

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LV • Septiembre-Octubre 1979 • Núm. 534

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Ramón María Roca Sastre.

CONSEJEROS:

D. Narciso de Fuentes Sanchiz.
D. Pedro Cabello de la Sota.
D. Juan José Benayas y Sánchez Cabezudo.
D. José Poveda Murcia.
D. Pío Cabanillas Gallas.
D. Antonio de Leyva y Andía.
D. José Luis Lacruz Berdejo.
D. Juan Vallet de Goytisolo.
D. Ginés Cánovas Coutiño.
D. Aurelio Menéndez Menéndez.
D. Eugenio Fernández Cabaleiro.

CONSEJERO-SECRETARIO Y JEFE DE REDACCIÓN:

D. Luis Díez Picazo y Ponce de León.

SECRETARIO DE LA REVISTA:

D. Fernando Muñoz Cariñanos.

La Revista no se identifica con las opiniones
sostenidas por sus colaboradores.

I. S. B. N.: 84-500-5636-5

Depósito legal: M. 968-1958

Imprenta SAN JOSE.—Leganitos, 24.—Madrid-13

SUMARIO

Págs.

ESTUDIOS:

- «La enajenación de bienes de menores sometidos a la patria potestad»,
por JOSÉ M.^a CASTÁN 1019
- «El derecho de tanteo: su naturaleza. Posibilidad de inscripción. Efec-
tos de ésta. Título inscribible y circunstancias de la inscripción», por
RAMÓN DE LA RICA 1037
- «Inscripción a favor de las Cámaras agrarias de bienes de las antiguas
Hermandades Sindicales», por ANTONIO SOLANO MANZANO 1051

NOTAS:

- «La unificación de los recursos gubernativos contra la calificación del
Registrador», por ELADIO BALLESTER 1073

VIDA JURIDICA:

- «Tres experiencias manresanas», por MANUEL FERNÁNDEZ-BUGALLAL
BARRÓN 1081

JURISPRUDENCIA:

I. Resoluciones y Sentencias:

- I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del
Notariado, por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, EUGENIO FERNÁN-
DEZ CABALEIRO y TIRSO CARRETERO GARCÍA 1103

II. Sentencias del Tribunal Supremo:

- 1.º Jurisprudencia civil, por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA y
JOSÉ QUESADA SEGURA 1121
- 2.º Jurisprudencia contencioso-administrativa, por JESÚS GON-
ZÁLEZ SALINAS 1166

- III. Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central,
por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA 1177

LIBROS:

«La problemática regional agraria en España. Análisis sociológico para el cambio», del CENTRO DE EDAFOLOGÍA Y BIOLOGÍA APLICADA DE SALAMANCA, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1203
«Ciclo de Conferencias sobre el nuevo Título Preliminar del Código Civil», por José M. ^a CHICO ORTIZ	1207
«La representación aparente», de ANTONIO GORDILLO, por José Luis LACRUZ BERDEJO	1212
«Desarrollo integral del medio rural», de ERIC S. MILLER, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1215

ESTUDIOS

La enajenación de bienes de menores sometidos a patria potestad

SUMARIO: I. *La enajenación de bienes de menores en el Derecho anterior al Código Civil.*—II. *La enajenación de bienes de menores en el Código Civil:* 1. Limitaciones a la enajenación de bienes de los hijos: A) Para vender y gravar: a) Bienes a que afecta la limitación. b) Actos a que se extiende la limitación. c) Procedimiento para obtener la autorización judicial. d) Naturaleza de la autorización. B) Para transigir. 2. Sanciones: A) Anulabilidad de la enajenación realizada sin autorización. B) Impugnabilidad de la enajenación realizada con autorización. C) Anulabilidad de la transacción acordada sin autorización.—III. *La enajenación de bienes de menores en el Proyecto de Ley sobre reforma del Código Civil en materia de patria potestad.*

Uno de los temas que ofrece mayor interés práctico entrè los muchos que se plantean dentro del ámbito patrimonial de la patria potestad es, sin duda, el de la enajenación de bienes de menores. La exigencia legal de autorización judicial para algunas de estas enajenaciones hace que la cuestión pase frecuentemente por los despachos de los Abogados—y después por los Juzgados y las Fiscalías—, suscitando en ocasiones dudas delicadas tanto a quienes han de instar la autorización como a quienes han de dictaminarla o concederla.

Las presentes notas tratan de resumir y actualizar algunos de los problemas que presenta el tema, contemplándolo esencialmente en el ámbito de nuestro Código Civil, sin entrar, por tanto, fuera de ocasionales y rápidas incursiones, en los campos del Derecho comparado y del Derecho foral español; pero el estudio de la normativa del Código será precedido de una breve alusión al Derecho anterior e irá seguido de una exposición, breve también, del criterio que en esta materia ha adoptado el Proyecto de Ley sobre reforma del régimen legal de la patria potestad remitido recientemente por el Gobierno al Congreso.

I. LA ENAJENACION DE BIENES DE MENORES EN EL DERECHO ANTERIOR AL CODIGO CIVIL

La necesidad de limitar las facultades del ejerciente de la patria potestad en orden a la enajenación de bienes de los hijos fue advertida en el Derecho medieval español y asoma a textos del Fuero Juzgo y de las Partidas (1). No voy, sin embargo, a detenerme en esos antecedentes, a los que, no siendo historiador, nada nuevo podría aportar. Sí quisiera, en cambio, aludir, siquiera sea brevemente, a otros más próximos a nosotros y que ejercieron mayor influencia en la regulación que a la materia vendría a dar nuestro Código Civil.

¿Cuál era, antes de iniciarse el proceso codificador, la normativa y la praxis por las que se regían las enajenaciones de bienes de menores? Una respuesta a esta pregunta podemos encontrarla en el libro de don PEDRO MELGAREJO *Compendio de contratos públicos*, publicado en 1704. En esta obra, a través de un breve capítulo consagrado a «Ventas de bienes de menor», y en base a normas de las Partidas y de las Recopilaciones, el autor resume el procedimiento a seguir—y el porqué del mismo—en estas palabras: «Muchas veces se ofrece otorgar escritura de venta de bienes de menores, por no tener cómoda división los que se le adjudican, o por otras razones, y para ellas ha de haber pedimiento ante la justicia, proponiéndole la causa, y dada información de utilidad, se mandan sacar al pregón: y pasado el termino de él, se hace el remate, y por auto se da licencia para otorgar escritura: y siendo los menores varones mayores de catorce años, y las hembras de doce, entrarán con el tutor en la escritura, y no si son de menores edades» (2). Seguidamente, MELGAREJO formula algunas observaciones de índole práctica en orden a la tramitación del expediente y ofrece un completo formulario para éste que abarca desde el «pedimiento» inicial hasta las resoluciones judiciales. Interesante es acaso transcribir el modelo de «pedimiento» que al lector se brinda: «Fulano, tutor—dice—y curador de las personas y bienes de F. y F., menores, hijos de F., difunto, digo: Que los dichos menores tienen por bienes suyos unas casas de morada en tal parte, linde con casas de F. y F. y por ser de edificio antiguo necesitan de reparos muy considerables, a que no equivale el aprovechamiento de ellas, o por otra razón, y es de muy grande utilidad a los menores que se vendan, y su procedido se emplee en otras cosas de mayor aumento. Y para que tenga

(1) Así en el Fuero Juzgo, 4, 2, 13, y Partidas, 4, 17, 5.

(2) P. MELGAREJO: *Compendio de contratos públicos, autos de particiones executivos, y de residencias. Con el género de el papel sellado que á cada despacho toca*, Madrid, 1704, pág. 283.

efecto, a v. m. pido y suplico mande recibir información de la utilidad, y que las dichas casas se traigan en pregón término de treinta días; y que al fiado, o al contado, como más convenga a los dichos menores, se admitan posturas y pujas, y se haga remate. Pido justicia, y para ello... (3). Como se ve, el ejemplo ofrecido por MELGAREJO es válido para hoy y el razonamiento de su escrito no difiere mucho de los que hoy se ofrecen al Juzgado, en casos similares, en apoyo de la pretensión de autorización judicial para la venta. Había, pues, ya en el siglo XVIII, toda una praxis para estos asuntos, análoga en su esencia a la actual. El ámbito del procedimiento, sin embargo, parece más limitado—se circunscribe al caso de venta—y las líneas de aquél menos perfectas que las trazadas por el legislador posteriormente, previendo, por otra parte, el caso del menor sometido a tutela.

En la época de la Codificación es natural que se contemplara el tema con un mayor detenimiento. Don FLORENCIO GARCÍA GOYENA había de ser quien le diera un tratamiento nuevo, traducido en una norma que se incorporó al Proyecto de Código Civil de 1851. Esta norma fue el artículo 158, que decía: «El padre no puede enajenar los bienes inmuebles del hijo en que le corresponda el usufructo y la administración o ésta sola, ni gravarlos de ningún modo, sino por causas de absoluta necesidad o evidente utilidad, y previa la correspondiente autorización del Juez del domicilio». Al comentar este precepto en sus *Concordancias*, GOYENA lo coteja con algunos otros que sobre la materia ofrecía el Derecho comparado en su tiempo (alude así a los Códigos sardo, napolitano, prusiano, holandés y francés) y hace una breve exégesis de la norma española, explicando sus novedades y la razón de las mismas. No faltan en el comentario de don FLORENCIO algunas referencias críticas al Derecho romano y al histórico español en este tema: de las leyes romanas dice que «no están claras, y ni el mismo GODOFREDO las entiende», y de la norma de las Partidas afirma que «es absurda y contradictoria» (4). Tales citas históricas a continuación de las comparativas y en tono algo ligero parecen confirmar en este pasaje lo que respecto de todo el libro ha observado el profesor LACRUZ (en el prólogo de la reciente reimpresión de aquél), al decir que «los pasajes romanos que abundantemente exornan las concordancias, así como los de las leyes de Partida y otras fuentes castellanas (muy excepcionalmente alguna foral) dan no pocas veces la impresión de un añadido *ex post*, como si el texto genuino procediera de los Códigos extranjeros y, una vez redactado, se concordara con los viejos pasajes

(3) P. MELGAREJO: *Op. cit.*, pág. 284.

(4) F. GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Madrid, 1852, pág. 97.

del Derecho tradicional» (5). Ello, en cualquier caso, no resta mérito, en el punto que estudio, al Proyecto de GARCÍA GOYENA ni a sus célebres *Concordancias*; lejos de eso, hay que reconocer que el artículo 158 del Proyecto constituye el precedente inmediato del artículo 164 del Código Civil, y el comentario de don FLORENCIO una fuente breve pero siempre valiosa para su interpretación. Bien ha podido afirmar recientemente en términos generales el profesor DE LOS MOZOS que el libro de GOYENA «constituye, científicamente, una de las obras más rigurosas de todo el siglo XIX, con independencia de que sea aceptable o no su orientación general y de que puedan o no compartirse muchos de los criterios y soluciones que establece» (6).

El Proyecto de 1851, como es bien sabido, no llegó a convertirse en Código, y tras él se abrió luego un largo paréntesis dentro del proceso de nuestra Codificación. Cuando, treinta años después de aquel Proyecto, se promulgó la Ley de Enjuiciamiento Civil, ésta dedicó un entero Título, integrado por los artículos 2.011 a 2.030, a tratar «De la enajenación de bienes de menores e incapacitados y transacción acerca de sus derechos». A él tendremos alguna ocasión de referirnos. Pasemos ahora a estudiar el tema en el plano ya del Código Civil.

II. LA ENAJENACION DE BIENES DE MENORES EN EL CODIGO CIVIL

Nuestro primer cuerpo legal contempla el tema que ahora trato en su artículo 164, que dice: «El padre, o la madre en su caso, no podrán enajenar los bienes inmuebles del hijo en que les corresponda el usufructo o la administración, ni gravarlos, sino por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa la autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio fiscal, salvo las disposiciones que, en cuanto a los efectos de la transmisión, establece la Ley Hipotecaria».

El texto transcrito es idéntico en la edición primitiva del Código y en la reformada. Si lo cotejamos con el del Proyecto de 1851, transcrito también antes, podemos observar: 1.º Que el Código no menciona solamente a «el padre», como el Proyecto, sino a «el padre, o la madre en su caso», congruente con el sistema de patria potestad subsidiaria de la madre establecido en el artículo 154. 2.º Que el Código sustituye las palabras «causas de absoluta necesidad o evidente utilidad» por las de «cau-

(5) J. LACRUZ BERDEJO: *Nota preliminar* de la reimpresión de la edición citada de las *Concordancias*, Zaragoza, 1974, pág. VI.

(6) J. L. DE LOS MOZOS: *Introducción al Derecho civil*, Salamanca, 1977, página 242.

sas justificadas de utilidad o necesidad». 3.º Que el Código prevé expresamente la audiencia del Ministerio fiscal, y 4.º Que deja a salvo las disposiciones hipotecarias.

Desde la promulgación en 1889 del Código Civil, la referida norma del artículo 164 viene rigiendo la enajenación de bienes de menores. Su importancia práctica es, pues, considerable. En torno a ella han ido naturalmente surgiendo problemas y dudas que la doctrina y la jurisprudencia han tratado de aclarar. A continuación trataré de recoger algunos, estudiando las limitaciones establecidas tanto para enajenar como para transigir, y las posibles sanciones de los actos realizados en esta esfera.

1. LIMITACIONES A LA ENAJENACIÓN DE BIENES DE LOS HIJOS

En base al artículo 164 conviene distinguir entre las limitaciones que existen para vender y gravar, por un lado, y las que existen para transigir, por otro.

A) *Para vender y gravar*

a) *Bienes a que afecta la limitación.*—La Ley de Enjuiciamiento Civil, en su artículo 2.011, exigía la autorización judicial no sólo respecto de los inmuebles, sino de los efectos públicos y valores de toda especie, derechos de todas clases, alhajas, muebles y objetos preciosos que puedan conservarse sin menoscabo. El Código Civil, como hemos visto, se refiere solamente en el artículo 164 a los inmuebles. La disparidad de estos dos preceptos plantea el problema de si subsiste el de la Ley procesal o si hay que considerarlo como derogado por el Código.

No faltan autores, como SÁNCHEZ ROMÁN (7) y CLEMENTE DE DIEGO (8), que entienden que sigue vigente el precepto de la Ley. No falta tampoco alguno, como PUIG PEÑA (9), que expone el problema sin adoptar una posición. Pero son numerosos los que estiman que el artículo de la Ley no está en vigor y, por consecuencia, no se requiere autorización judicial tratándose de muebles. Así lo afirma algún comentarista del Código, como MANRESA, basado en que los preceptos de carácter adjetivo de la Ley de Enjuiciamiento Civil necesita para su aplicación alguna base en el Derecho sustantivo, y aquí esa base falta por completo, y si existe, indica más bien una derogación que una confirmación en todo cuanto a enajenación de bienes muebles de los hijos menores se refiere (10). Y la

(7) F. SÁNCHEZ ROMÁN: *Derecho civil*, tomo V, vol. 2.º, pág. 1166.

(8) F. CLEMENTE DE DIEGO: *Instituciones de Derecho civil*, tomo II, pág. 556.

(9) F. PUIG PEÑA: *Tratado de Derecho civil*, tomo II, vol. II, pág. 185.

(10) J. M. MANRESA NAVARRO: *Comentarios al Código Civil*, tomo II, pág. 69.

tendencia de la doctrina actual parece orientarse en este sentido; consideran así como derogado el artículo 2.011 de la Ley de Enjuiciamiento Civil numerosos civilistas. En esta línea están DE BUEN (11), los anotadores de KIPP (12), PUIG BRUTAU (13), ALONSO PÉREZ (14), LACRUZ Y SANCHO (15), ALBALADEJO (16) y ESPÍN (17). Un ilustre notario, don ENRIQUE TAULET, afirma así que la redacción del artículo 164 «es clara y precisa, y tratándose de un precepto prohibitivo, no puede interpretarse extensivamente», llegando a la conclusión de que «el padre, o en su caso la madre, pueden enajenar los bienes muebles del hijo en que les corresponda el usufructo o la administración, sin necesidad de su autorización judicial, porque ésta no es exigida por el Código Civil y porque en este punto la Ley de Enjuiciamiento Civil está derogada por el Código de 1889» (18).

A esa misma opinión me sumé, por mi parte, hace años (19). Creo con todo, según entonces señalé, que la cuestión de la exigencia de autorización judicial no debe ya centrarse, para el futuro, en la naturaleza mobiliaria o inmobiliaria de los objetos enajenados. En nuestros días, como es bien sabido, gran cantidad de bienes muebles alcanzan valor superior al de las fincas. Al limitar las facultades de los padres, el acento debe ponerse, más que en la naturaleza de las cosas enajenadas, en la índole de los actos de enajenación, tendiendo a impedir que el padre realice por sí solo actos que—como los gratuitos o los que impliquen asunción de obligaciones—supongan desaparición de bienes o impongan una responsabilidad al patrimonio. A este propósito dice MARIANO ALONSO: «Una inadecuada gestión onerosa puede ser frecuentemente nociva para el menor y no hay razón para que el padre realice la misma sin autorización judicial. Este criterio se revela, a nuestro modo de ver, imperfecto. Por la índole del acto, siempre debería ser preceptiva la autorización.

(11) D. DE BUEN: *Notas al Curso elemental de Derecho civil*, de COLIN y CAPITANT, tomo II, vol. 1.º, pág. 81, de acuerdo con OSSORIO MORALES.

(12) B. PÉREZ GONZÁLEZ y J. CASTÁN TOBEÑAS: *Notas al Derecho de familia*, de KIPP, vol. 2.º, pág. 83.

(13) J. PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*, tomo IV, vol. II, página 209.

(14) M. ALONSO PÉREZ: «El patrimonio de los hijos sometidos a la patria potestad», en *Revista de Derecho Privado*, enero 1973, pág. 23.

(15) J. L. LACRUZ BERDEJO y F. SANCHO REBULLIDA: *Derecho de familia*, II, 2.ª ed., pág. 185.

(16) M. ALBALADEJO: *Manual de Derecho de familia y sucesiones*, Barcelona, 1974, pág. 153.

(17) D. ESPÍN: *Manual de Derecho civil*, vol. IV, 4.ª ed., pág. 448.

(18) E. TAULET: «Personalidad del padre para vender sin autorización judicial, en nombre de sus hijos menores, la participación de éstos en un barco», en *Revista de Derecho Privado*, 1944, págs. 783 y 786.

(19) En el libro *La patria potestad*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1960, pág. 302.

Sigue siendo válido el módulo del tipo de bien, siempre que no se base en la distinción entre muebles e inmuebles. Más importante es atender a la entidad económica de los mismos, a su auténtico valor» (20).

La jurisprudencia, por su lado, ha venido a coincidir en este tema con la doctrina. El Tribunal Supremo, en un caso de retirada de valores de un Banco, declaró que la madre de los menores puede, en el ejercicio de la patria potestad, retirar los valores depositados a nombre de aquéllos (Sentencia 10 junio 1919). «En general—observa el Notario antes citado—, es diverso el criterio que se sigue por las Asesorías Jurídicas de los Bancos cuando se trata de retirar valores y metálico de menores por los padres de éstos. La exigencia de la autorización judicial para ello nos parece arbitraria por innecesaria» (21). En cuanto a la Dirección de los Registros, en su Resolución de 9 de mayo de 1913 declaró que consignándose concretamente en el artículo 164 las formalidades requeridas para la enajenación de bienes de menores, no cabe declarar exigible la que establece el artículo 2.015 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre la necesidad de oír en el expediente a determinadas personas, puesto que este artículo ha quedado derogado por el 164 del Código Civil, por haber alcanzado a los preceptos de dicha Ley que estén en contradicción con los de éste la derogación general establecida en el artículo 1.976 del Código, según lo declarado ya en Sentencia de 12 de junio de 1894.

Cabe recordar, como lo hace TAULET, que «la Audiencia de Valencia, conociendo un caso de venta de propiedad industrial, ha mantenido el criterio del Juzgado, en el sentido de no ser necesaria la autorización judicial para la venta que había efectuado un padre en nombre de un menor sometido a su potestad» (22).

Por lo demás, el artículo 164 alude a bienes del hijo en que corresponda a los padres el usufructo o la administración; quedan, pues, aparte aquellos otros en que no corresponda. Según algunos comentaristas, como MANRESA y BONET RAMÓN, si se trata de bienes ganados por el hijo viviendo fuera de la casa paterna, es racional presumir que, a pesar de ser considerados los hijos en tales casos como emancipados, habrá que estar a la regla del artículo 317, y, por consiguiente, los hijos, para enajenar estos bienes ganados con su trabajo o industria, necesitarán consentimiento del padre, de la madre o del tutor; y cuando se trate de bienes donados o legados por el hijo, en que no corresponda al padre la administración ni el usufructo, parece lo natural exigir a la persona a quien

(20) M. ALONSO PÉREZ: *El patrimonio de los hijos*, cit., pág. 23.

(21) E. TAULET: *Personalidad del padre*, cit., pág. 785.

(22) E. TAULET: *Personalidad del padre*, cit., pág. 786.

se hubiere confiado la administración las mismas formalidades y garantías en la venta que a los padres (23).

Cabe, por último, observar en este tema que la Compilación del Derecho Civil de Aragón de 1967 consagra a la disposición de los bienes de los menores el artículo 13, que dispone: «1. Para la disposición de los bienes del menor de catorce años se estará a lo otorgado por la persona de quien procedan por título lucrativo. 2. En su defecto, el poder de disposición corresponde al administrador, quien, sin embargo, habrá de obtener autorización de la Junta de Parientes o del Juez de Primera Instancia cuando se trate de bienes raíces, negocios mercantiles o industriales, valores mobiliarios u objetos preciosos». La norma es—al igual que las de los artículos 11, 12 y 14—interesante y viene como ellas a reflejar en el plano económico, según alguna vez he puesto ya de relieve (24), el deseo de protección del menor que tradicionalmente ha inspirado al Derecho aragonés. E igualmente cabe recordar aquí la Compilación del Derecho Privado Foral de Navarra, o Fuero Nuevo, que en su ley 64 limita la necesidad de autorización judicial a la enajenación o gravamen de «inmuebles, establecimientos industriales o mercantiles o sus elementos esenciales» (25).

b) *Actos a que se extiende la limitación.*—En base al Código Civil se entienden comprendidos en la regla que exige la autorización judicial los actos de constitución, enajenación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles. Un comentarista, MANRESA, concreta que tratándose de inmuebles se necesita autorización: 1.º, para su enajenación; 2.º, para imponer sobre ellos algún gravamen, y 3.º, para todos los actos que tengan por objeto la extinción de derechos reales sobre inmuebles, como son la cesión, renuncia, redención, etc. (26). Se excluye de dicha regla, en cambio, por expresa disposición del artículo 1.060 del Código Civil, la participación de herencia cuando los menores estén en ella representados por el padre o, en su caso, por la madre.

