el proceso civil para la aportación de pruebas un procedimiento similar a nuestras actuaciones sumariales, en delitos, y en cuanto a la representación ante el Tribunal, aunque se halla determinado que las partes pueden actuar ante el Tribunal personalmente o por medio de sus representantes, creemos que se mira a la abogacía partiendo del sentido de la frase de Napoleón citada por Ayarragaray: A la abogacía habría que cortar la lengua cuando habla mal del Gobierno.

Los procesalistas españoles tenemos que mostrar nuestro agradecimiento por esta obra de Ayarragaray, que, aunque de forma indirecta, nos ha permitido conocer algunos aspectos del proceso ruso. Acrecienta el valor de la obra sus certeros comentarios, que ponen de relieve el magnífico estilo crítico de este autor tan conocido como admirado.

MIGUEL SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE: *La propiedad (limitaciones a la disposición jurídica, según el régimen del Código civil).*—Colección de monografías de Derecho, tomo V, Librería Jurídica. Valerio Abeledo, editor.—Buenos Aires, 1947.

Realiza Sánchez Bustamante en esta monografía un interesante estudio sobre la institución de la propiedad con arréglo al siguiente sistema: Propiedad y dominio.—Limitaciones y restricciones.—Método del Código.—Nuestro plan.—Actos jurídicos.—Limitaciones le-

gales.—Definición y concepto de la propiedad.—Alcance del individualismo, según el Código civil.—Enumeración de los derechos reales y requisitos de forma.—Desmembraciones de la propiedad.—Bienes raíces y muebles con situación permanente.—Expropiación.—Inenajenabilidad.—División de la propiedad por planos horizontales.—Limitaciones a la propiedad ubicada sobre las márgenes de los ríos, canales y lagos que sirven a la comunicación por agua.—Al final contiene un índice de los autores citados bastante completo.

El trabajo realizado sobre la base del derecho positivo argentino presenta indudables cuestiones que interesa conocer al jurista español por la indudable influencia de nuestra legislación en los Cuerpos legales de la nación hermana.

PEDRO ARAGONESES ALONSO.

Juez C. excedente.

ERNST MEZGER: *Les trois fonctions de l'ordre public international* (en "Nouvelle Revue de Droit International Privé", 1945).

Ernst Mezger es uno de los personajes de más relieve en el ámbito del Derecho Internacional Privado en la vecina República. Hemos tenido varias veces ocasión de llamar la atención sobre sus sutiles pensamientos, profunda erudición y vigorosas construcciones (véase REVISTA CRÍTICA, 1942, págs. 724 y siguientes). Mezger une al método casuístico como principalmente domina en los países anglosajones, honda preocupación sistemática y anhelo de soluciones generales.

En el presente estudio Mezger nos brinda un ensayo monográfico sobre el orden público, tema atractivo desde muchos puntos de vista. La meta del culto autor consiste en encontrar pautas fijas, directrices estables, que puedan servirnos como norte para navegar a través de las pasiones imperantes en los diversos países, y que precisamente descargan sobre el terreno del orden público. Para llegar a resultados positivos se apoya Mezger sobre el material empírico de la jurisprudencia reciente, sobre todo de la francesa.

Mezger llega a distinguir tres funciones de la multifacética noción del orden público: 1) Una disposición extranjera puede ser eliminada por lesionar mediante su contenido ciertos principios fundamentales de justicia, conforme los concibe el legislador del país donde pende el pleito. La competencia extraordinaria de la "lex fori" sirve para evitar una solución injusta. 2) Preceptos extranjeros, normalmente

aplicables, y que en vista de su contenido no atentan contra ideas fundamentales de nuestro sistema jurídico, pueden, no obstante, resultar inaplicables, puesto que la legislación de un país tiene por misión la de sostener un orden social y económico, que sería perturbado por la aplicación de susodichas prescripciones. Pero para que entre en juego el orden público, maestro de escuela del Derecho extranjero, debe tratarse de una alteración del orden social que probablemente cobrará carácter de reiteración. 3) Por último, los Tribunales no aplicarán ningún precepto extranjero que se inspira en una abierta hostilidad contra nuestro país. En resumidas cuentas: el orden público defiende el Derecho patrio contra leyes extranjeras injustas, nocivas u hostiles.