(23) J. M. MANRESA-F. BONET RAMÓN: *Comentarios*, cit., tomo II, pág. 73.

(24) En «La patria potestad en los Derechos forales», en el *Boletín del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza*, núm. 54 (1974), pág. 61.

(25) La nota a la Ley 64 de la Recopilación Privada, de donde procede la Ley 64 de la Compilación o Fuero Nuevo, observa que «la práctica navarra ha recogido la doctrina del Código Civil en cuanto a enajenación y gravamen de los bienes de los menores por no ser ya aplicable la doctrina romana de los peculios» (GARCÍA-GRANERO, AIZPUN, LÓPEZ JACOISTE, SANTAMARÍA, NAGORE, D'ORS, ARREGUI y SALINAS: *Derecho foral de Navarra. Derecho privado (Recopilación Privada)*, Pamplona, 1971, pág. 159. Sobre la norma de la Compilación puede verse F. SALINAS QUIJADA: *Derecho civil de Navarra*, E. Gómez, Pamplona, tomo V, vol. 1.º, 1975, pág. 345.

(26) J. M. MANRESA: *Comentarios*, cit., tomo II, pág. 63.

No impone el Código al padre la necesidad de obtener la autorización judicial para repudiar la herencia a que sea llamado el menor. La doctrina entiende, por ello, que hay que acudir al principio general de representación del padre expresado en el artículo 155. La jurisprudencia del Tribunal Supremo y la de la Dirección de los Registros se han inclinado también a dispensar aquí a los padres de la autorización judicial (Sentencia de 12 junio 1906 y Resoluciones de 13 julio 1911, 25 agosto 1925, 25 noviembre 1942 y 25 septiembre 1943). Sin embargo, creemos que la posible trascendencia de la repudiación justificaría que en una reforma legal se la incluyera entre los actos sometidos a necesidad de aprobación judicial, como se ha hecho en el artículo 320 del actual Código italiano.

No prohíbe expresamente al padre tampoco nuestro Código, como alguno extranjero, otorgar donaciones en representación del hijo; en ausencia, pues, de precepto especial, el régimen de las donaciones se habrá de considerar equiparado, según algunos autores como los anotadores españoles de KIPP y WOFF, al de los demás negocios de disposición, si bien, tratándose de donaciones de bienes inmuebles difícilmente podrá darse el caso de necesidad o utilidad que exige el Código Civil para las enajenaciones de bienes menores (27).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo y la de la Dirección de los Registros ha ido interpretando el artículo 164, por lo demás, en numerosos casos concretos (28). A través de ellos se ha declarado que es necesaria la autorización judicial: en la venta de bienes inmuebles (Resolución 23 diciembre 1903); en la cesión de créditos hipotecarios (Resolución 5 abril 1892); en la posposición de hipoteca que afecte a los menores (Resolución 20 noviembre 1911); en las adjudicaciones de bienes para pago de deudas (Resoluciones 26 diciembre 1893, 19 noviembre 1897, 1 y 3 abril y 19 y 24 noviembre 1899, 30 septiembre 1905 y 31 mayo 1909); en la cancelación de hipotecas o cancelación de gravámenes (Resoluciones 31 octubre 1892 y 19 julio 1922); en la revocación y por cumplimiento de condición resolutoria, de donaciones de bienes inmuebles hechas a favor de los hijos (Resolución 20 octubre 1892).

Por el contrario, no se ha estimado necesaria la autorización judicial: para la enajenación de bienes en vía de apremio, otorgada por la autoridad judicial (Sentencia 20 enero 1897 y Resolución 23 noviembre 1899); para la escritura de retroventa, otorgada por el padre en nombre de sus hijos menores (Resolución 27 mayo 1926); para la compra de bienes

(27) B. PÉREZ GONZÁLEZ y J. CASTÁN TOBEÑAS: Notas, cit., vol. 2.º, pág. 81.

(28) Puede verse extensa doctrina del Supremo en M. RODRÍGUEZ NAVARRO: *Doctrina civil del Tribunal Supremo*, tomo I, págs. 755-786, y de la Dirección de los Registros en B. CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE: *Comentarios a la legislación hipotecaria*, 1970, vol. II, págs. 6 y ss., y 95 y ss.

bajo condición impuesta al hijo comprador, por gravosa que sea (Resolución 2 julio 1931); para la admisión de un nuevo socio en una compañía mercantil (Resolución 21 septiembre 1907), y cuando el testador deja a los menores, que no sean sus herederos forzosos, herencia o legado de importancia, eximiendo de la obligación de obtener para su venta la autorización judicial (Resoluciones 5 noviembre 1887, 16 septiembre 1890 y 25 agosto 1891).

Con carácter más general, la Resolución de 13 julio de 1911 declara que, dada la naturaleza de la disposición contenida en el artículo 164, ha de interpretarse en sentido restrictivo, y no extensivamente, concretando a los contratos que en él, taxativamente se determinan, la necesidad de la autorización judicial; y la de 24 de mayo 1930 expresa que, mientras las leyes no dispongan lo contrario, las facultades del titular de la patria potestad deben ser tan amplias, cuando menos, como las atribuidas al tutor con la intervención del consejo de familia.

Al problema de si puede el padre dar en arrendamiento de los hijos, me he referido ya al tratar de la administración paterna.

Cabe añadir que, según observa algún autor, como NOVOA, los padres en la práctica, para enajenar bienes de los hijos, emancipan a éstos, si la emancipación es posible, y luego dan consentimiento para la venta (29). Podría plantearse en este caso la aplicabilidad de la doctrina del fraude de ley.

Y cabe también recordar, finalmente, que la Compilación de Navarra, en su ya citada ley 64, después de establecer la regla de la autorización judicial para los actos de disposición de ciertos bienes de los hijos menores, advierte: «No será necesario autorización judicial para la cancelación por cobro de créditos hipotecarios, para la retroventa por ejercicio de un derecho de retracto legal o voluntario, ni para cualesquiera actos de disposición que hayan de cumplirse obligatoriamente».

c) *Procedimiento para obtener la autorización judicial.*—En algunas legislaciones, la jurisdicción para aprobar las enajenaciones de bienes de menores está atribuida al Juez tutelar.

En el Derecho español es la jurisdicción civil ordinaria quien conoce en esta materia. La competencia se atribuye al Juez de Primera Instancia. En el aspecto horizontal, el artículo 164 del Código Civil alude al Juez del domicilio; el artículo 63 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su regla 23, señala al Juez «del lugar en que los bienes se hallaron o el del domicilio de aquellos a quienes pertenecieren».

La legitimación para pedir la enajenación corresponde al padre—o, en su caso, a la madre—del menor emancipado, a tenor del número 1.º

(29) «Cuestiones prácticas», en *Revista de Derecho Privado*, 1917, pág. 245.

del artículo 2.012 de la Ley, que añade que «si éste fuere mayor de doce y catorce años, respectivamente, según su sexo, firmará también la petición».

El procedimiento se registrá por el Título XI del libro 3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (30). Se iniciará el expediente por escrito dirigido al Juzgado solicitando la autorización. El escrito se encabeza con los datos del padre o madre solicitante y del menor que, en su caso, solicita con aquél. Se exponen seguidamente los hechos, como pueden ser el fallecimiento de uno de los padres, la declaración de herederos abintestato a favor de los menores, la participación y adjudicación de bienes, su aprobación judicial, la protocolización del cuaderno particional, el pago de derechos reales en la Oficina liquidadora, y la adjudicación a los herederos de la finca que se desea enajenar, las fechas de nacimiento de los menores, la situación económica de la familia, la necesidad de afrontar ciertos gastos en beneficio de los hijos, etc. Se señalan los fundamentos de derecho, como son el artículo 164 del Código Civil y los 2.011 y siguientes de la Ley procesal. Y se pide al Juez en el suplico que, teniendo por presentado el escrito, se sirva admitirlo con citación del Ministerio fiscal y, practicada la información que se ofrece sobre la necesidad y utilidad de la enajenación, y previo informe fiscal, se dicte auto concendiendo la autorización para enajenar los bienes señalados a fin de aplicar su importe a los fines ofrecidos.

Al escrito se acompañarán los documentos que prueben las manifestaciones del actor: por ejemplo, la copia de la escritura de protocolización de operaciones particionales, los documentos que acrediten el pago de derechos reales, las certificaciones de las actas de nacimiento de los menores, etc. Es fundamental que «se exprese el motivo de la enajenación y el objeto a que deba aplicarse la suma que se obtenga» (art. 2.012, número 3.º) y que «se justifique la necesidad o utilidad de la enajenación» (art. 2.012, núm. 4.º). Oídos los testigos y evacuado informe por el fiscal, el Juez dictará auto—apelable en ambos efectos—otorgando o negando la autorización para la venta (arts. 2.013 y 2.014).

d) *Naturaleza de la autorización.*—En la doctrina italiana reciente, los profesores PROTETTI (ETTORE y CESARE AUGUSTO), en base al artículo 320 del Código Civil italiano (que señala los actos que el padre no puede realizar sino con autorización del Juez tutelar), se preguntan cuáles son la naturaleza y la función de la autorización referida. A su juicio, la función es la de ejercitar un control sobre el mérito del acto, a través

(30) Sobre el expediente para la enajenación de bienes de menores, véase J. GUASP: *Derecho procesal civil*, Madrid, 1965, págs. 1664 y 1665. Un modelo de escrito para solicitar la enajenación puede verse en M. MIGUEL Y ROMERO: *Práctica forense (Derecho procesal práctico)*, 1947, tomo II, pág. 552.

de una valoración de los requisitos de necesidad o utilidad evidente para el menor, control que, sin embargo, no excluye la rescindibilidad, por vía contenciosa, de un contrato estipulado en virtud de autorización. Justamente por esta función de control que desempeña, la autorización no puede ser más que preventiva, lo que, sin embargo, no significa—añaden—que la autorización del Juez tutelar deba incluirse entre las «condiciones» en sentido estricto (elementos accidentales del negocio), ya que ni es eso ni tampoco un elemento integrante del acto (31). Parece que el tema podría plantearse en términos similares con referencia al artículo 164 del Código español.

Cabe recordar a este respecto que la Dirección General de los Registros, en su resolución de 10 de marzo de 1944, declaró que la enajenación requiere, como previa, la autorización judicial, a efectos del Registro de la Propiedad. La misma finalidad persiguió la Resolución de 26 de octubre de 1964.

B) *Para transigir*

De acuerdo con la idea de que transigir es enajenar, y ante el temor de que el patrimonio del menor pueda resultar afectado por una transacción, se impone la exigencia de aprobación judicial a partir de una cuantía determinada.

El artículo 1.810, en efecto, dice en su párrafo 2.º que «el padre, y en su caso la madre, puede transigir sobre los bienes y derechos del hijo que tuvieren bajo su potestad; pero si el valor del objeto sobre que recaiga la transacción excediera de 2.000 pesetas, no surtirá ésta efecto sin la aprobación judicial». Como observa ALONSO PÉREZ, «hoy resulta nimia esa cantidad y sería conveniente elevar el tope para la exigencia de la autorización judicial» (32).

La exigencia relativa a la transacción es extensible, según observa un ilustre procesalista, al compromiso, en virtud de lo preceptuado en el artículo 1.820 del Código Civil y hoy en la Ley de 22 de diciembre de 1953 (33).

Los artículos 2.025 a 2.029 de la Ley de Enjuiciamiento Civil regulan el procedimiento a seguir para obtener la aprobación judicial. Están

(31) E. PROTETTI y C. A. PROTETTI: Comentarios al artículo 320 en la obra *Commentario teorico-pratico al Codice civile diretto da Vittorio de Martino*, lib. I, Edizioni Pem, Roma, 1974, pág. 66.

(32) M. ALONSO PÉREZ: *El patrimonio de los hijos*, cit., pág. 22.

(33) J. GUASP: *Loc. cit.*; véase también T. OGAYAR: *El contrato de compromiso y la institución arbitral*, Madrid, 1977, págs. 157 y ss.

legitimados para pedirle las mismas personas que pueden pedir la venta (art. 2.025, párr. 1.º), es decir, el padre y, en su caso, la madre del menor sujeto a patria potestad. La tramitación comenzará con escrito en que «se expresarán el motivo y objeto de la transacción, las dudas y dificultades del negocio y las razones que la aconsejen como útil y conveniente» (art. 2.025, párr. 2.º); este escrito abrirá el expediente, pero «si sobre el derecho transigible hubiera pleito pendiente, el escrito se presentará en los mismos autos» (art. 2.026). Al escrito «se acompañará el documento en que hubieren formulado las bases de transacción», exhibiéndose también «los documentos y antecedentes necesarios para poder formular juicio exacto sobre el negocio» (art. 2.025, párrs. 2 y 3). Practicadas las diligencias que procedan para demostrar la necesidad de la transacción y oído el Fiscal, el Juez dictará auto—apelable en ambos efectos—concediendo o denegando la autorización, según lo estime conveniente para los intereses del menor (arts. 2.027, 2.028 y 2.029).

2. SANCIONES

A) *Anulabilidad de la enajenación realizada sin autorización*

En las legislaciones que someten a aprobación judicial las enajenaciones de bienes de menores sometidos a patria potestad, surge la cuestión de cuál será la sanción aplicable a los actos realizados por el padre sin haber obtenido la autorización (34). En el Derecho español, la doctrina entendió que la enajenación que no se sujeta a las formalidades del artículo 164 del Código Civil será nula por aplicación de los artículos 4.º (texto anterior a la reforma del Título preliminar) y 1.300 del mismo cuerpo legal (35). Como plazo para ejercitar la acción se ha señalado el de cuatro años, a contar desde que salieron los menores de la patria potestad. La Sentencia de 31 de mayo de 1912 declaró que están comprendidos en el artículo 1.301 los contratos celebrados a nombre de los menores.

La Sentencia de 9 de diciembre de 1953 pone de relieve que la venta «sólo podría convalidarse por los menores al llegar a la mayor edad; pero la posibilidad de esa futura ratificación no impide que mientras ésta no surja puede decretarse la nulidad mediante el ejercicio de la acción que concede el artículo 1.302 del Código Civil»; señala también la

(34) Véase, por Francia, la jurisprudencia recogida en DALLOZ, tomo III, página 673; por Italia, F. MESSINEO: *Manual de Derecho civil y comercial*, traducción española, Buenos Aires, 1954, tomo II, pág. 139.

(35) Véase DE BUEN: *Notas*, cit., tomo II, vol. 1.º, pág. 82.

sentencia que «esa nulidad no cabe subsanarla obteniendo posteriormente la autorización judicial, pues ésta sólo daría la validez a la enajenación verificada con posterioridad a la misma, pero no convalidaría la anteriormente estipulada sin que precediera ese requisito, que indispensablemente se exige como previo».

Sentencias posteriores—como las de 22 de febrero 1958, 25 junio 1959 y 28 mayo 1965—se inclinan, más que por la anulabilidad, por la nulidad absoluta. Este criterio parece aceptable al profesor ALONSO PÉREZ, que subraya que «están en juego, frecuentemente, valores patrimoniales delicados y es justo que tales actos dispositivos estén afectados de nulidad radical para tutela del sometido, siempre en condiciones de inferioridad» (36).

La Dirección de los Registros, por su parte, ha declarado en la Resolución de 10 de marzo de 1944 que la enajenación requiere, a los efectos del Registro de la Propiedad, como previa, la autorización judicial. La misma finalidad persigue la Resolución de 26 de octubre de 1964.

B) *Impugnabilidad de la enajenación realizada con autorización*

Cabe preguntarse si serán impugnables, por otro lado, las enajenaciones en que ha mediado aprobación judicial. Según MANRESA, la autorización ampara solamente las enajenaciones cuando se acomodan a lo que ella dispuso, pudiendo ser anuladas por incapacidad del transmitente las que excedieren de los límites marcados en la autorización; ninguna influencia tiene, respecto a la validez del acto, los defectos observados en el procedimiento: como afirmó la Sentencia de 28 de octubre de 1907, el vicio de un expediente de autorización no puede afectar a la parte que ninguna intervención tuvo en él y que contrató sobre la base de un acuerdo judicial que tenía todos los caracteres de legitimidad, pudiendo sólo trascender para los efectos de indemnización de perjuicios a los funcionarios que cometieron los defectos que en el expediente existan, pero no a quienes pudieran válidamente contratar sobre la base de una autorización judicial de indiscutible autoridad, mientras no conste de algún modo lo contrario (37).

Cabe también preguntarse si se puede rescindir el contrato celebrado con autorización judicial, por existir lesión para los intereses del menor. A juicio del comentarista antes citado, el caso no está comprendido en el artículo 1.291, y si bien el número 5.º de este precepto se refiere a

(36) M. ALONSO PÉREZ: *El patrimonio de los hijos*, cit., pág. 24.

(37) J. M. MANRESA: *Comentarios*, cit., tomo II, pág. 72. Puede verse también la Sentencia de 21 de junio de 1943.

cualesquiera otros en que especialmente la ley determine la rescisión, no sólo ésta no se expresa en ningún precepto del Código, sino que no es está el espíritu del legislador, y así lo demuestra el artículo 1.296, que, tratando de contratos celebrados en representación de ausentes, no admite la rescisión ni se han celebrado con autorización judicial (38).

C) *Anulabilidad de la transacción acordada sin autorización*

La jurisprudencia española ha considerado como meramente anulable la transacción otorgada por el padre sin autorización judicial. La Sentencia de 21 de mayo de 1940 declara así que, aun respecto de la transacción que exceda de 2.000 pesetas (que es para la que exige el artículo 1.810, como vimos, aprobación judicial), «el padre y, en su caso, la madre pueden transigir sin cumplimiento previo de formalidad alguna complementaria de su capacidad, ni celebrando un contrato perfecto, siquiera para su consumación, esto es, para que surta efecto, sea precisa la aprobación judicial, cuya falta nunca sería determinante de nulidad absoluta o radical del contrato, puesto que en él concurren los requisitos esenciales que señala el artículo 1.261 del Código Civil, sino que constituiría para su consumación un impedimento por defecto subsanable, quedando entre tanto el contrato en la situación jurídica de anulable y susceptible de ser invalidado por acción de nulidad, o purificado y convalidado mediante su confirmación, según disponen los artículos 1.300 y 1.310 del Código Civil». Anteriormente, ya la Sentencia de 8 de junio de 1917 había declarado que, en ese caso, el contrato queda perfeccionado por el consentimiento de los padres, aunque para su consumación necesita de la aprobación judicial.

A tenor de la Sentencia de 10 de abril de 1908 y de la Resolución de 28 de agosto de 1913, la aprobación judicial de una transacción, con fecha posterior a la misma, subsana la falta de autorización judicial previa.

El plazo que tiene el menor para impugnar la transacción es, como declara la Sentencia de 11 de noviembre de 1955, el de cuatro años a partir de la mayoría de edad. Algunos civilistas, como GULLÓN y ALONSO PÉREZ, observan que es el menor el legitimado, cuando llegue a la mayoría, para impugnar la transacción o confirmarla (39).

(38) J. M. MANRESA: *Loc. cit.*

(39) A. GULLÓN BALLESTEROS: *La transacción*, Madrid, 1964, pág. 92, y M. ALONSO PÉREZ: *El patrimonio de los hijos*, cit., pág. 22.

III. LA ENAJENACION DE BIENES MENORES EN EL PROYECTO DE LEY SOBRE REFORMA DEL CODIGO CIVIL EN MATERIA DE PATRIA POTESTAD

En las páginas anteriores me he esforzado en contemplar el tema en dos planos: el del Derecho histórico y el del Derecho vigente. Quisiera, antes de terminar, entrar, siquiera sea muy brevemente, en un tercer plano: el del Derecho futuro. Que en este caso es de un futuro muy próximo, ya que está a punto de coronarse la reforma de la patria potestad en el Código Civil.

Los trabajos prelegislativos para dicha reforma han sido realizados fundamentalmente por un Grupo de Trabajo denominado de «Filiación, Patria Potestad y Tutela», que para preparar la reforma legal en esos tres grandes temas se constituyó en el seno de la Sección Primera de la Comisión General de Codificación (40). El Anteproyecto relativo a la patria potestad estaba terminado antes del pasado verano. Después de conocido y aprobado por el Pleno de la Sección, y luego de algunos retoques que a su texto se hicieron en el Ministerio de Justicia en base a observaciones formuladas por los otros Departamentos ministeriales, fue remitido—ya en concepto de Proyecto de Ley—a las Cortes y ha sido publicado en el *Boletín Oficial* de las mismas de 15 de septiembre de 1978 (41). Sus líneas generales son bastante conocidas y no creo procedente recordarlas aquí.

¿Cómo enfoca el Proyecto de Ley la concreta cuestión de la enajenación de bienes de menores? Al comenzarse los trabajos prelegislativos, una Ponencia que por encargo del Grupo citado hube de redactar y que constituyó el primer borrador del futuro Título VII del libro I del Código Civil, sugería como nuevo texto del artículo 164 el siguiente:

«El padre y la madre no podrán enajenar ni gravar los bienes del hijo en que les corresponda el usufructo o la administración cuando se trate de inmuebles, negocios mercantiles o industriales, valores mobiliarios u objetos preciosos, sino por causas justificadas de utilidad o necesidad, y previa la autorización del Juez del domicilio, con audiencia del

(40) Presidente y Secretario del Grupo fueron nombrados, respectivamente, don PEDRO ARAGONESES ALONSO y don JESÚS DÍEZ DEL CORRAL. Vocales que han participado en las tareas han sido don MANUEL ALBALADEJO, don MANUEL DE LA CÁMARA, don JOSÉ JAVIER LÓPEZ JACOISTE, don LUIS MARTÍNEZ-CALCERRADA, don MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, doña CARMEN SALINAS ALFONSO, doña CONCEPCIÓN SIERRA ORDÓÑEZ, doña MARÍA TELO NÚÑEZ y el autor de estas páginas.

(41) Número 148, del 15 de septiembre de 1978, págs. 3186-3192.

Ministerio Fiscal, salvas las disposiciones que, en cuanto a los efectos de la transmisión, establece la Ley Hipotecaria. La misma autorización necesitarán para repudiar la herencia a que sea llamado el sujeto a la patria potestad.»

Este texto fue, a lo largo de las discusiones en el Grupo, mejorado y enriquecido, especialmente por las aportaciones y sugerencias que en el mes de abril hizo el recién nombrado Presidente de la Sección Primera don LUIS DíEZ-PICAZO. Y el texto que, en definitiva, ha adoptado el Proyecto en esta cuestión, ahora regulada en el artículo 166, dice:

«Los padres no podrán disponer a título gratuito de los derechos o bienes que pertenezcan a sus hijos.

Tampoco podrán renunciar a los derechos de que los hijos sean titulares ni enajenar o gravar sus bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente, sino por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa la autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal.

Los padres deberán recabar autorización judicial para repudiar la herencia o legado deferido al hijo o las donaciones que le fuesen ofrecidas. En tal caso, si el Juez denegare la autorización, se entenderá automáticamente aceptado el legado o donación.