Mezger desenvuelve su tesis a través de sesenta páginas llenas de fértiles sugerencias, finas observaciones y de un conocimiento casi exhaustivo de la casi inagotable jurisprudencia.

W. G.

LUIS BENÍTEZ DE LUGO Y REYMUNDO: *Seguro público y privado*.

Texto que sirvió de base a la conferencia pronunciada en el Ateneo de Madrid el 13 de mayo de 1948.—Folleto de 47 páginas. Instituto Editorial Reus.—Madrid.

El autor, con gran acopio de citas de autores antiguos y modernos, se ocupa del Derecho público y privado, del concepto y fines del Estado, del intervencionismo estatal, sus fines y sus límites y de la aplicación de esas doctrinas al Seguro social público y privado, análisis del problema, resumen y muy interesantes y atinadas conclusiones. Se incluye una bibliografía de autores consultados.

*La vente du capital-actions d'une société anonyme immobilière*: Tesis presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Génova para obtener el grado de Doctor Arnolds Schaeffer.—Génova. Imprenta del *Diario de Génova*. 1948.

JOSÉ PÉREZ LEÑERO, Profesor de la Universidad Central: *Teoría general del Derecho español de trabajo*.—Espasa-Calpe, S. A.—Madrid, 1948.

El autor de este interesante y bien documentado volumen tiene en trabajos anteriores muy acreditada su especialización en la materia. El

que ahora nos ocupa, compuesto de 411 páginas, está dividido en tres partes; divididas, a su vez, en capítulos o apartados, cada uno de los cuales lleva una copiosa nota bibliográfica. Primero. *Nociones preliminares*. Ideas generales, historia del Derecho laboral, teorías, caracteres del Derecho español del Trabajo, relaciones, historia, método, fuentes, sistema y división. Segundo. *Principios fundamentales*. Intervencionismo estatal en el Derecho español del Trabajo, jurisdicción administrativa propia. Ministerio del Trabajo, Magistratura, irrenunciabilidad de los derechos subjetivos laborales, responsabilidad del contrato de trabajo, honor y continuidad del trabajo, salario justo, participación en los beneficios y en la gestión, unidad de Empresa. Tercero. *Supuestos doctrinales*. Concepto jurídico de Empresa, naturaleza jurídica del contrato de trabajo, concepto y naturaleza jurídica del Seguro laboral, evolución del concepto del trabajo, lo social y lo laboral, nuevo sentido de la propiedad, la relación laboral en el Derecho romano.

El libro lleva apéndices e índices alfabético y de materias.

Todos los temas están tratados con orden, claridad y en lenguaje limpio y correcto. Responden a la constante evolución del Derecho en general y más particularmente del español en estos últimos años y de los ideales que han motivado esa evolución, todavía en marcha. Es un libro que merece estudio y meditación, no sólo por los profesionales, sino por cuantos sientan la preocupación por esas cuestiones y por ese Derecho de carácter social que, más aún que el de carácter político, está transformando conceptos e ideas de un mundo viejo, imposible ya de sostener.

LA REDACCIÓN.

**OBRA NUEVA**

**LEGISLACION DEL IMPUESTO DE DERECHOS  
REALES Y SOBRE TRANSMISION DE BIENES**

COMENTADA Y CONCORDADA (2.<sup>a</sup> edición)

POR

**JOSE MARIA RODRIGUEZ VILLAMIL**

Se ha puesto a la venta la segunda edición, y comprende en un tomo de 720 páginas la nueva Ley y el nuevo Reglamento, con los correspondientes comentarios y la jurisprudencia al día.

Precio en rústica, 120 pesetas, en pasta española, 150, y en la corriente, 135.

Pedidos al autor, Alcalá, 157.—Madrid.