Cuando la administración de los padres ponga en peligro el patrimonio del hijo, el Juez, a petición del propio hijo, del Ministerio Fiscal o de cualquier pariente del menor, podrá adoptar las providencias que estime necesarias para la seguridad y recaudo de los bienes, exigir caución o fianza para la continuación en la administración o imponer una rendición periódica de cuentas.»

En la Comisión de Justicia del Congreso, durante la legislatura anterior, una Ponencia comenzó a examinar el Proyecto de Ley. Las enmiendas formuladas por los Grupos Parlamentarios al artículo 166 son ciertamente escasas (42). La disolución de las Cortes interrumpió natu-

(42) Los Grupos Parlamentarios, cuyas enmiendas contienen alguna propuesta respecto al artículo 166, han sido los siguientes: a) El Grupo Parlamentario «Grupo Socialista del Congreso», que propugna la adición al párrafo 3.º de las palabras «... en tal caso, si el Juez denegare la autorización, se entenderán automáticamente aceptados la herencia, el legado o donación». b) El Grupo Parlamentario de la Minoría Catalana, que postula como redacción del último párrafo: «Cuando la administración de los padres ponga en peligro el patrimonio del hijo, el Juez, a petición del propio hijo, del Ministerio Fiscal o de cualquier pariente del menor, podrá adoptar las providencias que estime necesarias para la seguridad y recaudo de los bienes, exigir caución y fianza para la continuación en la administración o imponer una rendición periódica de cuentas o nombrar un *Administrador Judicial*». c) El Grupo Parlamentario «Socialistes de Catalunya», que defiende el mantenimiento en el futuro artículo 166 del actual artículo 164 con la supresión del término «inmuebles», y la adición de un nuevo párrafo con el siguiente texto:

ralmente los trabajos de la Ponencia, que no había llegado en su examen al texto del artículo 166. La nueva Cámara será, pues, la llamada a discutir y, en su caso, aprobar el Proyecto. Cabe esperar que en fecha próxima la enajenación de bienes de menores se regirá por un precepto nuevo. A la Historia del Derecho español pasará entonces la norma del actual artículo 164 del Código Civil, que tanto tiempo ha regulado la materia. Pero la rica doctrina que a lo largo de ese tiempo se fue construyendo por los autores y por la Jurisprudencia—y que antes traté de resumir—seguirá siendo útil y valiosa para la interpretación de la norma nueva y para el estudio de su problemática.

JOSÉ M.^a CASTÁN VÁZQUEZ
Letrado del Ministerio de Justicia

«Los padres deberán recabar la autorización judicial para repudiar la herencia o legado deferido al hijo o las donaciones que les fuesen ofrecidas, así como para aceptarlas sin beneficio de inventario. En tal caso, si el Juez denegare la autorización se entenderán automáticamente aceptados la herencia, el legado o la donación».

El derecho de tanteo: Su naturaleza. Posibilidad de inscripción. Efectos de ésta. Título inscribible y circunstancias de la inscripción

Entre los diversos problemas sin solución concreta y precisa en Derecho Inmobiliario Registral, destaca el que se plantea con el llamado Derecho de Tanteo. Este problema, como casi todos los existentes en nuestra disciplina, no sólo debe su origen al contorno ambivalente o impreciso de este derecho, intermedio entre los de naturaleza personal y naturaleza real, sino también a la diferente y a veces contradictoria doctrina que sostuvieron los hipotecaristas clásicos en los albores del sistema.

Antes de examinar el tratamiento hipotecario de este derecho, conviene, aunque sea de modo somero, dar una noción civilista de su significación.

En la clasificación de los derechos reales de GIERKE, pertenecen el tanteo y el retracto al grupo de los denominados «derechos de adquisición»; y son limitativos del dominio porque restringen o al menos condicionan la facultad de libre disposición inherente al mismo. Pueden ambos ser de creación legal o constituirse por negocio jurídico.

El tanteo, al igual que el retracto, es, pues, un derecho de preferencia o prelación. Consiste en la preferencia que por disposición de la Ley o por virtud de acto o negocio jurídico, tiene su titular para la adquisición de una cosa cuando su propietario se dispone a enajenarla. Y siendo éste su contenido, no tiene relevancia a efectos registrales la crisis de identidad que sufren los derechos reales de adquisición en el ámbito del derecho civil.

Ahora bien, este derecho de prelación actúa en el tanteo, *a priori*, antes de que la enajenación se efectúe, a diferencia del retracto, en el cual la prelación se ejercita *a posteriori*, o sea, cuando la enajenación ya se ha realizado, subrogándose el retrayente en el lugar del adquirente, mediante pago al mismo del precio que satisfizo y gastos legítimos ocasionados. También son diferencias claras el que el derecho de tanteo se ejercita o se opone frente al vendedor; el de retracto frente al comprador; el primero puede paralizar la enajenación, pero si éste se efectúa, queda firme; el segundo equivale a una condición resolutoria que resuelve el derecho del adquirente. Cuando la Ley concede derecho de tanteo, suele también conceder, subsidiariamente, el de retracto, para evitar que aquél sea ilusorio; de aquí que ambos puedan conceptuarse, como lo hace la doctrina, no como derechos distintos, sino como dos fases del mismo derecho prelativo o como dos diversas oportunidades para su ejercicio. Lo cual quiere decir que el retracto es la sanción legal del tanteo.

Lo más interesante para nuestro estudio es determinar la naturaleza jurídica del tanteo; concretamente si es un derecho real o un derecho personal. Pues siendo un derecho real, tendrá acceso al Registro de la Propiedad, conforme dispone el número segundo del artículo 2.º de la Ley Hipotecaria, que establece la inscripción en el Registro de los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y *otros cualesquiera reales*.

La doctrina moderna no sin vacilaciones y aun excepciones, reputa al tanteo de derecho real, por recaer sobre cosa específica y ejercitarse no contra persona obligada individualmente, sino contra todo dueño que enajene la finca afectada por el derecho de tanteo, mientras éste subsista. Pero aunque sea aceptable esta teoría y crea perfectamente posible una construcción real del tanteo, conviene establecer, como lo hacen los comentaristas hipotecarios, una previa distinción entre el tanteo de creación *legal*—o sea el establecido con carácter forzoso por la ley, v. gr.: el dispuesto a favor de ambos condueños en la enfiteusis—y el tanteo *convencional*, o sea, el concedido voluntariamente por el titular de un inmueble a otra persona para el caso de venta de éste, mediante acto o negocio jurídico. Y además entre el tanteo considerado doctrinalmente y en su regulación en otros derechos y el tanteo considerado positivamente en la legislación y en la jurisprudencia españolas.

A) El tanteo legal establecido por el Código Civil para procurar la refundición en una sola mano de los dos dominios, directo y útil, en la enfiteusis, foros y *rabassa morta* (art. 1.636 y regla sexta del 1.656), concediendo facultad lo mismo al dueño directo que al útil de ser prefe-

ridos por el *tanto*, o sea, en igualdad de precio y condiciones, a cualquiera otra persona a quien haya de transmitirse uno u otro dominio por compra o dación en pago, es, evidentemente a mi consideración, un derecho subjetivamente real, una facultad entrañada en ambos dominios, una parte jurídica integrante de ambos y produce acción real, según reconoció el Tribunal Supremo en sentencias muy lejanas en el tiempo (1). Dos hipotecaristas clásicos como DÍAZ MORENO y GAYOSO (2) reputan de derecho real por excelencia al tanteo legal, en contra de la opinión de MORELL (3), que, fundado en que es válida la enajenación que se realice prescindiendo del mismo, sostiene que no es un derecho real.

DÍAZ MORENO nos dice que los derechos reales de tanteo y retracto, que son más reales que cualesquiera otros, puesto que se dan en favor de cosas, sin miramiento alguno a las personas, no pueden inscribirse: el de tanteo, ni siendo voluntario ni siendo legal; el de retracto cuando lo sea de esta última clase. Por tanto, sólo admite la inscripción del retracto voluntario.

Por su parte, GAYOSO ARIAS dice que el tanteo, derecho de adquisición por el tanto de su precio de la cosa que se va a enajenar, se concede en la enfiteusis, foros y *rabassa morta*, a ambos condueños y en las adquisiciones de parcelas y terrenos de la zona marítimo-terrestre. Añade que el retracto se da en estos mismos casos y entre comuneros y colindantes, viniendo a ser, según doctrina del Tribunal Supremo, como la sanción del tanteo. Pero puede pactarse en las ventas la resolución de las mismas a favor del vendedor, devolviendo el precio y cumpliendo lo demás convenido. A esto se llama en el Código Civil retracto convencional, a diferencia de los anteriores que se denominan legales. Sigue diciendo que los derechos de tanteo y retracto no se inscriben en el Registro, al menos especialmente (4). Trata al retracto convencional de condición resolutoria que debe constar en la inscripción de la venta, pero no apta para inscripción separada y especial.

Actualmente, la doctrina sigue mostrándose algo vacilante, lo mismo en cuanto a su naturaleza como a su posible inscripción, pero la opinión dominante se inclina por su acceso al Registro de la Propiedad. Roca

(1) Puede citarse, como una de las más antiguas, la Sentencia de 11 de octubre de 1905.

(2) EUSTAQUIO DÍAZ MORENO: *Contestaciones a la Parte de Legislación Hipotecaria del programa para oposiciones al Cuerpo de Aspirantes a Registradores de la Propiedad*. Imprenta de Antonio Marzo. San Hermenegildo, 32, duplicado. Madrid, 1911.

RAMÓN GAYOSO ARIAS: *Nociones de Legislación Hipotecaria*, tomo II, págs. 19 y ss. Imprenta de Cleto Vallinas. Calle de Luisa Fernanda, 5. Madrid, 1918.

(3) J. MORELL Y TERRY: *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*. Imprenta Hijos de Reus, Editores. Calle de Cañizares, 3, duplicado. Madrid, 1916.

(4) Cita para la enfiteusis la Resolución de 17 de abril de 1867.

SASTRE (5), maestro de todos, se inclina, aunque últimamente con menos seguridad, a que tanto el retracto como el tanteo convencionales puedan construirse con caracteres de derechos reales y ser, por tanto, inscribibles en el Registro de la Propiedad. En cambio, opina que el tanteo y retracto legales, por su misma esencia, no tienen naturaleza real y están excluidos del Registro. Son simples restricciones de la propiedad, que por ser establecidas por la Ley, están investidas de una publicidad que supera la que el Registro pueda proporcionar, haciendo superflua su inscripción. Son, por tanto, asimilables a las servidumbres legales (6).

Me adhiero a esta doctrina. El tanteo y retracto de origen legal, bien en virtud de la teoría de las limitaciones del dominio, o bien por el motivo de ser derechos secundarios e inherentes al mismo, con el fin de favorecer determinadas directrices del legislador, no deben ser inscribibles, ni además necesitan la inscripción; por el contrario, si estos derechos deben su origen a la voluntad de los particulares, en uso de sus facultades de creación de derechos reales, permitidas por el artículo 7.º del Reglamento Hipotecario, en régimen de *numerus apertus*, no sólo pueden, sino que deben ser inscritos en el Registro de la Propiedad para su efectividad *erga omnes*. Podría configurarse el tanteo de creación legal como un derecho subjetivamente real, como facultad entrañada en la titularidad de ambos dominios, directo y útil, del mismo modo que pueden serlo las servidumbres legales en relación con el predio dominante. Pero, no obstante y aun con esta construcción como derecho subjetivamente real, el tanteo legal no es inscribible de modo independiente, ni lo precisa, en el Registro de la Propiedad. Así lo tiene reconocido nuestra Dirección General hace ya muchos años, cuando dijo que el derecho de tanteo que tienen los dueños directos no es inscribible por sí sólo y separadamente de la inscripción del dominio directo.

En resumen, esta clase del tanteo es una limitación del *ius disponendi* del dueño directo o útil, impuesta inmediatamente por la Ley y está fuera del tráfico inmobiliario y de su seguridad, que son las finalidades primordiales de nuestro sistema registral; y por eso, por ser un derecho *intransferible* con separación del dominio en que va entrañado y sin posibilidad de gravamen, aunque sí renunciable por su titular, no precisa de inscripción, como tampoco la requieren las servidumbres legales de utilidad pública, que están revestidas de publicidad sin necesidad del Registro (art. 5.º, núm. tercero, del Reglamento Hipotecario). Y por si

(5) RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, tomo I, pág. 355. Imprenta Clarasó. Villarreal, 17. Barcelona, 1941.

(6) Para la inscripción y efectos de esta clase de servidumbres puede verse mi trabajo titulado «Las servidumbres en el Registro de la Propiedad», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 521, de julio-agosto de 1977.

fuera poco, las inmunidades (7) del sistema registral no pueden obtenerse, frente al posible ejercicio de los tanteos legales, que son efectivos frente a cualquier tercero, del mismo modo que las acciones de retracto legal se dan contra los mismos (8).

Finalmente, por ser una parte jurídica integrante del derecho inscrito, dominio directo o útil, puede en cierto modo afirmarse, como acertadamente opina ROCA SASTRE (9), que el tanteo legal en su aspecto activo, ya está inscrito cuando lo está el dominio o derecho, de cuyo contenido aquél es una simple ampliación. Inscrita una enfiteusis, con ella queda inscrita la facultad de tanteo, y aun sin necesidad de que en la inscripción se haga mención de tal derecho y sin contemplación a la persona que ostente la titularidad, puesto que la ley concede este derecho por consideraciones puramente objetivas para facilitar la refundición de los dominios. En las legislaciones extranjeras, como la alemana, se aplica el tanteo al servicio del interés público y a la equitativa división del suelo y a la colonización. En nuestra legislación de arriendos, rústicos y urbanos, se concede el retracto a ciertos colonos e inquilinos, y hubo proyectos agrarios que regulaban especiales derechos de adquisición o preferencia a favor de cultivadores directos del suelo.

B) En cuanto al *tanteo convencional*, bien consecuencia de una declaración unilateral de voluntad en disposición testamentaria por ejemplo, o de un concierto bilateral de voluntades, en virtud de contrato cuyo único objeto sea la constitución del tanteo; bien sea una condición o pacto agregado a un contrato de enajenación de inmuebles, en cuya virtud se obligue al adquirente para el caso de que a su vez se proponga enajenarlos, a transferirlos con preferencia por el tanto al enajenante, es forzoso distinguir la concepción teórica, doctrinal, de la regulación práctica, positiva y jurisprudencial en nuestra legislación.

Doctrinalmente, el tanteo convencional puede configurarse, a semejanza de otros derechos de prelación, como el retracto, con las características de un verdadero derecho real, perfectamente inscribible en el Registro de la Propiedad y esgrimible frente a los titulares posteriores o terceros que adquieran los bienes a que aquél afecte; esto es indudable y acorde con nuestro actual sistema. Los derechos reales limitativos del

(7) Me gusta utilizar la palabra inmunidad, que era muy cara a mi padre, RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL. Creo que fue el primer hipotecarista que basó en ella parte de los efectos de la inscripción en su conferencia titulada «Valor efectivo de la inscripción en la nueva Legislación Hipotecaria», pronunciada en el Colegio Notarial de Valencia el 13 de marzo de 1948. A los efectos defensivos de la inscripción los denominó efectos inmunizantes. Puede verse en el tomo II, página 321 del Libro Homenaje, publicado por el Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad.

(8) Así lo dispone el número segundo del artículo 37 de la Ley Hipotecaria.

(9) ROCA SASTRE: *Ob. cit.*

dominio, lo mismo pueden restringir facultades de disfrute que facultades de uso o aprovechamiento, que facultades de disposición. La hipoteca, en cuanto implica una participación del hipotecante o acreedor en el valor de la finca, condiciona la facultad dispositiva del dueño; y los derechos de adquisición, en suma, representan una restricción de la facultad dominical de libre disposición del llamado *ius disponendi*. Construido como derecho real, el tanteo no implica prohibición de disponer, es decir, no «cierra el Registro», pero las enajenaciones que el dueño realice a otra persona, sin las notificaciones o avisos que el tanteo presupone, no pueden prevalecer y anular el derecho del titular del tanteo, el cual podrá ejercitarlo frente al nuevo propietario. No debe equivocarnos la suspensión de la inscripción en el caso de venta de finca urbana arrendada, sin las notificaciones o la renuncia del inquilino que es de carácter legal. Claro que cuando aquel último supuesto se realice, el tanteo pasa ya a ser verdadero retracto, puesto que implica una subrogación en el lugar del adquirente, con lo que se demuestra, como dije anteriormente, que ambos derechos de preferencia no son más que fases distintas de un mismo y único derecho.

EFFECTOS DE LA INSCRIPCION DEL TANTEO VOLUNTARIO

La eficacia registral del derecho de tanteo convencional inscrito puede sistematizarse en tres diferentes posiciones, que conviene exponer, aunque sea someramente, para ver cuál de ellas es la más ajustada a su naturaleza. Partiendo de un ejemplo expondré con mayor claridad la cuestión:

A constituye, por negocio jurídico, derecho de tanteo a favor de B por tiempo determinado y con carácter real y se inscribe en el Registro como limitación de las facultades de disposición del titular. Si A enajena la finca a C sin haber dado a B posibilidades de ejercer su derecho por no haberle dado aviso, teóricamente en el Registro pueden darse tres soluciones diferentes:

1) La adquisición de C es válida e irrevocable, en cuyo caso el tanteo, pese a su inscripción, sólo surte el efecto de un derecho personal. Por otra parte, cancelable, conforme al artículo 98 de la Ley Hipotecaria y 355 de su Reglamento.

2) La adquisición de C no es inscribible por vulnerar la limitación del *ius disponendi* de A inscrita, en cuyo caso el tanteo funciona solamente como una prohibición de enajenar, y

3) La adquisición de C es inscribible, pero puede revocarse si B, titular del tanteo, ejercita su derecho, en cuyo caso el tanteo surtirá los efectos de verdadero derecho real de preferencia.

De estas tres posiciones señaladas hay que convenir que la correcta, para solucionar el problema del derecho de tanteo convencional inscrito como derecho real, es la del apartado tercero.

Efectivamente, la solución del apartado primero no tiene en cuenta la naturaleza del derecho de tanteo, configurado voluntariamente por los interesados como derecho real, oponible a terceros, y niega, arbitrariamente, los efectos de los mismos derechos reales. Y como no existe precepto legal ni sanción jurisprudencial que impida la construcción real del tanteo, sino más bien de los artículos 2.º de la Ley Hipotecaria, 7.º de su Reglamento y hasta del 1.255 del Código Civil, se pueden extraer argumentos para su validez, hay que convenir que inscrito ese derecho, con carácter real, debe quedar sujeto a las normas hipotecarias de todo derecho limitativo del dominio, en este caso en su faceta dispositiva, y, por tanto, a que el adquirente del inmueble, sujeto a ese derecho de tanteo, tenga que sufrir las consecuencias jurídicas del mismo y mediante el subsiguiente retracto perder el dominio del inmueble. Todo ello fundado en el propio juego del artículo 34 de la Ley Hipotecaria (10).

La solución del apartado segundo tampoco es correcta, pues desnaturaliza el tanteo convencional real y lo convierte en otro derecho diferente: en prohibición de enajenar. El Registro de la Propiedad tiene como misión primordial el garantizar y favorecer el tráfico de inmuebles y, por tanto, debe ser, por principio, enemigo de las prohibiciones de disponer (11) y sólo admitirlas en casos predeterminados e interpretarlas en sentido restrictivo; por lo que no es correcto que, en virtud de una extraña taumaturgia, se convierta el derecho de tanteo convencional, configurado como derecho real, en un derecho diferente no sólo en cuanto a denominación, sino en cuanto a contenido y efectos. Pero es que además si tenemos en cuenta que las prohibiciones de disponer no son inscribibles en el Registro cuando tengan su origen en actos o contratos a título oneroso, según el artículo 27 de la Ley Hipotecaria, mal puede verse en el tanteo convencional inscrito una prohibición de enajenar, que en todo caso puede asegurarse con hipoteca u otra garantía real a

(10) El artículo 34 de la Ley Hipotecaria no protege al tercer adquirente cuando las causas de resolución del derecho adquirido constan en el Registro.

(11) Que el Registro de la Propiedad acoge con recelo a las prohibiciones de enajenar o disponer es tan cierto que no hay más que leer el contenido de los artículos 26 y 27 de la Ley Hipotecaria. Sobre esta materia puede verse mi trabajo titulado «Limitaciones de disponer en el Registro de la Propiedad», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 490, de mayo-junio de 1972.

efectos de indemnización. La solución estriba en no admitir la inscripción de un tanteo convencional con carácter real reforzado con prohibición de enajenar, supuesto no infrecuente en la práctica, puesto que, además de su imposibilidad legal, si el contrato es oneroso, no es necesario si el tanteo está configurado como derecho real, cumpliendo los límites que en cuanto a duración, precio de adquisición y plazos para su ejercicio determina la jurisprudencia.

La solución del apartado tercero es la correcta; no sólo porque se ajusta a la verdadera naturaleza y efectos del propio derecho inscrito, sino también por ceñirse a los postulados hipotecarios que se derivan de los principios informadores del sistema. Así, pues, podrá inscribirse la escritura de venta, sin que en la misma consten las notificaciones del tanteo, pero el titular de este derecho podrá ejercitar el retracto dentro del plazo convenido y cumpliendo lo demás estipulado, puesto que este retracto es la otra faceta, la sanción, del tanteo.

Todo lo expuesto sobre el tanteo convencional debe estar apoyado por nuestra legislación y jurisprudencia, puesto que responde a la verdadera esencia de esta clase de derecho. Pero hay que confesar que no son muy explícitas al respecto. Más claro es el Derecho alemán (12), que ya define al tanteo como derecho real y puede constituirse voluntariamente a favor de una determinada persona o a favor de quien en cada momento sea propietario de otro inmueble (derecho subjetivamente real); el primero será intransmisible y el segundo se transmite juntamente con el inmueble del que constituye parte integrante. Necesita de inscripción en el Registro y constituye un gravamen de la cosa, siendo esgrimible no sólo contra el concedente (derecho personal), sino contra quien sea propietario del inmueble. La venta hecha a persona distinta del titular del tanteo es inscribible, pero este derecho tiene la eficacia de una anotación preventiva de garantía y, por consiguiente, la transmisión a persona distinta del titular del tanteo es ineficaz en esa o en otra transmisión. Aquí se ve la patente naturaleza real concedida al tanteo.

En cambio, en nuestra legislación y en nuestra técnica, el problema es diferente y ha de plantearse sobre supuestos también distintos, sin que sea posible, por motivos de diversa índole y por el momento, considerar al tanteo convencional como un derecho real *de orígenes y desenvolvimiento propios*. Ante todo, hay que señalar que las leyes vigentes no proveen plenamente de normas para la regulación de un derecho de tanteo convencional y a la vez real, pues deja a la voluntad de las partes la configuración de derechos atípicos de difícil creación, como lo

(12) ARTHUR NUSSBAUM: *Tratado de Derecho Hipotecario Alemán*, Biblioteca de la Revista de Derecho Privado, pág. 8.

tiene reconocido la propia Dirección General, y ante el silencio legislativo las opiniones se dividen y hay que acudir a las pautas fijadas por la jurisprudencia.

Desde luego, el tanteo puede estipularse por las partes como una simple obligación personal, como una especie de compromiso de venta preferente, sin engendrar otra clase de acciones que las personales, para indemnización de perjuicios, caso de incumplimiento. Pero el problema estriba en precisar si en nuestra legislación se autoriza la constitución del tanteo convencional con efectos reales. Y éste es el problema que, desde los comienzos del sistema registral hasta nuestros días, ha preocupado a todos los estudiosos del Derecho inmobiliario registral.

En opinión de DÍAZ MORENO (13), el tanteo en su forma voluntaria no producirá más efecto que el de una obligación personal, viniendo a constituir una promesa de venta, seguramente no inscribible, conforme al artículo 9 del Reglamento Hipotecario (antes 18); equiparaba este ilustre hipotecarista el tanteo convencional con un contrato de opción de compra (14). GAYOSO veía en el tanteo convencional una promesa de venta, aunque era de la opinión de que podía atribuírsele efecto real por voluntad de las partes. MORELL niega carácter de derecho real al tanteo legal y cree, en cambio, que el convencional es inscribible bajo la forma de una limitación del derecho de disponer del propietario. Por último, ROCA SASTRE, ya hemos visto que se muestra partidario de la opinión favorable a la configuración del tanteo convencional como derecho real perfectamente inscribible en el Registro de la Propiedad, aunque este criterio sea últimamente más vacilante al dar a entender que mientras no haya un reconocimiento legal o reglamentario del tanteo como derecho real, no debiera inscribirse (15).

Por su parte, la primitiva jurisprudencia registral permitió configurar el tanteo convencional como una limitación del derecho de disponer del propietario, apoyando la tesis de MORELL, pero abriendo a la vez el portillo para poder dar efectos reales al tanteo. Así, la Resolución de 9 de septiembre de 1887 admitió la inscripción del pacto de no poder vender el comprador la finca comprada sin dar previo aviso al vendedor, que se reservó el derecho de volverla a adquirir por el tanteo, con preferencia a un tercero, en igualdad de precio. En este caso, el tanteo actúa como una prohibición condicional o parcial de vender, e inscrito, su efecto real consistirá en no poderse inscribir la segunda enajenación,

(13) En la obra citada anteriormente.

(14) Claro que esto era antes de la regulación que a la opción de compra dio el vigente Reglamento Hipotecario en su artículo 14, puesto que a tenor de este artículo la opción inscribible funciona como derecho real.

(15) En la edición de 1968, tomo III, de sus *Instituciones de Derecho Hipotecario*.

si no se acredita haberse dado aviso al titular del tanteo, sin que éste haya ejercitado su derecho en el plazo señalado. Esto no me parece muy acertado, pues así el tanteo no funciona en verdad como derecho real, lo que sucede es que se le adiciona para robustecerle una garantía de esa naturaleza.

De todas formas, la primitiva jurisprudencia ha ofrecido cierta resistencia a la configuración del tanteo convencional como derecho real efectivo. Nos basta recordar en este sentido, la Resolución de 4 de enero de 1927. Tratábase de un derecho de tanteo concedido por un testador a favor de sus hijos sobre una finca legada a un extraño, y cuando el legatario vendió la finca sin previa notificación a los titulares del derecho de tanteo ni renuncia por parte de éstos a su ejercicio, el Registrador denegó la inscripción de la venta; pero la citada resolución revocó la nota del Registrador y declaró, entre otros extremos, que «contra la admisión de derechos reales modelados sobre el tipo de un derecho de preferencia, militan gravísimas razones que imponen una interpretación restrictiva, como son: primero, el silencio de nuestra legislación hipotecaria sobre tal *preemptio*; segundo, la duración indefinida que se le atribuye; tercero, los vínculos que impondría a la propiedad, frenando las mejoras y estimulando el abandono de las fincas, ya que el precio no se fija en el mercado libre como en el tanteo, de una vez para siempre; cuarto, las dificultades que su desenvolvimiento judicial y extrajudicial presentaría, por la indeterminación de los plazos en que haya de hacerse la oferta y de los efectos de las ventas realizadas sin previo aviso; quinto, el no responder la figura creada al criterio legal de reconstitución de la propiedad desmembrada o de parcelación agronómica ni a la finalidad de evitar indivisiones o situaciones anormales de propiedad». El contenido de esta resolución, contemplado con visión moderna del problema, me sugiere que aunque estos razonamientos hacen de la dificultad supuesto, no justifican el rechazo de plano del tanteo convencional, sino a lo sumo imponen a toda figura de este tipo jurídico que los particulares pueden establecer, el cauce y las restricciones que marca la ley al regular esos derechos de tanteo y retracto, así como de figuras afines. Y que cumpliendo esos límites y teniendo como objeto fomentar situaciones de proyección legal, pueden tener acceso a los Libros del Registro.

Modernamente, la Resolución de 20 de septiembre de 1966 admite al tanteo convencional como derecho real cuando se den ciertos requisitos, que bien pudieran servir de pauta para la constitución de futuras figuras jurídicas de este tipo. En el caso que la resolución contemplaba, se establecen los siguientes requisitos:

- a) Convenio en el que se conceda al titular la facultad *erga omnes* de adquirir el inmueble sin crear un simple derecho de crédito.
- b) Que el precio para adquirir el inmueble en ejercicio del derecho no quede fijado de antemano, sino que con las garantías necesarias se determine por terceras personas (u otra forma similar) en el momento de la transmisión.
- c) Que el plazo para el ejercicio del derecho, computado desde la notificación fehaciente de la transmisión, sea breve y determinado.
- d) Que se circunscriba o sea ejercitable en la primera transmisión y siempre respetando el límite del artículo 781 del Código Civil, porque así no se crea ninguna vinculación o gravamen de duración perpetua o indefinida.
- e) Que favorezca el cese de una indivisión o la reconstitución del inmueble (agrupación), es decir, que se justifique el interés legítimo de las partes al establecer este derecho.

Por último, la Resolución de 19 de septiembre de 1974 determina que el sistema del *numerus apertus* del artículo 7 del Reglamento Hipotecario no autoriza para ampliar el campo de esta clase de derechos, hasta el extremo de que a todo pacto se le pueda atribuir carácter real, pues tendrían que tener los requisitos típicos de los derechos reales. TIRSO CARRETERO (16) entiende muy acertadamente que esta resolución no niega que el derecho de tanteo y retracto convencional puedan establecerse como derechos reales inscribibles, lo que hace es avisar de que hay que proceder con suma cautela para establecerlos con tal carácter. Y resume su opinión diciendo que no hay doctrina de la Dirección sobre la naturaleza del derecho de tanteo-retracto convencional ni absoluto rechazo de la posibilidad de su configuración con efectos reales y, por consiguiente, su inscribibilidad.

De toda esta jurisprudencia podría sintetizar como válido el siguiente tratamiento del derecho de tanteo convencional: Es admisible su constitución con efectos reales, y digo constitución y no *creación*, puesto que no se crea un derecho *ex-novo*, una nueva figura jurídica sin nombre propio, lo que se hace es dotar a un derecho preexistente de caracteres reales no reconocidos por la ley. Y para que esa constitución sea válida es necesario:

- 1) Que tienda a favorecer intereses protegidos por la ley.

(16) TIRSO CARRETERO: Comentarios a dicha Resolución, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 506, de enero-febrero de 1975, págs. 131 y ss.

- 2) Que se le atribuya de manera indubitada los requisitos y circunstancias de los derechos reales.
- 3) Que no vulnere las normas civiles ni los principios hipotecarios encubriendo verdaderas vinculaciones, prohibiciones de disponer y, en general, trabar de alguna forma el tráfico jurídico inmobiliario.

Aun con todo, y trasladándonos al plano práctico, lo cierto es que en nuestra legislación, no obstante el criterio de *numerus apertus* que en la configuración de nuevos tipos de derechos reales inspira el artículo 7 del Reglamento Hipotecario, resulta difícil construir un tanteo convencional inscribible y con plenos efectos reales, a no ser por la vía indirecta de un derecho diferente. Y esto es así aunque la jurisprudencia del Tribunal Supremo se muestra favorable a la teoría del tanteo como derecho real, como no es arriesgado afirmar. En esto supera a la propia Dirección General; basta para ello recordar la Sentencia de 17 de noviembre de 1931.

Por último, creo conveniente indicar algunas orientaciones marcadas por la jurisprudencia de nuestra Dirección General en orden al tanteo en su relación con el Registro: El derecho de tanteo legal no es inscribible por sí solo y separadamente de la inscripción del dominio directo, y la renuncia de aquel derecho por una sola vez, que es lo que significa la licencia para la venta, no es ni enajenación ni modificación de los derechos que nacen del dominio directo; cuando por motivos atendibles, que se consignarán en la escritura de enajenación del dominio útil enfitéutico, no haya sido posible hacer constar en ella la aprobación del dueño directo, los derechos de laudemio y retracto y demás a favor de éste quedarán salvados, consignándose así en el documento y en el Registro en la forma preceptuada por la Ley Hipotecaria respecto de los títulos que contienen cláusula resolutoria; no puede citarse disposición alguna en nuestro Derecho que castigue con nulidad la enajenación del dominio útil otorgada sin conocimiento del señor directo, y, por último, el artículo 1.639 del Código Civil da por supuesta la procedencia de la inscripción de las escrituras de venta de fincas enfitéuticas, aunque no se hubiere dado el previo aviso que ordena el artículo 1.637, de lo que se deduce que tal falta no es de las que puedan motivar la suspensión de la inscripción.

TITULO INSCRIBIBLE Y CIRCUNSTANCIAS DE LA INSCRIPCION

La constitución del tanteo convencional del legal, ya queda dicho que no requiere título especial y que no es inscribible por sí solo; podrá tener lugar:

- a) Como acto independiente:
 - 1) por negocio oneroso o lucrativo,
 - 2) por disposición testamentaria.
- b) Como pacto agregado a otra convención: como condición de una venta, arrendamiento, transacción, etc. (17).
- c) Por sentencia judicial que declare la existencia de tal derecho.

El que el negocio sea oneroso o lucrativo tiene gran importancia a estos efectos. Siendo lucrativo pueden inscribirse los pactos prohibitivos, a que se refiere la regla tercera del artículo 26 de la Ley Hipotecaria; por el contrario, siendo oneroso, no debe el tanteo ir acompañado de pactos de este tipo, ya que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley Hipotecaria, no tendrá acceso al Registro, sin perjuicio de asegurar su cumplimiento mediante hipoteca u otra garantía real, a los solos efectos de indemnización.

En estos casos, el título inscribible será la escritura pública donde conste el derecho constituido; el acta de protocolización o escritura de partición acompañada de los documentos complementarios, entre los que se encuentra el testamento, de donde nace el derecho a inscribir, y la sentencia firme que reconozca o declare la existencia del mismo.

En cuanto a las circunstancias de la inscripción, en el supuesto de que llegase a inscribirse como derecho real, cosa que puede ser posible, creo que serán las generales de toda inscripción, consignadas en el artículo 51 del Reglamento Hipotecario, teniendo muy presente lo consignado en el apartado sexto. Además habrá que hacer constar las especiales o peculiares del derecho que se hayan establecido, según su modalidad, y a las que ya he hecho alusión. Por tanto, habrá de especificarse si se constituye

(17) Profesionalmente he conocido un caso en el que un padre dividía horizontalmente en seis fincas independientes una casa y donaba a cada uno de sus seis hijos una de ellas. Configurando realmente un derecho de tanteo en caso de venta a favor de cada uno de ellos y pudiendo ejercitar el retracto en plazo limitado, caso de no haber dado el aviso de la enajenación. El fundamento de este derecho estribaba en evitar, en lo posible, que las fincas o pisos de la casa salieran de la familia.

a favor de una persona, como derecho personalísimo o como derecho transmisible, o a favor de quien en cada momento sea titular de un inmueble determinado (derecho subjetivamente real de tanteo); si su ejercicio podrá efectuarse sólo en el primer caso de venta o en varios casos (sin rebasar los límites ya fijados por la jurisprudencia de la Dirección General), por lo que en esta segunda hipótesis se debe fijar un plazo de duración no vinculante, y, finalmente, las modalidades y plazo del aviso de la enajenación que se proyecta, y que enajenada la finca sin este aviso, el titular del tanteo podrá ejercitar su derecho contra el adquirente mediante el retracto, subrogándose en su lugar.

RAMÓN DE LA RICA

Inscripción a favor de las Cámaras Agrarias de bienes de las antiguas Hermandades Sindicales*

SUMARIO: I. *De la desaparición del Sindicato Vertical a la creación de las nuevas Cámaras Agrarias.*—II. *Subrogación de las Cámaras Agrarias en la titularidad de los bienes de las Hermandades Sindicales.*—III. *Inscripción a favor de las Cámaras Agrarias de los bienes y derechos que fueron de las Hermandades Sindicales, en cuya titularidad se han subrogado:* 1) Solicitud de inscripción o de inmatriculación, en su caso. 2) Plazo para solicitar la inscripción. 3) Inmuebles y derechos reales inmobiliarios no inmatriculados. 4) Bienes ya inscritos. 5) ¿Debe cancelarse previamente la inscripción a favor de las Hermandades Sindicales?

I

DE LA DESAPARICIÓN DEL SINDICATO VERTICAL A LA CREACIÓN DE LAS NUEVAS CÁMARAS AGRARIAS

El Decreto 1336/1977, de 2 de junio, de la Presidencia del Gobierno, crea las Cámaras Agrarias (en lo sucesivo CC. AA.). En realidad, datan como dice el preámbulo, de 1890 y ahora se restablecen adaptadas en su estructura a las formas de la vida política de la sociedad española.

Un breve análisis de la legislación que ha desembocado en el Decreto de creación, nos parece indispensable en aquellos aspectos que condi-

(*) Redactado este trabajo en agosto de 1978, recibo posteriormente las notas de colaboración que, bajo el título de «Inscripción de bienes de las Sociedades Agrarias de Transformación y de las nuevas Cámaras Agrarias», publica en el número 136 del *Boletín del Colegio Nacional de Registradores* mi buen amigo y reconocido experto en temas agrario-hipotecarios FRANCISCO CORRAL DUEÑAS. Esperando con impaciencia el estudio más detallado que anuncia sobre el tema, doy publicidad a las consideraciones que en mí ha suscitado desde una posición estrictamente jurídica.

cionan el enfoque jurídico y las repercusiones hipotecarias del nacimiento de estas nuevas Corporaciones.

El Real Decreto-ley 19/1976, de 8 de octubre, crea la Administración Institucional de Servicios Socio-Profesionales (AISS), entidad autónoma de Derecho público (art. 1.º), como primer paso para dismantelar el sindicato vertical, aunque de hecho y de momento prácticamente lo mantiene, pues establece como primer cometido de la misma «los actuales—actuales entonces—servicios y actividades de las entidades y organismos de la Organización Sindical» (art. 3-1-a), su patrimonio sigue siendo el mismo de la Organización Sindical (con exclusión de los sindicatos y entidades sindicales dotados de personalidad jurídica propia) y sigue percibiendo la cuota sindical con el carácter de exacción parafiscal (art. 5.º). Esta disposición, por tanto, podríamos decir que se limita a cambiar un nombre por otro.

La Ley 19/1977, de 1.º de abril, reforma la Ley Sindical de 17 de febrero de 1971, teniendo en cuenta que ésta ya había previsto dos clases de asociacionismo profesional: el de carácter preferentemente institucional y el de promoción voluntaria, cuya expansión ahora se preconiza, estableciendo el principio de libertad de asociación sindical «en el ejercicio de las libertades propias de una sociedad democrática». Con ello se da el golpe de gracia al sindicato vertical, que queda legalmente sin clientela.

El último obstáculo era el que planteaba la llamada cuota sindical. La Ley Sindical había establecido en su artículo 9.º—sin remontarnos a otros antecedentes—, como un deber de los sindicatos, «satisfacer las cuotas sindicales que se establezcan... y contribuir al sostenimiento de las entidades y asociaciones de que sean miembros». Pues bien, dice el preámbulo del Real Decreto-ley 31/1977, de 2 de junio, que el pago de la exacción parafiscal tradicionalmente denominada cuota sindical era un reflejo del principio de sindicación obligatoria. La consecuencia es lógica: establecido el principio de libertad de asociación sindical, se suprime la susodicha cuota. La AISS, reformada como organismo autónomo, se regirá por la Ley de Entidades Estatales Autónomas y los recursos necesarios para el cumplimiento de sus fines saldrán íntegramente del Presupuesto del Estado (art. 1.º).

En la Disposición Adicional Segunda del citado Real Decreto-ley 31/1977 se contienen, por otra parte, las autorizaciones al Gobierno para la supresión y creación de nuevas entidades asociativas en sustitución de las que venían funcionando como adscritas a la Organización Sindical. Vamos a destacar las autorizaciones que se contienen en las letras b), c) y d):

- La creación y reconocimiento de Entidades de Derecho Público en los sectores agrario y pesquero que con el carácter de órganos de consulta y colaboración, y sin menoscabo de la libertad sindical, realicen funciones de interés general en los sectores respectivos, con las competencias, estructuras, personal, bienes y recursos que se establezcan.
- La regulación, adaptación y sistematización fiscal de los actuales Grupos Sindicales de Colonización, que con la denominación de Sociedades Agrarias de Transformación tendrán plena personalidad jurídica.
- La revisión de las competencias atribuidas a la Organización Sindical en el orden cooperativo que serán transferidas al Ministerio de Trabajo y, en su caso, a la Federación Nacional de Cooperativas.

Los problemas que en materia fiscal podría plantear el nuevo régimen están tratados en la Disposición Adicional Tercera, que, de una parte, autoriza al Gobierno para adaptar el régimen fiscal actualmente aplicable a las Entidades y Organismos Sindicales Agrarios a las Corporaciones y Entidades de Derecho Público que se creen, y de otra, establece la exención de los Impuestos de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados a la creación de dichas Corporaciones y Entidades, así como las transmisiones, cesiones, subrogaciones o adscripciones de bienes y derechos que constituyen el patrimonio privativo de las actuales Organización y Entidades de carácter sindical agrario a favor de las Corporaciones y Entidades de Derecho Público de carácter agrario que se creen.

Sobre la base de este previsor marco jurídico, el Decreto 1336/1977, de 2 de junio, crea las modernas CC. AA., configurándolas como «Corporaciones de Derecho Público, amparadas por la Ley y reconocidas por el Estado» (art. 1.º-1), «de carácter no sindical» (preámbulo del Decreto) y órganos de consulta y colaboración con la Administración sobre temas de interés general agrario, que gozarán de personalidad jurídica y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines (art. 1.º-2). Debemos aclarar, no obstante, en cuanto a su carácter no sindical («no limitarán la libertad sindical ni los derechos de las organizaciones de empresarios y de trabajadores del campo», dice el art. 1.º-2), que, según el artículo 7.º, los Estatutos de las CC. AA. provinciales podrán reconocer el derecho de participar en sus órganos de gobierno a los representantes de las organizaciones profesionales o sindicales agrarias, así como de las Entidades de interés agrario de la provincia, si bien deberá coincidir la voluntad mayoritariamente expresada de ambas partes (el Decreto 320/1978, de

17 de febrero, suspende por seis meses la vigencia de este art. 7.º). Y en cuanto a su naturaleza de simples órganos de consulta y colaboración, el Decreto últimamente citado 320/78 se refiere a las actividades comerciales realizadas por las CC. AA. que podrán pasar a régimen cooperativo siempre que así lo aprueben sus Plenos, y la Orden de 24 de abril de 1978, además de las funciones de consulta y colaboración, permite que las CC. AA. puedan desarrollar funciones de carácter técnico delegadas por la Administración Central o por los órganos agrarios de los Entes autonómicos, así como funciones, servicios y gestiones administrativas de interés general para las Comunidades rurales agrarias.

Delimitado, aunque brevemente, el origen, naturaleza y funciones de las nuevas CC. AA., vamos a intentar ceñirnos en adelante a los aspectos civil e hipotecario que plantea la subrogación dispuesta por el Gobierno de las CC. AA. en la titularidad de los bienes que fueron de las Hermandades Sindicales, es decir, en primer lugar, cuál es el fondo jurídico o mecanismo interno que provoca la adquisición de esa titularidad, y en segundo lugar, las particularidades del trámite registral para la inscripción del acto transmisivo.

II

SUBROGACIÓN DE LAS CÁMARAS AGRARIAS EN LA TITULARIDAD DE LOS BIENES DE LA HERMANDADES SINDICALES

La Disposición Final Segunda del Decreto 1336/1977, de 2 de junio, de la Presidencia del Gobierno, que crea las modernas CC. AA., como hemos visto, establece lo siguiente:

«2.ª Las Cámaras Agrarias se subrogarán, en su ámbito territorial respectivo, en la titularidad de los bienes y derechos que constituyen el patrimonio privativo de las actuales Hermandades Locales y Comarcales, Cámaras Oficiales Sindicales Agrarias y Hermandad Nacional de Labradores y Ganaderos, manteniéndose, en su caso, la afectación de dichos bienes al fin específico para el que hubieran sido adquiridos o destinados en virtud de una norma legal o cualquier otro título jurídico en vigor.

Las Cámaras Agrarias solicitarán la inscripción a su nombre en el Registro de la Propiedad de los bienes inmuebles y derechos que figuren adscritos a nombre de las Entidades cuya titularidad patrimonial les corresponda, de conformidad con la subrogación referida.»

La norma legal nos lleva a la contemplación de dos situaciones jurídicas distintas: en primer lugar, un acto del Estado atribuyendo a una persona jurídica o Corporación de Derecho Público de nueva creación la titularidad de los bienes hasta ahora pertenecientes o afectos a una Entidad sindical; las Hermandades, además de llamarse «Sindicales», estaban adscritas a la Organización Sindical; las nuevas CC. AA. se califican «de carácter no sindical». En segundo lugar, para dar cauce legal a la modificación subjetiva consistente en la sustitución del antiguo titular del derecho subjetivo por uno nuevo, se utiliza la figura jurídica de la subrogación, de la subrogación personal y legal. Esto parece evidente, aunque no nos resistimos al intento de aclarar en alguna medida el sentido y alcance jurídico que se asigna al término subrogación.

La subrogación—sea personal o real—es siempre un efecto jurídico, el resultado de la concurrencia de determinadas causas, mediatas o inmediatas, que provocan bien el cambio de sujeto bien la sustitución del objeto de la relación de derecho por otro, pero manteniéndose la misma situación jurídica, que sigue calificando al nuevo sujeto o a la cosa que pasa a sustituir a la anterior. La subrogación por sí misma no legitima cambio alguno ni subjetivo ni objetivo. Requiere una causa próxima e inmediata que es la que provoca el cambio, la cual supone, a su vez, la existencia de una relación jurídica preexistente: derecho de crédito o de garantía, en general, fianza, hipoteca, cesión, situación de comunidad, etc. Una vez que el cambio se ha producido, lo llamamos subrogación.

Esto no sólo parece, sino que es elemental, pero es absolutamente necesario señalarlo aquí. Y así en nuestro Derecho se producen o se presumen una serie de supuestos de subrogación cuando se han cumplido, han concurrido o se han dado determinadas causas previamente establecidas. Veamos algunas:

1) En el campo de la novación impropia o simplemente modificativa de las obligaciones regulada por el Código Civil, uno de cuyos supuestos en la subrogación de un tercero en los derechos del acreedor (artículo 1.203-3.º), la subrogación se produce o bien por pacto, fijando «con claridad» las condiciones o circunstancias que han de concurrir (causa jurídica inmediata, art. 1.209, párrafo segundo), o bien por presunción legal (subrogación legal), al darse los supuestos «expresamente mencionados»: cuando un acreedor pague a otro acreedor preferente; cuando un tercero, no interesado en la obligación, pague con aprobación expresa o tácita del deudor; y cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación, salvo los efectos de la confusión en cuanto a la porción que le corresponda (art. 1.209, párrafo primero).

2) En la fianza, si por no pagar el deudor paga el fiador (causa inmediata), éste se subroga en «todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor».

3) En el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, cuando de la certificación del Registro aparezcan cargas o derechos reales posteriores a la hipoteca ejecutante, si, previa notificación a los acreedores, éstos satisfacen (causa jurídica) antes del remate el importe del crédito, intereses y costas, «quedarán subrogados en los derechos del actor» (regla 5.^a); o la subrogación que el remate (causa inmediata) provoca respecto a cargas o gravámenes anteriores o preferentes, en cuanto a la «responsabilidad de los mismos» (regla 8.^a).

4) Item., item., en el procedimiento extrajudicial (reglas 4.^a y 5.^a del art. 235 del Reglamento Hipotecario).

5) En la cesión o enajenación del crédito hipotecario aquéllas funcionan como causa jurídica, en cuya virtud el cesionario se subroga en todos los derechos del cedente (art. 149 de la Ley Hipotecaria).

6) En el caso de venta a un extraño por alguno de los herederos de su derecho hereditario, si todos o alguno de sus coherederos ejercitan el derecho de retracto que la Ley les reconoce, reembolsando el precio de la compra, se subrogan en lugar del comprador (art. 1.067 del Código Civil).

7) En fin, en el terreno de la subrogación real es la cualidad de titular de fincas de procedencia lo que legitima, a través del expediente de concentración parcelaria, la entrega al mismo sujeto de las correspondientes fincas de reemplazo.

En este punto, y sin insistir en otros supuestos de subrogación convencional o legal, la pregunta puede ser la siguiente: ¿De qué naturaleza es la subrogación establecida en la Disposición Final Segunda del Decreto de creación de las CC. AA. antes transcrita? ¿Cuál es su causa jurídica antecedente?

Si tenemos en cuenta que el patrimonio privativo de las Hermandades Sindicales, a que alude la Disposición, se formó en parte con el pago de la llamada cuota sindical, asignar este patrimonio a las nuevas Cámaras Agrarias por Decreto implica, al menos en parte también, una verdadera *expropiación forzosa* sin trámite legal ni indemnización y, simultáneamente, una *cesión gratuita* en la que tampoco se observan las normas que regulan la cesión de bienes del Patrimonio del Estado (insistiremos más adelante sobre este aspecto), y todo independientemente de la consideración sobre el carácter estatal o paraestatal del Sindicato Vertical, cuya desaparición y choque con el principio de libertad sindical late en el fondo del Decreto.

La idea de *sucesión excepcional* tampoco parece muy correcta para explicar la transferencia a una Corporación de Derecho Público de nueva creación o entidad asociativa agraria de los bienes que pertenecieron a un Sindicato extinguido, si por sucesión se entiende transmisión o adquisición derivativa traslativa, comprensiva de los derechos y de las obligaciones. Y no lo es porque la subrogación que comentamos está claramente configurada como una transmisión de activo neto, y nosotros señalaríamos al menos dos razones para llegar a esta conclusión, extraídas del propio Decreto de creación de las CC. AA.: 1.^a) Que la citada Disposición Final Segunda habla de subrogación «en la titularidad de los bienes y derechos que constituyen el patrimonio privativo» de las Hermandades Sindicales; y 2.^a) que, según la Disposición Final Tercera, los funcionarios sindicales de las desaparecidas Hermandades se integrarán automáticamente en las escalas a extinguir a tal efecto creadas en el Instituto de Relaciones Agrarias (I. R. A.), antiguo Instituto de Estudios Agro-Sociales (la Resolución de la AISS de 30 de septiembre de 1977 concedió un derecho de opción para que los funcionarios de las CC. AA. pudieran bien continuar prestando servicios como funcionarios de la AISS o bien integrarse en las escalas a extinguir del I. R. A.). En cualquier caso, no puede hablarse seriamente de transferencia de obligaciones ni de mantenimiento de la misma situación jurídica. La idea de subrogación por vía de sucesión, si es que puede utilizarse esta terminología, no es, por tanto, técnicamente aceptable.

En nuestra opinión, la subrogación a favor de las CC. AA. no es una mera sustitución del sujeto de una relación preexistente que se mantiene inalterada, ni se opera a virtud del cumplimiento de determinadas circunstancias jurídicas mediatas o inmediatas «expresamente mencionadas» o establecidas «con claridad» (subrogación legal o convencional según el Código Civil) que le sirven de causa. Se opera a virtud de un *acto del Estado* que se limita a transferir a una persona jurídica de nueva creación los bienes que pertenecieron a una Entidad Sindical que se extingue. Desde luego, la legitimación del Estado para hacerlo hay que buscarla en consideraciones de tipo político, que van desde la naturaleza del Sindicato Vertical al trasvase o atribución a las CC. AA., fuera del ámbito sindical, de funciones o servicios que, en alguna medida, antes estaban encomendadas o desempeñaban las Hermandades Sindicales. En este sentido, puede aceptarse la idea de subrogación, pero no en su acepción técnica y estricta, sino en la más amplia de modificación subjetiva o cambio del titular de determinados bienes a virtud de un acto del Estado.

En definitiva, si la legitimación sustantiva del acto de transferencia de los bienes y derechos de las desaparecidas Hermandades Sindicales a las CC. AA. ofrece puntos oscuros, su legalidad formal no es cuestiona-

ble y en el orden civil-hipotecario el problema creemos que debe plantearse exclusivamente en este terreno.

La Disposición Final Segunda comentada dice literalmente que «las CC. AA. *se subrogarán...* en la titularidad de los bienes y derechos...», destacando el carácter imperativo del término utilizado. Y del mismo modo que trataremos después de plantearnos el carácter obligatorio o facultativo de la inscripción, nos vamos a referir brevemente ahora al alcance de la expresión «se subrogarán».

En el preámbulo del Decreto de creación de las CC. AA. se destaca que el nacimiento de las nuevas CC. AA. y la desaparición de las Hermandades Sindicales obedece al establecimiento del principio de libertad de asociación sindical que—dice—«forma parte del conjunto de libertades que son la esencia misma de la estructura democrática». Y en el artículo 1-3 se dice que las CC. AA. «se regirán por sus respectivos Estatutos y se atenderán, en su comportamiento y funcionamiento, a principios estrictamente democráticos».

Con esos antecedentes, enfocados, por supuesto, únicamente en lo que tienen de base jurídica subyacente, no parece lógico ni ejemplar pensar en una imposición unilateral del Estado. La efectividad de la subrogación favorecerá probablemente a las CC. AA., pero si excepcionalmente no fuera así, los principios democráticos antes invocados, trasladados al terreno jurídico formal, deben comunicar algún peso específico a la voluntad corporativa de la respectiva Cámara. Ello nos lleva a la necesidad de que tenga lugar un acto formal de expresión de esa voluntad corporativa en orden a la subrogación y de que sean los órganos de gobierno—el Pleno y su Presidente—los que presten su adhesión, aceptación o ratificación, plasmados en el oportuno acuerdo, a la subrogación que el Estado les brinda. Y esto, tanto para afirmar esa voluntad corporativa frente al acto del Estado como para que la solicitud de inscripción, en su caso, se encuentre respaldada por los órganos competentes de la Entidad, eliminando toda sospecha de que responde a una decisión personal del Presidente u otro órgano por separado, porque, independientemente de los condicionamientos de orden jurídico-registral sobre ejercicio del derecho de representación que controlará la calificación, esa manera de actuar y decidir no se encuadraría en las exigencias de comportamiento democrático que en su funcionamiento (según el art. 1.º-3 antes citado) deben observar las CC. AA. Todo ello sin perjuicio de lo que dispongan los Estatutos y Reglamentos, particularmente en lo relativo a la posible atribución y delegación de funciones a determinados órganos y en la mecánica para la adopción de acuerdos.

A nuestro juicio, este acto de expresión y afirmación de la voluntad corporativa de las CC. AA., además de la traducción al terreno jurídico

formal de principios de esencia democrática, supone, en el ámbito más concreto de los modos de adquirir la propiedad, la culminación del proceso de atribución del dominio de determinados bienes por disposición de la Ley. De modo que, acordada legalmente por la respectiva Cámara, la adhesión, aceptación, ratificación o efectividad de la subrogación en la titularidad de los bienes y derechos que, en su ámbito territorial, venían constituyendo el patrimonio privativo de las Hermandades, e incluidos esos bienes y derechos en el inventario de los que le son propios, no es necesario el cumplimiento de ningún requisito más para que se entienda definitivamente adquirida por las Cámaras la propiedad de los mencionados bienes y derechos.

El último inciso del primer párrafo de la Disposición Final Segunda que venimos comentando, al exigir que se mantenga por las CC. AA. la afectación de dichos bienes al fin específico para el que hubieran sido adquiridos o destinados en virtud de una norma legal o cualquier otro título jurídico en vigor, no establece un requisito más de la transmisión, sino más bien, en nuestra opinión, una norma de comportamiento en el ejercicio del derecho de propiedad impuesta por la naturaleza de las CC. AA. como Corporaciones de Derecho Público, de un lado, y de otro, por el trasvase a las mismas de algunas de las funciones que fueron propias de las Hermandades Sindicales, excluido el ámbito puramente sindical, que ahora se reserva a las organizaciones profesionales agrarias que se creen al amparo del principio de libertad de asociación sindical. Por tanto, haciendo efectiva la subrogación, las CC. AA. adquieren legalmente el dominio de los bienes y derechos que pertenecieron a las Hermandades Sindicales. Este es su título material de adquisición: oferta legal de subrogación, acuerdo positivo de las CC. AA. e inclusión de los bienes en sus inventarios. En el aspecto civil, el acto adquisitivo se ha completado. Veamos a continuación las particularidades que va a exigir para su acceso al Registro de la Propiedad. Al menos, lo intentaremos.

III

INSCRIPCIÓN A FAVOR DE LAS CÁMARAS AGRARIAS DE LOS BIENES Y DERECHOS QUE FUERON DE LAS HERMANDADES SINDICALES EN CUYA TITULARIDAD SE HAN SUBROGADO

En el párrafo segundo regula la Disposición Final Segunda del Decreto de 2 de junio de 1977, creador de las CC. AA., que venimos comentando, la inscripción «a su nombre en el Registro de la Propiedad

de los bienes inmuebles y derechos que figuren adscritos a nombre de las Entidades cuya titularidad patrimonial les corresponda, de conformidad con la subrogación referida». Es decir, según se trate de Hermandades Sindicales Locales y Comarcales, Cámaras Oficiales Sindicales Agrarias o Hermandad Nacional de Labradores y Ganaderos, que ahora—salvando las fundamentales diferencias de origen, organización, naturaleza y funciones—pasan a ser sustituidas por las Cámaras Locales, las Cámaras Agrarias Provinciales y la Confederación Nacional de Cámaras Agrarias (artículo 2.º-1), aunque el Decreto (art. 2.º-2 y 3) admite la posibilidad de creación de las Cámaras Comarcales, así como que las Cámaras Agrarias Locales y Provinciales puedan constituir Federación con ámbito comarcal, supraprovincial o regional con personalidad jurídica propia. Cuando hablamos, por tanto, de CC. AA., nos referimos indistintamente a cualquiera de las modalidades señaladas.

¿Cómo ha de desenvolverse el trámite registral para la inscripción, cómo ha de documentarse la subrogación y cómo, cuándo y por quién ha de hacerse la solicitud de inscripción?

Destaca, de entrada, una contraposición o distinción que se hace en el texto, pues habla de inscripción «a nombre» de las CC. AA. de los inmuebles y derechos (susceptibles de inscripción, habría que añadir) que figuren «adscritos» a nombre de las Entidades cuya titularidad patrimonial les corresponda de conformidad con la subrogación referida. A falta de otros elementos más claros de interpretación, la inscripción «a nombre» o «a su nombre» no puede entenderse sino como transferencia de aquellos bienes en pleno dominio a las CC. AA. y no solamente como «adscritos» a las mismas. Interesa destacar esto precisamente en el orden hipotecario porque, entendiendo así la distinción, hay que excluir la aplicación del último párrafo del artículo 18 del Reglamento Hipotecario, al disponer que «los cambios de adscripción de los bienes del Estado a distinto Ministerio por reorganización o alteración administrativa o por cualquier otra causa y los que se produzcan a otro Organismo o Servicio del mismo Departamento podrán inscribirse mediante el traslado de la disposición administrativa correspondiente».

En cambio, aunque la terminología jurídica no es muy precisa teniendo en cuenta el sustrato esencialmente político en que se mueve el Decreto, un simple cambio de adscripción de bienes parece ser lo que regula la Disposición Adicional Tercera cuando establece que «los servicios, bienes, recursos y demás elementos afectados a los fines de la Obra Sindical de Colonización serán transferidos al Instituto de Relaciones Agrarias (I. R. A.), previa propuesta de la Comisión de Transferencia», pues el I. R. A., que, como hemos dicho ya, es la nueva versión o denominación del Instituto de Estudios Agro-Sociales, se configura como

organismo autónomo adscrito al Ministerio de Agricultura y su función principal es precisamente servir de puente entre dicho Ministerio y las organizaciones profesionales agrarias, las Entidades asociativas y de carácter económico social de interés general agrario y las CC. AA. como Corporaciones de Derecho Público. Aquí sí creemos que hay que plantear la aplicación del párrafo tercero del artículo 18 del Reglamento Hipotecario.

En cuanto a las CC. AA., parece oportuno resolver algunos problemas previos y distinguir según se trate de bienes y derechos inscritos a nombre o como adscritos a las Hermandades Sindicales, o de bienes y derechos inscribibles no inmatriculados.

1) *Solicitud de inscripción o de inmatriculación, en su caso.*—El Decreto establece que las CC. AA. «solicitarán la inscripción». En realidad, e independientemente de que sea obligatoria o facultativa, la inscripción tiene siempre que ser solicitada, aunque la legislación hipotecaria admita casos en los que se entiende hecha la solicitud de inscripción a virtud de la sola presentación de los títulos (arts. 6.º de la Ley Hipotecaria y 39 del Reglamento Hipotecario).

En cualquier caso, es evidente que la fórmula que utiliza el Decreto no es la habitual en la Ley Hipotecaria. Por ejemplo: en el artículo 2.º se dice «en los Registros expresados en el artículo anterior *se inscribirán*» y no «se solicitará la inscripción»; y lo mismo en el artículo 4.º, en el 14, párrafo segundo, en el 20, y en el 4.º, 5.º, 8.º, 11, 12, 14 del Reglamento Hipotecario y otros muchos de ambos textos. En cambio—es curioso—, el artículo 42 de la Ley Hipotecaria, a propósito de las anotaciones preventivas—sobre cuya necesidad de solicitud expresa no cabe ninguna duda, con la excepción de las de suspensión de embargos, descretados en causa criminal o por débitos a la Hacienda—, no utiliza la fórmula habitual, sino que dice literalmente: «Podrán *pedir* anotación preventiva de sus respectivos derechos», y no la que sería más o menos equivalente con la del artículo 2.º, como, por ejemplo, «podrán obtener anotación preventiva de sus respectivos derechos» o «anotarán sus respectivos derechos», etc.

En armonía con esta distinción y sin perjuicio de reconocer que este es un terreno en el que la terminología no es siempre todo lo precisa que debiera, entendemos que la Disposición Final Segunda cuando dice que las CC. AA. «solicitarán la inscripción», lo que realmente quiere decir es que la solicitud para inscribir a nombre de las CC. AA. los bienes y derechos de las antiguas Hermandades Sindicales, en cuya titularidad se han subrogado, ha de hacerse *expresamente*, pero no se presume del solo hecho de presentar la documentación.

¿Quién debe pedir o solicitar expresamente la inscripción? Habrá que estar, en primer lugar, a lo que dispongan los Estatutos y Reglamentos de la Entidad sobre ejercicio del derecho de representación. Normalmente, corresponderá al Presidente o alguno de los Vicepresidentes, cuyas funciones (art. 5.º-2) corresponde determinar al Pleno. Como actualmente la mayoría de las CC. AA. tendrán en trámite la redacción y aprobación de sus Estatutos y Reglamentos de Régimen Interior (cosa que, según la Disposición Final Primera, deben hacer en el plazo de tres meses a partir de su constitución y trasladarlos después al Ministerio de Agricultura para su ratificación), creemos que es suficiente la solicitud suscrita por el Presidente, en la que se haga referencia al acuerdo del Pleno a que antes nos hemos referido dando carácter formal a la subrogación.

2) *Plazo para solicitar la inscripción.*—El Decreto no impone plazo alguno en el que deba hacerse la solicitud de inscripción. Este dato corrobora, en nuestra opinión, la idea de que no se trata de inscripciones de carácter obligatorio, unido a la circunstancia de que tampoco se establece sanción alguna para el caso de que la solicitud de inscripción no se produzca. La redacción utilizada por el Decreto se aparta de la generalmente utilizada por la Ley para los casos de inscripciones obligatorias. Veamos algunos, sin propósito de agotar la materia:

- La Ley 13/1960, de 12 de mayo, establece la nulidad de pleno derecho de los actos, contratos y concesiones a favor de extranjeros relativos a inmuebles sitos en las zonas estratégicas señaladas por la Ley de 23 de octubre de 1935 y Decretos de 28 de febrero de 1936 y de 21 de marzo de 1958; los títulos no inscritos anteriores a la Ley debían serlo en el plazo de un año.
- El Decreto-ley 11/1962, de 22 de marzo, al establecer el carácter constitutivo de la inscripción en las adquisiciones por extranjeros de fincas rústicas de determinadas características.
- El artículo 235 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, cuyo texto fue aprobado por Decreto 118/1973, de 12 de enero, al regular el régimen de la propiedad concentrada, dispone que «las fincas y derechos reales resultantes de la nueva ordenación de la propiedad serán inexcusablemente inscritos...»
- La misma Ley, en sus artículos 20-1 (adquisición de tierras: «se-rán inscritas»), 34-5 (adjudicaciones en propiedad: «El Instituto entregará el título inscrito en el Registro de la Propiedad»), 36-3 (Patrimonios Familiares: «el Patrimonio Familiar se constituirá por documento público inscrito en el Registro de la Propiedad»), etcétera.

- La Ley 8/75, de 12 de marzo, sobre zonas e instalaciones de interés para la defensa nacional, artículo 21, sanciona la falta de inscripción en las adquisiciones por extranjeros, dentro de los dieciocho meses siguientes a su fecha, con la nulidad de los respectivos actos de adquisición de inmuebles, derechos reales u otorgamiento de concesiones.

El Decreto no se produce de la forma clara y tajante que lo hacen las disposiciones citadas por vía de ejemplo cuando tratan de establecer la obligatoriedad de la inscripción. Aunque es obvio que la conveniencia está a favor de la inscripción, para eliminar la titularidad contradictoria de un ente jurídico ya inexistente, mediante el reflejo registral de la transferencia.

3) *Inmuebles y derechos reales inmobiliarios no inmatriculados.*— Como hemos señalado más arriba, el título material o de fondo que legaliza la adquisición por las modernas CC. AA. de los bienes que fueron de las desaparecidas Hermandades Sindicales está constituido por el acto del Estado estableciendo la subrogación, seguido del acuerdo de las propias CC. AA. haciendo efectiva la misma. Aceptado esto, para la inscripción o inmatriculación, en su caso, de dichos bienes, tratándose de una Corporación de Derecho Público, habrá que estar a «lo establecido en las leyes o reglamentos» (art. 2.º-6 de la Ley Hipotecaria). En definitiva, habrá que documentar ese título material.

Según el primer párrafo del artículo 18 del Reglamento Hipotecario, «siempre que exista título inscribible de la propiedad... de la Corporación sobre los bienes que deban ser inscritos... se exigirá, en su virtud, una inscripción de dominio... la cual deberá verificarse con sujeción a las reglas establecidas para la de los particulares...», precepto aplicable tanto a las inmatriculaciones como a las inscripciones segundas o posteriores. Pues bien, si este título inscribible e inmatriculable, conforme a los artículos 205 de la Ley Hipotecaria y 298 del Reglamento Hipotecario, existe porque, aun teniéndolo, la Hermandad no hubiera reclamado en su día la inscripción, sin duda que puede ser utilizado y hacerse dicha inmatriculación previa a nombre de la misma. Pero debe tenerse en cuenta que la titularidad de los bienes en que las CC. AA. se subrogan trae causa no de las desaparecidas Hermandades, sino del acto del Estado que establece la subrogación y, por tanto, es el acto adquisitivo que tiene su arranque en la misma el que hay inexcusablemente que documentar con vistas al acceso al Registro del derecho de las CC. AA. De aquí que esa previa inmatriculación resulte inútil, pudiendo utilizar las CC. AA. directamente otros medios inmatriculadores. Sin que aquí pueda

hablarse de interrupción del tracto registral, pues la cadena no ha empezado aún a formarse. Otra cosa es que se tratara de un título intermedio omitido; pero éste no es el caso de bienes no inmatriculados que ahora contemplamos.

«Cuando no exista título inscribible para practicar la inscripción, se estará a lo dispuesto en los artículos 206 de la Ley y concordantes del Reglamento» (art. 18, segundo párrafo, Reglamento Hipotecario). Será título suficiente, por tanto, la certificación expedida por el Secretario de la respectiva Cámara, que hemos de suponer tenga facultad suficiente para certificar, porque de las normas del Decreto no se sigue que las CC. AA. estén insertas en ninguna línea de subordinación jerárquica; por el contrario, cada Cámara tiene su propia personalidad jurídica y plena capacidad de obrar (art. 1.º-2).

(La Orden de 8 de marzo de 1978, que estableció hasta la constitución de los Plenos de las nuevas CC. AA. la asunción provisional de funciones de gobierno en el orden económico-administrativo por los Delegados del Ministerio de Agricultura, dispuso también que una vez constituidos los Plenos, éstos asumirán la totalidad de las funciones de gobierno de las Cámaras, pero hasta que sus Estatutos o Reglamentos tengan plena eficacia jurídica, deberán seguir dando cuenta de sus actos administrativos a las Comisiones Económico-Administrativas provinciales.)

Dicha certificación administrativa llevará el visto bueno del Presidente y en ella se hará constar el acuerdo de la Cámara en orden a la subrogación, a que hemos hecho referencia más arriba, y la inclusión en sus inventarios de los bienes que han de relacionarse y cuya inmatriculación expresamente se solicita. La certificación contendrá los requisitos del artículo 303 del Reglamento Hipotecario y es conveniente que se exprese de modo particular lo siguiente:

- En cuanto a los números 3.º y 4.º, que se trata de bienes que pertenecieron o estuvieron adscritos a las desaparecidas Hermandades Sindicales en cuya titularidad la Cámara se ha subrogado conforme a lo dispuesto en la Disposición Final Segunda del Decreto 1336/1967, de 2 de junio (*Boletín Oficial del Estado* de 15 de junio de 1977).
- En cuanto al número 5.º, después de expresar su objeto, será oportuno se indique que se mantiene la afectación de dichos bienes al fin específico para el que hubieran sido adquiridos o destinados, conforme a lo exigido por el Decreto.

El caso de bienes no inmatriculados pensamos que será excepcional, pues teniendo en cuenta que muchos bienes de la desaparecida Organización Sindical proceden de la cesión o adscripción de bienes integrantes

del Patrimonio del Estado, lo normal será la previa inscripción a favor de aquél. El artículo 128 de la vigente Ley de Bases del Patrimonio del Estado habla de la cesión o adscripción a la Iglesia, al Movimiento o a entidades públicas, y el artículo 229 de su Reglamento, de 5 de noviembre de 1964, más concretamente se refiere, para excepcionar lo que dispone, a los casos de cesión o adscripción a la Iglesia, al Movimiento, a la Organización Sindical o a entidades públicas.

La reintegración al Patrimonio del Estado de los bienes cedidos o adscritos a las Hermandades Sindicales, una vez extinguidas, puede encontrar apoyo en los artículos 45 y 84 de la Ley de Bases antes citada que establecen que el incumplimiento de los fines para que se cedieron o el hecho de que no sean necesarios para el cumplimiento directo de esos mismos fines, determinará su recuperación por el Estado. Pero la cesión gratuita a las nuevas CC. AA., a virtud de la subrogación dispuesta por el Decreto, ya no es acorde con dicha Ley.

4) *Bienes ya inscritos.*—Es decir, bienes adquiridos directamente por las Hermandades Sindicales, o bienes procedentes del Patrimonio del Estado, por cesión o adscripción, o bienes de otras procedencias, y que así figuran en el Registro. Se trata, por tanto, de hacer constar en el Registro de la Propiedad el cambio de titularidad dominical que, según hemos mantenido, ya se ha operado antes en la realidad al «aceptar» o hacer efectiva la subrogación la respectiva Cámara e incluir los bienes en su inventario.

A estos efectos, es indiferente la procedencia de los bienes que figuran inscritos o adscritos a nombre de las Hermandades Sindicales porque, aunque el párrafo segundo de la Disposición Final Segunda comentada se refiere a la inscripción de los bienes «adscritos» a las mismas, el primer párrafo extiende la subrogación a la totalidad de los bienes y derechos que integran el «patrimonio privativo» de aquéllas. Es decir, al menos en nuestra opinión y como hemos tratado de razonar más arriba, por el mecanismo de la subrogación, las CC. AA. han adquirido el pleno dominio de todos aquellos bienes y no solamente las ventajas de una eventual adscripción. Por eso hemos reiterado que no se trata de un simple cambio de adscripción de bienes a distinto Ministerio o a otro Organismo o Servicio. Y sin que deba confundirse la afectación a un fin determinado con la adscripción a la persona jurídica. Se trata de inscribir la transferencia de esos bienes *del* Estado y *por* el Estado a las CC. AA. como Corporación de Derecho Público y no como Organismo Autónomo, siendo inútil insistir tanto en el fenómeno interno de legitimación de aquél como en la naturaleza del acto de transferencia y su adecuación o no a normas preexistentes por las que, en circunstancias normales, se

rigen estas transferencias. Parece claro que el Estado se limita a hacerla y deja en manos de las CC. AA. la solicitud de inscripción, así como la elaboración o preparación de la necesaria documentación para ello, extremo del que no se ocupa el Decreto. Por tanto, como en el caso de bienes no inmatriculados, hemos de acudir a las normas generales.

La primera norma o regla general nos lleva directamente al artículo 3.º de la Ley Hipotecaria, que consagra el principio de exigencia de titulación pública o auténtica de los actos inscribibles: escritura pública, ejecutoria o documento auténtico expedido por autoridad competente. Es cierto, como dice ROCA, que este principio constituye tan sólo una regla general y que cuenta con varias excepciones. La Jurisprudencia lo ha reiterado y las excepciones al mismo, como reconoce el propio ROCA, no constituyen irregularidad alguna de la legislación hipotecaria, sino de las leyes que regulan la forma pública de los actos. De lo cual se sigue que las excepciones al principio deben ser expresas. Si el Registrador las presume, entonces es él el que se está desviando de las normas que la legislación hipotecaria tiene establecidas. Como punto de partida, creemos que no es ocioso tener esto muy presente.

El artículo 18 del Reglamento Hipotecario, en sus dos primeros párrafos, distingue los dos supuestos de que exista o no título inscribible de la propiedad del Estado o Corporación. Si no lo hay y se trata de bienes no inscritos, pueden utilizar el procedimiento inmatriculador del artículo 206 de la Ley Hipotecaria, como hemos visto antes. Pero tratándose de bienes inscritos, el trámite registral discurrirá «con sujeción a las reglas establecidas para los particulares». De esas reglas hay que desechar, además de la certificación administrativa de dominio del 206 y todos los demás medios inmatriculadores—puesto que no estamos ante un caso de inmatriculación—, todos los procedimientos de reanudación del tracto registral interrumpido, igualmente inaplicables, porque aquí no hay ningún eslabón de la cadena que sea necesario recomponer con la titulación llamada supletoria. Inscritos los bienes a nombre—o adscritos a nombre—de las Hermandades Sindicales (primer eslabón o eslabón antecedente), el Estado, tras decretar la desaparición del ente titular registral, asume su titularidad (segundo eslabón que accederá al Registro en tracto abreviado) y simultáneamente la transfiere a las nuevas CC. AA. (tercer eslabón). Porque se trata de una verdadera transferencia y no de un simple cambio de adscripción de bienes, no es suficiente el traslado de la disposición administrativa como título registrable (supuesto previsto en el último párrafo del artículo 18 del Reglamento Hipotecario).

Parece innecesario decir que hay que rechazar, del mismo modo, la idea de ejecutoria porque, además de que aquí no hay intervención judicial, no se trata de hacer ninguna declaración de propiedad contro-

vertida. La propiedad se ha adquirido por la transferencia del Estado y la expresión de la voluntad concordante y corporativa de las propias Cámaras Agrarias. Son estos elementos, creadores del título material, los que hay que documentar «a los efectos de la inscripción» y sobre la base del principio de titulación pública o auténtica. Todas estas consideraciones nos llevan inexcusablemente a la intervención notarial, es decir, como dice el Reglamento Hipotecario y hemos repetido, «con sujeción a las reglas establecidas para los particulares».

Pero es que a esta conclusión nos llevan también los artículos 43, 44 y 45 de la Ley del Patrimonio del Estado, que, además de remitir a los dos primeros párrafos del artículo 18 del Reglamento Hipotecario, que nosotros venimos reiterando, especifican claramente los casos en que los adquirentes de bienes del Estado pueden utilizar el procedimiento del artículo 205 directamente o exigir del Estado la previa inscripción mediante la certificación del 206, y respecto de las cesiones gratuitas de inmuebles del Patrimonio del Estado ya inscritos disponen que se harán constar por medio de inscripción a favor del cesionario, inscripción que exigirá la correspondiente escritura pública de cesión. Porque la propia Ley rechaza también el traslado de la disposición administrativa que solamente acepta para las operaciones de agrupación, división y segregación de fincas del propio Estado.

Lo que hay de irregular en la transferencia que nos ocupa es que, por el cúmulo de circunstancias de todo orden a que nos hemos ya referido, no se ha formalizado como es habitual, entre otras razones, porque no era posible, pues se ha dispuesto la subrogación al crear las CC. AA., pero antes de la elección de sus representantes, de sus órganos de gobierno, únicos capaces de expresar la voluntad corporativa no sólo concordante, sino también simultánea. Esto ha impedido que la transferencia se opere, como hubiera sido normal, a través de una cesión con intervención de cedente y cesionario. La subrogación ofrece, en cambio, la posibilidad de escalar la disposición legal y la expresión de la voluntad corporativa que, con vistas al Registro de la Propiedad y ante la inexistencia de una norma excepcional, ha de documentarse notarialmente porque así lo exige la legislación hipotecaria para los casos no excepcionados expresamente.

Parece oportuno recordar aquí que el artículo 131, regla 5.^a, de la Ley Hipotecaria exige acta notarial de entrega de las cantidades adeudadas o mandamiento judicial para hacer constar el pago y la subrogación de un acreedor posterior en los derechos del actor. Podemos decir que, efectivamente, conforme a la legislación notarial, el acta es el instrumento idóneo porque se trata de constatar un simple hecho: el pago.

También puede recordarse la necesidad de protocolización del Acta de Reorganización de la Propiedad que impone el artículo 223 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario para la inscripción de las fincas de reemplazo que adquiere, por el mecanismo de la subrogación real, el dueño de las fincas de procedencia.

Del mismo modo, la Dirección General de los Registros y del Notariado (Res. 16 julio 1918) acepta, y es práctica corriente, la forma de acta notarial de protocolización del cuaderno particional formalizado privadamente por el causante, ante la ineludible exigencia de forma pública impuesta por el artículo 3.º de la Ley Hipotecaria (*).

En la transferencia a las CC. AA. de los bienes que fueron de las Hermandades Sindicales hay un negocio jurídico de transmisión que tiene su arranque en un acto del Estado y se completa con la expresión de la voluntad corporativa de aquéllas. Es a esta expresión de voluntad a la que hay que dar forma pública, pues aunque, como hemos repetido, basta esa expresión, conforme a las normas para la adopción de acuerdos, para la conformación del título material, no basta, sin embargo, para la conformación del título formal «a los efectos del Registro de la Propiedad».

A nuestro juicio, el cumplimiento de las exigencias que derivan de cuanto antecede puede lograrse, como en los casos citados, mediante la protocolización del acta levantada reglamentariamente por la Cámara, en la que se recoja el acuerdo de hacer efectiva la subrogación y la inclusión de los bienes, en cuya titularidad se subroga, en sus inventarios.

En definitiva, para inscribir a favor de las CC. AA. los bienes que ya figuran previamente inscritos a nombre de las desaparecidas Hermandades Sindicales, deberá presentarse, en nuestra opinión desde luego, la copia del acta notarial de protocolización del acuerdo de subrogación, adoptado y formalizado reglamentariamente en el correspondiente Libro de Actas de la Entidad. Y si no se recoge en la misma copia, deberá acompañarse una relación de los bienes cuya inscripción se pide, solicitud que, según hemos visto en el apartado 1), debe hacerse expresamente. Esta relación de bienes no es preciso que sea notarial, pero creemos sería conveniente hacerla con referencia al inventario de bienes de la Cámara, en el que han debido incluirse anticipadamente, una vez adoptado el acuerdo de subrogación.

Otra solución al problema de la exigencia de forma pública podría ser el otorgamiento por los representantes legales de la respectiva Cámara

(*) El Decreto de 15 de septiembre de 1978, sobre cambios de titularidad resultantes de las transmisiones patrimoniales derivadas de la integración de las distintas Mutualidades de Funcionarios en la Mutualidad General (MUFACE), exige escritura pública (integradas por concierto) o acta notarial (integradas automáticamente) para la inscripción.

de una escritura del tipo de las llamadas «de adhesión» u otorgamientos por adhesión. Pero, aparte de que en la subrogación que venimos estudiando no se dan las exigencias que para ser posible la adhesión reclama la doctrina notarial más autorizada, al faltar esa escritura previa en la que se hace constar el negocio «ofrecido» por una de las partes, la escritura no sería instrumentalmente idónea porque no se trata de autorizar o dar fe de la prestación de un consentimiento, sino de dar fe de la existencia de un acuerdo en el que se recoge la voluntad corporativa en orden a la subrogación para su incorporación a un protocolo notarial. Y el instrumento idóneo es el acta notarial de protocolización de ese acuerdo.

5) *¿Debe cancelarse previamente la inscripción a favor de las Hermandades Sindicales?* O dicho de otro modo: ¿debe practicarse un asiento formal de cancelación que constate registralmente la extinción del derecho de las Hermandades Sindicales por desaparición de las mismas?

Con su habitual maestría, ROCA distingue entre la extinción del asiento y la extinción del derecho contenido en el mismo u objeto del mismo. Esto es lo que constata la cancelación esencialmente: la extinción en cuanto a terceros del derecho inscrito y la extinción del asiento tanto respecto de terceros como entre partes. Las causas generales de cancelación admitidas por la Ley Hipotecaria (art. 79: extinción del inmueble o del derecho inscrito o anotado, nulidad del título que dio lugar al asiento o nulidad del asiento mismo por falta de requisitos) no comprenden el caso de extinción de la personalidad del titular registral. Nosotros hemos mantenido que la subrogación legal excepcional dispuesta por el Decreto 1336/1977, de 2 de junio, implica una transferencia a las Cámaras Agrarias del dominio de determinados bienes y derechos. En este sentido, creemos también que la única operación registral a practicar es, precisamente, la inscripción de esa transferencia que, simplemente, como dice el propio ROCA, constata un cambio de titularidad, pero que no extingue totalmente la inscripción anterior y mucho menos extingue en cuanto a tercero el derecho registrado.

ANTONIO MANZANO SOLANO
Registrador de la Propiedad

NOTAS

La unificación de los recursos gubernativos contra la calificación del Registrador

I

Los recursos gubernativos que respectivamente pueden interponerse contra la calificación de los Registradores de la Propiedad (arts. 112 y siguientes del Reglamento Hipotecario, en adelante RH) y Mercantiles (artículos 49 y ss. del Reglamento del Registro Mercantil, en adelante RRM), presentan una sustancial identidad, que nada tiene de sorprendente, puesto que, como es bien sabido, el Registro Mercantil se organizó a partir de las coordenadas esenciales del preexistente Registro de la Propiedad. Idénticos son en ambos recursos, en efecto, la finalidad perseguida, el funcionario-calificador, las personas que pueden interponer el recurso y el órgano llamado, en definitiva, a resolverlo.

Pero sustancial y lógica, como decimos, la identidad entre uno y otro recurso es incompleta, existiendo entre ellos las siguientes diferencias:

A) Contado en todo caso desde la fecha de la nota de calificación, el plazo de interposición del recurso es de cuatro meses, cuando se recurre contra la calificación del Registrador de la Propiedad, y de dos meses, cuando se recurre contra la del Registrador Mercantil.

B) En el recurso contra la calificación de los Registradores de la Propiedad existen dos instancias: la primera, ante el Presidente de la Audiencia Territorial respectiva, que termina con el auto presidencial, y la segunda, de apelación, ante la Dirección General de los Registros y del Notariado. En el recurso contra la calificación de los Registradores Mercantiles existe, en cambio, una única instancia, ante la Dirección

General, precediendo al recurso una solicitud de reforma presentada al propio funcionario calificador y que éste resolverá mediante un acuerdo «claro, preciso y congruente», cuyo formato imita al del auto presidencial antes citado.

C) Por último, para resolver el recurso interpuesto contra la calificación de los Registradores de la Propiedad, la Dirección General no tiene señalado legalmente plazo alguno, mientras que, por su parte, el interpuesto contra la de los Registradores Mercantiles tendrá que resolverlo (art. 60 RRM) «en el más breve plazo posible, sin que exceda de tres meses a partir del día en que figuren o se incorporen en el expediente los documentos necesarios para fundar su decisión».

II

La razón de ser de tales diferencias es manifiesta: el RRM no se limitó en su momento a incorporar por simple transcripción el recurso que la legislación hipotecaria regulaba, sino que, sin alterar su esencia, la agilizó y aligeró, acortando el plazo de interposición, simplificando el procedimiento y estableciendo un término máximo de resolución. Ahora bien: ¿es que tal agilización no es también factible y deseable, en todo o en parte, respecto del recurso contra la calificación de los Registradores de la Propiedad? O dicho de otra manera: ¿no resultó el RRM imitador con tan buena fortuna que hoy merece ser, a su vez, imitado por el original?

Nadie lo discutirá, a buen seguro, en cuanto a la conveniencia de señalar a la Dirección General un término máximo para resolver. Y teniendo en cuenta las circunstancias de todo tipo y el número relativamente escaso de recursos ventilados anualmente, el de tres meses parece plazo suficiente y adecuado.

En cuanto a la procedencia de reducir el recurso a una única instancia, elevándolo directamente a la Dirección General, previa reposición ante el propio funcionario calificador, las opiniones serán, ciertamente, menos unánimes, pero creemos que la solución positiva se impondrá. La labor desarrollada por los Presidentes de las Audiencias Territoriales, ingrata en ocasiones y a veces, cuando la calificación se basa en razones de pura mecánica registral, verdaderamente difícil, ha sido en general extraordinariamente meritoria y destacable, constituyendo siempre un importante apoyo para la ulterior resolución del Centro Directivo (1). Pero, por otra parte, y puesto que, estadísticamente, parece obvio que pocos

(1) OGAYAR califica la actuación presidencial como depresiva (*Revista Crítica* de febrero de 1974).

recursos se detienen en esta primera instancia, decisivas razones de economía y celeridad abonan la tesis de la instancia única (2).

En cuanto al acortamiento del plazo señalado para la interposición del recurso, reduciéndolo de cuatro a dos meses, creemos asimismo que a todos o casi todos parecerá conveniente. De cualquier forma, es punto en el que resulta oportuno detenerse un momento.

III

Actualmente, la nota de suspensión o denegación puesta al pie de un documento por el Registrador de la Propiedad, puede ser recurrida en el plazo de cuatro meses, mediante un escrito dirigido al Presidente de la Audiencia Territorial, directamente o por conducto del Juez de Primera Instancia del Partido. Admitido el recurso, el Presidente lo pondrá, en el plazo de tres días, en conocimiento del Registrador, ordenándole que extienda las correspondientes notas marginales a los efectos del último párrafo del artículo 66 de la Ley (quedar en suspenso los términos del asiento de presentación y, en su caso, de la anotación preventiva practicada), lo que el Registrador hará seguidamente «si no hubieren caducado los asientos respectivos» (arts. 113 y 114 RH). A partir de aquí y dando por supuesto que, en la inmensa mayoría de los casos, interesará al recurrente mantener la vigencia del asiento de presentación que produjo en su día el título calificado, a fin de conservar la prioridad respecto de títulos que eventualmente puedan presentarse posteriormente y resulten parcial o totalmente incompatibles con el suyo, tenemos que:

1) Si la práctica del asiento pretendido ha sido suspendida, el interesado dispondrá efectivamente de cuatro meses para recurrir, pues dicho plazo resulta cubierto con exceso con el tiempo que reste de vigencia en cuanto al asiento de presentación, la anotación preventiva que pueda solicitar y su prórroga (hasta ciento ochenta días: art. 96 de la LH).

2) Pero si la práctica del asiento pretendido ha sido, por el contrario, denegada por estimar el Registrador que los defectos que se oponen a la misma son insubsanables, el interesado dispondrá de cuatro meses para interponer el recurso, pero sólo si lo interpone en el plazo que reste hasta los sesenta días, podrá el asiento de presentación mantenerse vivo hasta que se resuelva el recurso. Por tanto, con el plazo de interposición actual existe un grave desequilibrio entre los defectos señalados por el

(2) Siendo la actividad desplegada por los Registradores manifestación de una jurisdicción voluntaria, rechazamos la tesis de crear una Sala Especial en el Supremo (mismo autor y Revista).

Registrador como subsanables e insubsanables, no sirviendo de nada, respecto de estos últimos, que la Dirección venga en su día a revocar la nota del Registrador, porque los títulos presentados en el interregno producirán todos sus efectos (arts. 66 LH, 52 RRM y Resolución de 22-3-1911).

De *lege ferenda* «podría ser la solución», que en todo caso se califique el defecto como insubsanable o subsanable, prorrogar automáticamente el asiento de presentación hasta que transcurra ese mismo plazo de dos meses contados desde la nota de calificación.

De *lege data*, lo único que puede hacerse es advertir a los interesados, expresando en la nota de calificación el plazo exacto de que disponen para interponer el recurso, si desean evitar la caducidad del asiento de presentación. Creemos que nada se opone a la inclusión de esta nota-diligencia, pues la discusión acerca de si las notas marginales se rigen por un sistema abierto o cerrado no pueden en modo alguno extenderse a las notas que se consignan al pie del documento (3). Por lo demás, la inclusión de dicha nota, sobre imponerla las elementales razones de equidad y justicia que deriven de lo expuesto, estaría acorde en todo con la función patriarcal del Registrador, cuya labor no puede quedar o dejarse reducida a una fría calificación de documentos, sino que debe atender en todo caso al asesoramiento y amparo de quienes acuden a la institución.

IV. CONCLUSIONES

Siguiendo el mismo esquema de estas notas, concluimos diciendo:

a) No tiene razón de ser la existencia de dos recursos gubernativos contra el mismo funcionario calificador.

b) Hay que eliminar el camino más largo, en aras de una mayor rapidez; por tanto, el regulado en el Reglamento del Registro Mercantil es el recurso a mantener.

c) Mantener el Centro Directivo como Órgano de Resolución, dado sus frecuentes aciertos doctrinales.

d) Prorrogar el asiento de presentación cuando se interponga un recurso, hasta el plazo de dos meses, cuyo cómputo inicial será la fecha de la nota de calificación, que debe constar al margen de dicho asiento.

e) Esta nueva prórroga del asiento de presentación no supondría ninguna novedad reglamentaria, pues aun siendo el motivo distinto se

(3) GÓMEZ-PAVÓN MARTÍNEZ (*Boletín del Colegio*, 137).

introdujo en la reforma de 17 de marzo de 1959 en el vigente artículo 97 del Reglamento Hipotecario.

f) Proponer, para proteger a quien acude al Registro y mantener el principio de prioridad en toda su pureza, la constatación de la notadiligencia, para advertir a los interesados las consecuencias que se pueden derivar por no interponer el recurso gubernativo durante la vigencia del asiento de presentación.

ELADIO BALLESTER
Registrador de la Propiedad

VIDA JURIDICA

Tres experiencias manresanas*

Queridos compañeros:

Es para mí muy grato el dirigirme a vosotros en esta ocasión, y tengo por seguro que la debo no a propios merecimientos, sino a la amistad de JOSÉ M.^a CHICO, Director de este Seminario.

Precisamente la conciencia de mis escasas fuerzas me obliga a hacer una rectificación inicial. Esto que vais a escuchar no va a ser una conferencia en el sentido usual de la palabra; no esperéis de mí profundidad doctrinal ni prolijas citas jurisprudenciales. Se va a tratar de una simple charla en la que procuraré exponeros tres casos vividos en el Registro de Manresa; tres problemas resueltos o en vías de serlo.

El primero de los problemas lo podríamos titular así:

1. LA RESOLUCION DE 11 DE FEBRERO DE 1977

Esta Resolución declaró inscribible un documento presentado en el Registro de Manresa y calificado mediante nota puesta por el que os habla.

El problema planteado era el de si la mujer casada puede, después de la Ley de 2 de mayo de 1975, comprar bienes inmuebles sin consentimiento de su marido, cuando el dinero con el que se paga el precio de la compraventa es ganancial o presuntivamente ganancial. El planteamiento del tema está tomado de la excelente conferencia de MANUEL AMORÓS GUARDIOLA en el Colegio Nacional de Registradores el 24 de febrero de 1977.

Se parte de la base de que la administración de los bienes gananciales corresponde al marido y de que no se ha pactado en capitulaciones

(*) Conferencia pronunciada en la Delegación de Barcelona del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad el 26 de abril de 1977.

otra cosa, sin que corresponda a la mujer esa administración por ley, ya que no se han de aplicar los artículos 225 y 1.441 del Código, ni tampoco se le haya atribuido judicialmente; en una palabra, partimos de la hipótesis de que la mujer no es administradora de los bienes gananciales.

Antes de la reforma de la Ley de 2 de mayo de 1975 se estimaba que los actos de adquisición realizados por la mujer casada necesitaban de la licencia del marido, ya que, según el artículo 61 antiguo, «tampoco puede la mujer, sin licencia o poder de su marido, adquirir por título oneroso ni lucrativo, enajenar sus bienes, ni obligarse, sino en los casos y con las limitaciones establecidas por la Ley». Al faltar la licencia, el acto era anulable de acuerdo con los artículos 65 y 1.301, según los cuales sólo el marido y sus herederos podían impugnar la validez de esas compras. Desde el punto de vista del Registro de la Propiedad, funcionaba el artículo 94 del Reglamento Hipotecario, y se practicaba la inscripción haciendo constar en ella la falta de licencia.

Publicada la reforma de 1975, la licencia marital ha sido radicalmente suprimida. Así resulta del nuevo texto de los artículos 60, 61, 62, 63, 65, 237, 893, 995, 1.301, 1.361, 1.367, 1.442 y 1.444, así como de la Exposición de Motivos: «base esencial de la nueva ordenación es la de que el matrimonio no tiene un sentido restrictivo respecto a la capacidad de obrar de los cónyuges. En consecuencia, ninguno de ellos ostenta una representación derivada de la voluntad. Corolario obligado es también que cada uno de los consortes puede realizar los actos jurídicos y ejercitar los derechos que le corresponden con carácter privativo o exclusivo..., limitándose la reforma a referirse globalmente y en abstracto a los casos en que las Leyes exijan que cada cónyuge deba actuar con el consentimiento de su consorte. Se recoge en este punto la diferencia teórica, hoy admitida con carácter general, entre el consentimiento, que versa sobre actos o negocios jurídicos de carácter común, y la licencia que, como complemento de capacidad, tiene por objeto los actos o derechos privativos... se suprimen las licencias».

Ante tan claras palabras, no creemos se pueda interpretar la reforma pensando que la licencia suprimida se refiere sólo a la actuación de la mujer respecto de sus bienes parafernales. Por el contrario, hay que entender, de acuerdo con la finalidad de las nuevas normas y de acuerdo también con su propio inspirador de que el matrimonio no restringe la capacidad de obrar de ninguno de los cónyuges, que esa supresión de la licencia se refiere a todos los supuestos en los que la mujer necesitaba de ese complemento de capacidad para realizar con plena eficacia un acto jurídico, sea cual fuere éste y los bienes a los que afectare.

Después de aclarado esto, surge la duda de si la mujer podrá realizar por sí sola compras de bienes inmuebles con dinero presuntivamente ganancial, o bien necesitará para ello el consentimiento de su marido, por las facultades que a éste se le reconocen en el régimen de la comunidad conyugal. La cuestión surge a la luz precisamente al desaparecer el requisito de la licencia. En efecto, durante el largo período de vigencia de ésta estaba claro que el marido debía interponerla y consentir el acto de su mujer, de suerte que, por la doctrina de los actos propios ya no podría luego oponerse a él o impugnarlo. Si se estima, como nosotros estimamos, en todo caso necesario el consentimiento del marido, esto equivale a reconocer que la anterior concesión de licencia implicaba o llevaba consigo, precisamente por la doctrina citada, el acto de prestación del consentimiento, que ahora quedaría vigente. Lo que ocurría era que, existiendo la clara necesidad de la licencia, no se habían deslindado suficientemente una y otra declaración de voluntad, la necesaria para prestar la licencia y la propiamente encaminada a consentir el acto de adquisición realizado por la mujer. Estaba manifiesto que una y otra no podían ser contradictorias y se estimaba que la segunda estaba implícita en la primera. De ahí que en la realidad práctica se admitiera que estos actos eran anulables e incluso inscribibles con limitaciones.

Tal es el punto de partida del problema que ahora queda planteado en toda su agudeza al suprimirse la licencia. La cuestión tiene una indudable trascendencia práctica no menos que una importante repercusión registral.

Limitándonos al caso esbozado de que compre la mujer, que no le corresponda a ella la administración de los bienes gananciales, que no intervenga el marido, que el dinero sea ganancial o presuntivamente ganancial y que se pague el precio al contado, el problema así planteado puede ser enfocado desde dos puntos de vista que conducen a soluciones contradictorias:

A) Si se piensa que el acto de comprar con dinero ganancial es un acto de administración y que el Código atribuye la administración de gananciales al marido, según los artículos 1.412 y 59, se deduce que la mujer no podrá por sí sola realizar la compra y necesitará el consentimiento de su marido para que sea válida y eficaz. El acto así realizado por solo la mujer será más o menos ineficaz, siendo calificado de incompleto, nulo o anulable, y no podrá llegar al Registro, o si llega a admitirse su inscripción, ésta reflejará una relación jurídica, cuando menos, anulable y susceptible de impugnación.

B) Por el contrario, si se tiene en cuenta que la mujer casada dispone en la práctica de sumas de dinero que deben considerarse presun-

tivamente gananciales, que la Ley de 2 de mayo de 1975 ha suprimido la licencia marital y declarado en el artículo 62 que el matrimonio no restringe la capacidad de obrar de ninguno de los cónyuges, y que la reforma está inspirada en el principio de igualdad jurídica de aquéllos, es posible llegar a la conclusión de que la mujer casada puede comprar inmuebles en las condiciones dichas sin consentimiento de su marido, siendo el acto así realizado válido, eficaz e inscribible.

Dentro de este esquema lógico, el tema ha suscitado una bibliografía que puede calificarse de abundante, pese al breve tiempo transcurrido desde la publicación de la Ley de 2 de mayo de 1975. Ha sido tratado por Notarios como Manuel de Cámara, Angel Sanz y Rodríguez Adrados, y por Registradores como Pedro Avila, Luis de la Haza, Poveda Díaz, José Manuel García y Sergio Saavedra.

Quizá pudiéramos resumir las teorías y opiniones expuestas en tres grupos:

A) Tesis según la cual es necesario el consentimiento expreso del marido para la validez y eficacia de las compras hechas por mujer casada con dinero ganancial.

Mientras no exista ese consentimiento, la compra es un acto nulo, incompleto, ineficaz; un acto en vías de formación, pero aún no completado ni jurídicamente eficaz.

B) Tesis según la cual es igualmente preciso el consentimiento del marido para la plena eficacia del acto, pero estimando la falta del mismo como causa de anulabilidad.

Mientras no exista ese consentimiento, la compra es un acto anulable inicialmente válido, aunque sometido a la posible impugnación del marido o de sus herederos, según los artículos 65 y 1.301 reformados. Desde el punto de vista del Registro de la Propiedad cabe aquí una subclasificación, según que se rechace la inscripción por tratarse de un acto no plenamente eficaz o bien que se permita al amparo del artículo 94 del Reglamento Hipotecario, haciendo constar en el asiento esa falta de consentimiento que puede provocar la impugnación ulterior.

C) Tesis según la cual es plenamente válida y eficaz la compra por mujer casada sin intervención del marido, aunque se pague el precio de presente con dinero ganancial o presuntivamente ganancial.

La consecuencia que sigue es que el acto es inscribible sin restricciones y debe practicarse el asiento conforme a la regla primera del artículo 95 del Reglamento Hipotecario.

Desde el punto de vista de la jurisprudencia hipotecaria huelga decir, por sabido, que el tema se plantea por primera vez ante la nota de suspensión puesta en el Registro número 7 de Madrid a una escritura de

Antonio Rodríguez Adrados, que motiva la Resolución de 8 de febrero de 1977. En ella se acepta decididamente la última de las tesis expuestas, concluyendo que «son válidas las adquisiciones hechas por la mujer por sí sola con precio al contado, bien sean para su patrimonio privativo o bien para el ganancial».

Esta doctrina es reiterada por la Resolución de 11 de febrero, que constituye la primera de las experiencias que quería exponeros, puesto que, como ya he dicho, el documento que la motivó fue calificado y la nota firmada por el que os habla.

Realmente el problema que se planteó en Manresa era, en esencia, idéntico al de Madrid, pero no dejó de ofrecer algunas diferencias accidentales.

En primer lugar, mi nota fue de denegación, y la del Registro número 7, de suspensión.

Después, el Notario autorizante de la escritura, Antonio Roldán, había recabado previamente el consentimiento del marido; con este complemento, la escritura se inscribió en Manresa y sólo posteriormente planteó el recurso a efectos doctrinales, comentándome en privado que tenía una escasa fe en sus probabilidades de éxito.

Por otra parte, en la tramitación del recurso cobró un inusitado relieve la afirmación, hecha en mi nota, de que «con esta calificación está conforme mi cotitular, don José Ignacio Infante Miguel-Motta». En el escrito de interposición del recurso, el Notario aseveró que había querido utilizar como argumento de autoridad la opinión de mi cotitular y que, además, esta frase era una muestra de la vacilación experimentada al calificar.

Tan sorprendente análisis del párrafo C) del artículo 485 del Reglamento Hipotecario, regulador del régimen de los Registros en división personal, como es Manresa, me obligó a afirmar en el informe emitido que no había pretendido utilizar argumento de autoridad alguno, con ser muchas las cualidades científicas y profesionales que adornan a mi cotitular, señor Infante, y que mucho menos podía deducirse la vacilación que apreciaba el recurrente, sino que se trataba sencillamente de la aplicación del artículo y párrafo citados, tema que no guardaba relación alguna con lo que se discutía en el recurso.

Pero no pararon aquí las consecuencias de mi inocente referencia a José Ignacio Infante, ya que el Presidente de la Audiencia, en el auto en que resolvió en primera instancia el recurso, declaró, en la parte dispositiva, «improcedente el último párrafo de la nota referido al cotitular registral que no la firma», declaración tanto más sorprendente cuanto que en los resultandos y considerandos del auto no pude encontrar el más mínimo razonamiento que la justificara.

Como no podía menos de ser, la Dirección, en el último considerando de la Resolución de 11 de febrero, sienta la doctrina correcta referente a la aplicabilidad al caso del artículo 485, párrafo C.

Esta fue la única peculiaridad del recurso de Manresa resuelta expresamente por la Dirección. Las demás son omitidas en los considerandos de la resolución calendada; así, echo de menos una refutación expresa a los argumentos y solución aplicada por el Presidente de la Audiencia, que había declarado que el defecto, por mí calificado como insubsanable, en realidad era subsanable; también faltan criterios acerca del artículo 63 reformado del Código y 94 del Reglamento Hipotecario, que habían sido objeto de abundante debate en la tramitación del recurso; y, sobre todo, doctrina clara acerca del tema de la distinción entre faltas subsanables e insubsanables.

Para cerrar el estudio de este asunto, no quiero dejar de ofreceros un juicio crítico acerca de la solución dada al problema de fondo planteado. Podría resumir mi opinión diciendo que estas Resoluciones llegan a una consecuencia acertada por un camino totalmente equivocado. En efecto, me parece claro que la Ley de 2 de mayo de 1975 no se propuso reformar el régimen de la sociedad de gananciales, sino tan sólo suprimir la licencia marital. Bien palmariamente lo expresa su Exposición de Motivos cuando dice: «como no se ha albergado el propósito de alterar el régimen de las comunidades conyugales, nada se ha estatuido acerca de ellas». Pero la supresión de la licencia marital pone al descubierto, conforme antes hemos dicho, el problema de la capacidad y legitimación de la mujer casada para adquirir bienes inmuebles. Juega, además, indiscutiblemente, un importante factor de carácter sociológico y político, representado por el movimiento feminista, que trata, con razón, de equiparar en el plano jurídico a ambos sexos.

La consecuencia es que no resulta, política ni sociológicamente, conveniente una aplicación pura y simple del Código, texto que clarísimamente establece en el artículo 1.412 que el marido es el administrador de la sociedad de gananciales. Los juristas se creen en la obligación de realizar un enorme esfuerzo interpretativo no ya del Código de 1889, sino de la Ley de 2 de mayo de 1975, publicada aún no hace dos años. Y el resultado es que se resuelve así, por una vía indirecta y jurisprudencial, un problema que los redactores de esta ley, desde luego, no quisieron tocar.

Mucho mejor hubiera sido que el tema genérico de comunidad de bienes en el matrimonio hubiera sido objeto de una nueva regulación legal en la que, no lo dudamos, se habría atribuido a la mujer y al marido una potestad compartida en la adquisición y enajenación de bienes gananciales. Esta es la solución correcta que recoge o recogerá el papel

de igualdad que la mujer desempeña actualmente en la vida profesional, económica y social, llevándolo al campo jurídico.

De otra parte, en la futura regulación legal habrá de abordarse también el grave problema que, por definición, queda fuera de las Resoluciones que comentamos, y que no es otro que el de proveer de salida a los supuestos de disparidad de criterios entre los cónyuges para la realización de los actos adquisitivos: algo análogo a lo dispuesto en el artículo 1.413, reformado el 24 de abril de 1958 para los dispositivos.

En resumen, la consecuencia a que llega la Resolución que comentamos es acertada, ya que la mujer debe tener facultades compartidas con el marido para la adquisición de bienes gananciales. Pero el procedimiento utilizado es equivocado. El tema debe ser objeto de una nueva regulación legal, sin que proceda forzar la interpretación de artículos no reformados por la Ley de 1975 (piénsese que esta Ley no ha tocado ninguno de los que cita la Dirección en sus considerandos) para hacerles decir lo contrario de lo que se entendía que decían antes de dicha ley y para hacer a ésta resolver un problema que expresamente no quiso tocar.

2. EL ELEMENTO PROCOMUNAL

Al Registro de Manresa se presentó escritura otorgada por determinado promotor, en la que declaró la obra nueva realizada sobre un terreno de su propiedad, consistente en la construcción de un edificio, llamado Montseny, que consta de planta baja, en parte de la cual existe la vivienda del portero, y cuatro plantas más, integradas por 32 apartamentos.

En dicha escritura, el compareciente dividió la total finca y la constituyó en régimen de propiedad horizontal, resultando 33 entidades, de las que la número uno, aparte de detalles que no interesan aquí, se describía así: «un local bajo integrante de toda la planta baja del edificio llamado Montseny...: tiene acceso por la parte principal y ocupa 522 metros, de los cuales se destinan 75 a vivienda del portero, seis a un cuarto para transformador de energía eléctrica, siete a un cuarto de luces y el resto para *hall* y otros destinos». Después de dar los linderos, le atribuía un coeficiente del 32 por 100.

En otro apartado de dicha escritura se consignó lo siguiente: «como consecuencia de la parcelación que precede serán elementos comunes del edificio matriz los que establece el artículo 396 del Código Civil, por cuyas normas y las de la Ley de 21 de julio de 1960 se registrá la comu-

nidad de copropietarios de las fincas en que se ha dividido el inmueble. La planta baja del edificio matriz Montseny será propiedad de la comunidad de copropietarios del mismo, que podrá destinarlo bien para aparcamientos o bien para solaz de ellos y sus familiares».

En consecuencia, el promotor adjudicó en propiedad, en la repetida escritura, la entidad número uno, antes descrita, a la comunidad de propietarios de la total finca denominada edificio Montseny.

Resultaba claro que en tales términos no podía practicarse la inscripción, por lo cual el promotor aclaró y rectificó la escritura de que venimos hablando mediante otra, otorgada ante el mismo Notario, según allí se expresa, «únicamente en cuanto hace referencia a la entidad número uno, en el sentido de que dicha entidad es elemento procomunal del total inmueble y, por tanto, pertenece a los propietarios que en cada momento lo sean de los restantes 32 departamentos que integran la total finca, en la proporción de una treintaidosava parte indivisa cada uno, esto es, por partes iguales, por razón al disfrute del expresado elemento procomunal. Tal participación formará parte integrante de cada apartamento como derecho accesorio, inherente e inseparable del mismo, por lo que en el futuro en toda cesión, venta, enajenación o gravamen, por cualquier título, de los 32 apartamentos, se comprenderán los derechos accesorios e inherentes en las cosas comunes del total inmueble y en especial la participación de una treintaidosava parte en el elemento procomunal que es el local de la planta baja, o sea, la entidad número uno. La comunidad de propietarios del edificio Montseny podrá destinar este local para aparcamiento de vehículos o bien para solaz de los propietarios y sus familiares y otros usos».

Hasta aquí las estructuras presentadas. Quizá fuera conveniente, para hallar la solución óptima al caso planteado, rememorar unos conceptos básicos del tema de la propiedad horizontal.

A) *Elementos privativos*

El artículo 396 del Código los define como pisos o locales de un edificio, o partes de ellos, susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común de aquél o a la vía pública. Y el artículo 3 de la Ley de 21 de julio de 1960 nos habla de un espacio suficientemente delimitado de aprovechamiento independiente, con los elementos arquitectónicos e instalaciones de todas clases, aparentes o no, que estén comprendidos dentro de sus límites y sirvan exclusivamente al propietario.

B) *Elementos comunes*

Siguiendo al artículo 396, los podemos definir como aquellos elementos del edificio necesarios para el adecuado uso y disfrute de los departamentos del mismo susceptibles de dominio y aprovechamiento independiente. Enumera, *ad exemplum*, suelo, vuelo, cimentaciones, pasos, muros, fosos, patios, pozos, escaleras, porterías, ascensores, corredores, cubiertas, canalizaciones y servidumbres.

Está claro, en la Ley de Propiedad Horizontal, que la propiedad privativa de los pisos y locales lleva inherente un derecho de copropiedad sobre los elementos comunes; no vamos a entrar en el examen de su naturaleza jurídica.

Entendemos que son características de los elementos comunes las siguientes:

1.^a Están en recíproca dependencia con los elementos privativos, cumpliendo una función o servicio y subordinados a éstos por la finalidad que cumplen, sin que ello quiera decir que se trate de elementos accesorios.

2.^a Su número no puede ser determinado en forma abstracta, ya que su existencia depende de las características físicas y arquitectónicas del edificio.

3.^a Salvo pacto en contrario, los elementos utilizados en común deben considerarse elementos comunes. Sólo el título constitutivo de la propiedad horizontal es prueba de que un elemento, al parecer común, es privativo.

4.^a Son inseparables de los elementos privativos.

5.^a Son indivisibles.

La clasificación más interesante, desde nuestro punto de vista, de los elementos comunes, es aquélla que distingue los que lo son por naturaleza y los que lo son por destino o afectación. Esta idea, ya explícita en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1965, es recogida por CÁMARA, que precisa que dentro de los primeros deben incluirse los enumerados en el artículo 396 y, en general, todos los que sean necesarios para el adecuado uso y funcionamiento del edificio.

Y dentro de los elementos comunes por destino o afectación subdistingue, de una parte, los que sólo podrían ser objetivamente un anejo, por haberlo así determinado el título, como, por ejemplo, los aparcamientos exteriores, y, de otra parte, aquellas partes privativas que podrían serlo dada su naturaleza y conformación, pero que carecen de tal condición y son, por tanto, elementos comunes, bien porque el título así lo dispone, bien porque al no constar en el mismo como departamentos

autónomos deben considerarse elementos comunes por consecuencia del carácter expansivo de estos últimos, a que antes nos hemos referido; así, por ejemplo, la vivienda del portero.

C) *Anejos*

Por anejos hemos de entender las dependencias situadas fuera del departamento propiamente dicho y subordinadas al mismo en cuanto que desempeñan una función auxiliar o complementaria al servicio exclusivo del propietario; así, por ejemplo, un cuarto trastero.

D) *Elementos procomunales*

La existencia de estos elementos, cuya denominación fue acuñada por MONET, se deriva del último inciso del artículo 4.º de la ley, cuando al hablar de la acción de división y considerarla aplicable a cada propietario proindiviso de un piso o local determinado, exceptúa el supuesto de que la indivisión haya sido establecida de intento para el servicio o utilidad común de todos los copropietarios.

El régimen jurídico de estos departamentos o elementos procomunales no resulta demasiado claro. El único dato cierto es que respecto de ellos no cabe la *actio communi dividundo*; lo demás es dudoso. No está determinado si han de pertenecer a los propietarios en la misma proporción que la expresada por su coeficiente general de participación en el inmueble o si pueden pertenecerles en otra proporción distinta. Tampoco se dice si, a su vez, los departamentos procomunales tienen que tener un coeficiente. Y no se aclara si la titularidad sobre el departamento procomunal será siempre inherente a la propiedad de los departamentos privativos.

En la doctrina prevalece esta última opinión, dentro de una tendencia general a aproximar la titularidad del elemento procomunal a la que se ostenta sobre los comunes. Consecuentemente, se estima que la propiedad del departamento procomunal está ligada *ob rem* a la titularidad sobre el piso o local privativo y en función del coeficiente que corresponde a estos últimos.

El punto más discutido es el de si debe asignarse a estos elementos procomunales un coeficiente particular. Algunos así lo piensan, con el fin de distinguirlo de los elementos comunes, pues el hecho de que sea objetivamente susceptible de aprovechamiento independiente es circunstancia que se da también en algunos elementos de esta clase, como, por ejemplo, la vivienda del portero.

Volviendo al caso planteado, es evidente que el departamento número uno del edificio Montseny podría ser configurado o bien como elemento procomunal, que es la solución que utiliza el Notario, o bien como elemento común por destino. Veremos seguidamente algunas consecuencias de una u otra configuración, partiendo de la base de que las inscripciones se habrían de practicar por la vía del número 5 del artículo 8.º de la Ley Hipotecaria, es decir, abriendo folios separados a cada uno de los departamentos o pisos.

A nuestro juicio, el quid de la cuestión radica en la duda de que antes hemos hablado, de si debe asignarse un coeficiente particular al elemento procomunal. El hacerlo así obliga a configurarlo como finca independiente, con su número y descripción adecuada, y con su inscripción a nombre de, en nuestro caso, los 32 titulares de los restantes apartamentos, haciendo constar igualmente en el asiento y en el acta de inscripción la conexión *ob rem* entre la titularidad de éstos y la de aquél.

Realmente, no vemos ventaja alguna en semejante proceder, ni desde el punto de vista práctico, ya que tal asiento y sistema fácilmente darán lugar a errores presentes o futuros, ni desde el plano lógico y jurídico. Nos parece mucho más sencillo y claro configurar este pretendido departamento número uno como lo que en realidad es, es decir, algo inherente a toda finca, llámese elemento común por destino o bien elemento procomunal sin cuota. No tiene sentido abrirle un folio independiente, sino que su lugar adecuado es el de la finca matriz, en el que como una regla más del estatuto, deberá describirse adecuadamente, sin darle número ni coeficiente, pero sí aclarando su destino y afectación comunes y su indivisibilidad. Eliminamos así un prolijo asiento a nombre, en mi caso de unos 60 titulares, dado el régimen de separación de bienes usualmente empleado en esta región, y que, como es lógico, podrían haber sido varios centenares. Desaparece también la necesidad de distinguir cuidadosamente, en los libros, entre la comunidad romana y la titularidad *ob rem* y hacemos imposible, por último, el olvido en transmisiones ulteriores, de la cuota de la planta baja inherente al apartamento vendido. Estas son las ventajas de la solución que propugnamos.

Hasta aquí, el tema planteado en el Registro de Manresa. Dada su evidente conexión con él, quería a continuación exponer, esquemáticamente, las posibles configuraciones de la propiedad de las plazas de garaje. En principio creo que caben tres enfoques distintos: o bien cada una de las plazas de garaje constituirá una finca registral independiente, o bien toda la planta destinada a garaje constituirá una finca registral independiente, atribuida conjuntamente a los titulares de las plazas, o bien, por último, toda la planta destinada a garaje constituirá un elemento común del edificio.

A) Cada una de las plazas de garaje constituyen una finca registral independiente.

En principio, esta es la solución más sencilla. En el título constitutivo se describirán, una por una, las plazas, con su cabida, linderos, cuota de participación y número.

No hay dificultad para aceptar esta solución cuando las plazas estén constituidas por zonas cerradas; es más dudoso el asunto cuando, simplemente, estén grafiadas en el suelo; creemos, con MONET, que la delimitación que pide la Ley de Propiedad Horizontal se obtiene suficientemente con ese grafiado.

En cuanto al régimen jurídico, será el general de la Ley de Propiedad Horizontal. La puerta, rampa, zonas de acceso y maniobra y otras análogas serán elementos comunes del edificio. Las reglas de uso y disposición de tales plazas serán las generales de cualquier otra finca sometida al régimen de propiedad horizontal y, por tanto, no habrá retracto.

B) Toda la planta destinada a garaje constituye una finca registral independiente.

En este caso, si los otorgantes del título constitutivo de la propiedad horizontal son los dueños del edificio, se adjudicarán esta entidad por cuotas indivisas; si se trata de propietario único, enajenará posteriormente dichas cuotas, a medida que se vayan vendiendo los pisos.

En cuanto al régimen jurídico, será el de la comunidad de bienes regulado en los artículos 392 y siguientes del Código Civil. Por aplicación del 14 de la Ley de Propiedad Horizontal, los copropietarios deberán nombrar un representante para que concurra a las juntas generales del edificio.

Se siguen también las importantes consecuencias de que, siendo el régimen el del Código, en caso de enajenación se producirá el retracto del artículo 1.522 y, en todo caso, procederá la acción de división del artículo 400. Uno y otra constituyen dos graves inconvenientes, que suelen eliminarse en la práctica mediante un pacto especial y expreso.

Y con el mismo fin, dentro del régimen jurídico general que examinamos de planta de garaje como finca registral independiente, pueden pactarse algunas variantes. Así:

Primero: Comunidad prodiviso.

En este caso, los condóminos convienen que la comunidad entre ellos existente se transforme en comunidad prodiviso, es decir, que cada una de las cuotas atribuya el exclusivo goce y utilización de una plaza o zona numerada y grafiada en el suelo. Este pacto es perfectamente lícito al amparo del régimen general de libertad del artículo 392 del Código y, en especial, de la referencia del último párrafo del 398. Naturalmente

exige acuerdo unánime, capacidad para enajenar, otorgamiento de escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad, si ha de afectar a tercero. En cuanto a sus efectos, cada comunero sigue teniendo la facultad de enajenar o ceder su derecho, lo que implicará la cesión de la plaza concreta que se le hubiera adjudicado, con la importante consecuencia de que no procederá ya la acción de retracto ni tampoco la de división.

Segundo: Elemento procomunal.

Ya hemos hablado de su concepto. El problema principal que plantea la aplicación a este caso de las ideas expuestas es el de la titularidad *ob rem*. Consecuencia ineludible de ella es la de que los comuneros han de ser los propietarios de entidades del edificio, todos ellos y sólo ellos. Se produce una unidad inescindible entre propiedad de vivienda o local y propiedad de cuota del local procomunal que atribuye la plaza de garaje. La venta de aquélla implica la de ésta. Por tanto, esta solución imposibilita el tráfico jurídico de las plazas de garaje como independientes de los pisos o locales.

No hay que repetir aquí lo antes dicho: entendemos que el elemento procomunal no debe configurarse como finca independiente con coeficiente específico, sino que su lugar adecuado es el folio matriz y su régimen jurídico ha de constar en el estatuto, tanto si se le mantiene ese nombre como si se le da el quizá más adecuado de elemento común por destino.

Veamos, por último, el tercero de los enfoques que cabía dar a este tema de los garajes, a saber:

C) Toda la planta destinada a garaje constituye un elemento común del edificio.

En este planteamiento se considera la planta destinada al garaje como un elemento común más del edificio. El derecho de los dueños de las entidades se proyecta sobre él por medio de su cuota.

Representa las ventajas de su sencillez, desaparición del retracto y de la acción de división. No hace posible, en cambio, la cesión a terceros, con independencia de la propiedad del piso o local.

En cuanto a la utilización, en principio ha de ser indiscriminada. Para evitarla, MONET propone dos sistemas: el uno, acuerdo de la junta dividiendo el uso del local en plazas, adscribiéndolas a los titulares respectivos de las viviendas o locales. El otro sistema, a nuestro juicio preferible, consiste en adscribir dichas plazas como anejos a cada una de las entidades.

En resumen, para terminar esta problemática general del régimen de la propiedad horizontal de las plazas de garaje, daremos nuestra opinión en los siguientes términos:

— Si se desea que exista un tráfico jurídico de tales plazas como independiente del de los pisos o locales, juzgamos preferible configurar la planta de garaje como finca registral independiente, atribuirle por cuotas indivisas a los diversos titulares y pactar la comunidad prodiviso.

— Si, por el contrario, se desea que el tráfico jurídico de las plazas esté siempre conectado al de los pisos o locales, juzgamos preferible configurar la planta de garaje como elemento común por destino, pudiéndose o no concretar cada uno de los espacios como accesorio de un piso o local.

3. EL USUFRUCTO DEL CONYUGE VIUDO

Es bien sabido que el artículo 250 de la Compilación Catalana establece que «el viudo o la viuda a quien su difunto consorte no le hubiese otorgado disposición alguna por causa de muerte en codicilo o en capitulación matrimonial, adquirirá por ministerio de la Ley libre de fianza en la sucesión abintestato de éste el usufructo de la mitad de la herencia, si los herederos abintestato son descendientes o ascendientes legítimos del difunto, y el usufructo sobre la totalidad en los demás casos».

Empecemos por sentar una afirmación básica: a nuestro juicio, el derecho que este artículo reconoce al cónyuge viudo tiene la naturaleza genérica de la legítima, y ofrece la peculiaridad de que se produce sólo en la sucesión intestada, al contrario que lo que sucede en el régimen común, en el que, normalmente, la legítima, que es un freno a la voluntad de testar, existirá solamente en la sucesión de esta clase; excepcionalmente, la legítima del cónyuge viudo abarca una y otra clase de sucesión, pero en derecho catalán comprende sólo la intestada.

Una vez aclarado esto, la duda que surge es la de la posible aplicación a esta legítima de las reglas del artículo 15 de la Ley Hipotecaria. En efecto, la práctica en el Registro de Manresa, antes de mi toma de posesión, consistía en lo siguiente: cuando se presentaba a inscripción una escritura de inventario en la que comparecían, además de los herederos abintestato, el cónyuge viudo, que aceptaba su cuota legal usufructuaria, se practicaba una inscripción ordinaria, en cuanto al usufructo de una mitad indivisa a favor del cónyuge, y el resto a favor del heredero o herederos. Pero cuando en el inventario solamente comparecían estos últimos, lo que es muy frecuente allí, se inscribía la totalidad del dominio de la finca a favor de ellos, haciendo reserva expresa de la cuota usufructuaria, tanto en el asiento como en el acta de inscripción, a favor del cónyuge viudo. Y así como, en el primer caso, la extinción del usufructo se practicaba por medio de inscripción, en el segundo, se ponía una simple nota marginal. En resumen, este sistema representaba

algo análogo, por no decir idéntico, a la forma de operar en el caso de una legítima ordinaria, como puede ser la de un hijo.

Para confirmar o no la corrección de semejante método, creemos que deben traerse a colación, y nunca mejor empleada la palabra, algunos conceptos básicos.

A) Sistemas legislativos en orden a la naturaleza jurídica de la legítima.

El Derecho Histórico y Comparado nos ofrece los siguientes sistemas de protección al legitimario:

1) Llamamiento directo de la Ley.

La Ley prescinde de la voluntad del testador, y atribuye directamente, por expresa delación legal, una parte del haber a los legitimarios.

Es el sistema de la reserva germánica: en principio todo el patrimonio es indisponible, y sólo de modo excepcional se permite que el testador disponga de una parte. El resto sigue vinculado o reservado a los herederos de sangre, que están designados por la Ley. De ahí que cuando se admitió el testamento solamente servía para ordenar legados.

En cambio, en Derecho Romano, en principio todo el patrimonio era disponible por testamento y sólo como algo excepcional surge la *portio debita*, límite a la libertad del testador, consistente en la obligación de destinar una parte a los legitimarios.

Caben dos variantes dentro del sistema de llamamiento legal:

a) La legítima es una porción forzosa de la sucesión intestada (Francia), de tal modo que los herederos legales solamente pueden ser privados por el testador de una parte del haber que les correspondería abintestado, pues el resto es indisponible.

b) La legítima se defiende por un *tertium genus* de delación, distinto de la testada y de la intestada (doctrina italiana). A su vez cabe distinguir aquí dos variedades, según que ese llamamiento legal autónomo lo sea a título de herencia o de legado.

2) Derecho de crédito contra la herencia.

Es el sistema opuesto al de llamamiento legal. El legitimario tan sólo tiene un derecho personal para obtener una suma de dinero, calculada en proporción al valor de la herencia en el momento de la apertura de la sucesión. La Ley no llama al legitimario, ni siquiera le concede el derecho de ser heredero o condómino, sino, a lo sumo, un derecho de garantía sobre la herencia para la seguridad de su crédito.

3) Freno a la libertad de testar.

La Ley impone un deber jurídico al testador para que disponga de parte de sus bienes en favor de los legitimarios; y si aquél incumple este

deber, la Ley no llama directamente a los favorecidos, sino que declara nula, total o parcialmente, la institución de heredero hecha por el testador, con lo que se provoca la apertura de la sucesión intestada. Si el legitimario no resulta perjudicado por la institución de heredero, sino por donaciones o legados, la Ley decreta su reducción o anulación. VALLET dice que en este sistema la regulación de las legítimas ofrece dos aspectos: uno contable, para señalar el valor mínimo que debe recibir el legitimario, y otro normativo, para establecer normas protectoras aplicables cuando el testador infringe el deber que le impone la Ley.

Caben cuatro variantes dentro del sistema de freno:

a) El testador tiene el deber de atribuir la legítima a título de herencia; nótese que no se trata de un llamamiento legal propiamente dicho, sino que la Ley impone el deber de efectuarlo al testador, y si esto no lo cumple, se abrirá la sucesión intestada. Es el régimen de la Novela 115 de Justiniano y de las Partidas.

b) El testador tiene el deber de atribuir a los legitimarios bienes de la herencia, hasta alcanzar una porción del activo líquido prefijada legalmente.

c) El testador tiene el deber indicado en el apartado b), pero él o el heredero pueden hacer efectiva la legítima en dinero extrahereditario. Es el régimen del artículo 137 de la Compilación Catalana.

d) Legítimas meramente simbólicas, como las de Navarra y Alava.

B) Sistema del Código Civil.

Los tratadistas inmediatamente posteriores al Código (MANRESA, MUCIUS SCAEVOLA, VALVERDE y SÁNCHEZ ROMÁN) sostuvieron que el legitimario era heredero, basándose en la locución, repetida en el Código «herederos forzosos», y en el artículo 814.

A partir de 1920, primero DE BUEN y después CASTÁN sostienen que el cónyuge viudo y los hijos naturales, a pesar de ser legitimarios, no son herederos. Y con la publicación en 1943 de un trabajo sobre la materia de DÁVILA GARCÍA surgió una polémica sobre el tema que no puede darse por concluida hasta la aparición de los *Apuntes de Derecho Sucesorio* de VALLET en 1951, en los que llega a conclusiones hasta ahora definitivas.

a) No existe delación legal forzosa en favor de los legitimarios. El artículo 658 configura la sucesión intestada como algo que actúa supletoriamente, en caso de silencio del causante y también cuando falta la *voluntas testatoris* por haber quedado total o parcialmente anulada en los casos de preterición y desheredación. No se configura la sucesión intestada como una norma de derecho coactivo que imponga un heredero en contra de la voluntad del testador. El preterido y el injustamente des-

heredado perciben su legítima por sucesión intestada y no por una especial delación legal forzosa, que no existe.

Por otra parte, si la Ley directamente llamara al legitimario a una cuota hereditaria, en caso de preterición bastaría con declarar parcialmente la nulidad de la institución, para dejar hueco al preterido, coexistiendo el llamamiento intestado a su favor con el testamentario en favor de los instituidos. Pero esto solamente ocurre en la preterición del cónyuge viudo. En los demás casos el artículo 814 provoca la nulidad total de la institución, de modo que el legitimario no percibe su porción como tal, sino como sucesor abintestato.

Además, los artículos 609 y 658 establecen como modos de adquirir la sucesión testada y la intestada, y no hay referencia a un tercer artículo o título adquisitivo consistente en la sucesión forzosa.

En conclusión, no existe delación legitimaria forzosa, sino que nuestra legítima es de las de tipo freno o límite de la libertad dispositiva a título gratuito del causante. Existen dos excepciones: la acción de suplemento, que el Código regula con cierto carácter positivo, y la legítima viudal, que ofrece los siguientes rasgos:

— Consiste en una adquisición a título singular, pues la Ley atribuye al cónyuge un derecho de usufructo por tal concepto, tanto el Código en el artículo 834 como la Compilación en el 250 ya citado.

— Esta legítima se refiere directamente por la Ley: la preterición de este legitimario no anula la institución de heredero contenida en el testamento, sino que su derecho derivado de la Ley concurre con el que los instituidos deriven del testamento, según el artículo 814 del Código, y con el que se atribuye a los herederos abintestato en Derecho Catalán según el artículo 250 de la Compilación:

b) La legítima en derecho común no es *Pars Hereditatis*.

La mejor doctrina española moderna (VALLET, ROCA, PUIG BRUTAU) sienta la afirmación de que nuestra legítima no es *Pars Hereditatis*, ni el legitimario es necesariamente heredero, sino que aquélla puede dejarse por cualquier título (herencia, legado o donación). La legítima no tiene un contenido positivo, sino meramente negativo: de freno, límite o prohibición relativa de disponer a título gratuito, y el legitimario goza de una especial posición de tipo personal, de la que se derivan las siguientes facultades:

— La impugnabilidad total de la institución de heredero en caso de preterición, según el artículo 814, con la excepción, ya vista, del cónyuge viudo.

— La impugnabilidad parcial en caso de desheredación injusta, según el artículo 851.

— La acción de complemento en caso de atribución insuficiente sin incurrir en preterición, según el artículo 815.

— Las acciones de reducción de donaciones y legados inoficiosos.

— La nulidad de los gravámenes impuestos sobre la legítima, según el artículo 813.

— Desde el punto de vista formal, la legítima puede ser atribuida por cualquier título, herencia, legado o donación.

— Desde el punto de vista material, en derecho común la legítima es *pars bonorum*; en Derecho catalán es *pars valoris bonorum*, e implica una afección real de los bienes a su pago, al modo de una hipoteca. Esta tesis, ratificada por el artículo 15 de la Ley Hipotecaria, es recogida por el 140 de la Compilación. En Cataluña la legítima no es *pars hereditaris*, pues el legitimario no es heredero si el causante no le llama como tal, ni *pars bonorum*, pues el heredero puede pagar la legítima en dinero, aunque no lo haya en la herencia; tampoco es *pars valoris*, dada la afección real de los bienes hereditarios, sino *pars valoris bonorum*, derecho a obtener una parte del valor de la herencia, garantizado realmente.

En cuanto a su atribución formal, según el artículo 122 de la Compilación, puede atribuirse la legítima (que consiste en la cuarta parte de la herencia), por los siguientes títulos:

— La institución de heredero en favor de quien resulte ser legitimario, que se imputa a la legítima siempre que el causante no disponga otra cosa, aunque el legitimario repudie la herencia (art. 131).

— El legado, que puede ser ordenado de dos formas:

— Legado simple de legítima que se entiende ordenado cuando el testador exprese que lega o deja al legitimario lo que por legítima le corresponda.

— Los demás legados dispuestos en concepto de legítima o que sean imputables a ella, que deberán consistir en bienes de exclusiva plena y libre propiedad, salvo en el caso de no haberlos en la herencia; con ello parece que se quiere excluir los legados de bienes no susceptibles de propiedad (así créditos o usufructo) y los de bienes no susceptibles de propiedad plena (cosa gravada). El incumplimiento de este precepto facultará al legitimario para optar entre admitir simplemente el legado o renunciarlo, exigiendo lo que por legítima le corresponda. El legado podrá ser dinero, aunque no lo haya en la herencia, o de cosa ajena (artículo 131).

— La donación, cuyo régimen se diversifica así:

— Las dotes o donaciones matrimoniales dispuestas a favor de los hijos o descendientes, y las donaciones por causa de muerte otorgadas a

favor de cualquier legitimario, se imputarán a las legítimas respectivas, salvo que en ellas se disponga lo contrario (art. 132).

— Las demás donaciones intervivos solamente se imputarán a la legítima cuando fueren otorgadas por el donante con la expresa prevención de que sean imputables a ella (art. 132).

En caso de donación imputable a legítima, el legitimario se estimará satisfecho de la misma, aun en el caso de no ser mencionado en el testamento (art. 141).

En cuanto a su atribución material, recogiendo el sistema decretado por las Cortes de Monzón de 1585, el artículo 137 de la Compilación establece una opción del heredero para pagar en bienes de la herencia o en metálico, pero ello siempre que al legitimario no le haya correspondido percibir la legítima por vía de institución, de legado, señalamiento o asignación de cosa específica o donación. La opción del heredero para pagar en metálico queda así limitada a los siguientes casos:

- Legado simple de legítima.
- Institución de heredero, legado o donación no imputables a legítima.
- Reclamación del suplemento de legítima.
- Reclamación de la legítima por el legitimario que repudia el legado que no sea de bienes de exclusiva, plena y libre propiedad, o en el caso de *cautela socii*.

Hasta aquí hemos tratado de exponer el marco genérico de la legítima, y dentro de él, las especialidades de la referente al cónyuge viudo. Llegados, pues, a este momento, ofreceremos nuestro punto de vista acerca de la corrección del sistema seguido en Manresa. Es básico, para ello, tener en cuenta que el artículo 15 se declara aplicable, en su párrafo primero, al legitimario de parte alícuota que no puede promover el juicio de testamentaria por hallarse autorizado el heredero para pagar las legítimas en efectivo o en bienes no inmuebles, así como también al legitimario sujeto a la legislación especial catalana.

Constituye, asimismo, un dato importante para el enfoque del problema la consideración de la absoluta novedad que representa, en Derecho catalán, el artículo 250 de la Compilación. Es unánime la doctrina al afirmar que dicho texto no se ha limitado a interpretar o desarrollar el *Usatge vidua*. Por el contrario crea una institución nueva, bien resucitando otra anterior, bien inspirándose en ella: mas, en todo caso, la conclusión es la misma: el usufructo vidual abintestato es una novedad legislativa.

Planteadas así la cuestión, es evidente que el artículo 15 de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946 no pudo haber sido redactado pen-

sando en el 250 de la Compilación de 21 de julio de 1960. Pero si el espíritu lo rechaza, la letra lo comprende ya que el artículo 15 engloba literalmente al legitimario sujeto a la legislación especial catalana, y está claro que el cónyuge viudo del artículo 250 de la Compilación tiene tal condición.

Por otra parte las normas del artículo 15 contienen, a nuestro juicio, soluciones sencillas y prácticas para el tema de las legítimas, y también, con la pertinente interpretación y adaptación, para el cónyuge viudo, máxime si es muy frecuente, como lo es en Manresa, que no comparezca en la escritura de inventario.

En conclusión, si desde un punto de vista teórico puede sostenerse que el artículo 15 de la Ley Hipotecaria no guarda relación con la legítima vidual del Derecho catalán, su aplicación resuelve algunos problemas y tiene base suficiente en el propio texto literal de la Ley.

MANUEL FERNÁNDEZ-BUGALLAL BARRÓN

Registrador de la Propiedad

Notario

Centro Regional de Estudios Hipotecarios
de Cataluña

JURISPRUDENCIA

I. Resoluciones y sentencias

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

Por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA,
EUGENIO FERNÁNDEZ CABAILEIRO y
TIRSO CARRETERO GARCÍA

REGISTRO DE LA PROPIEDAD

4. PROCEDE PRACTICAR EL ASIENTO DE CANCELACIÓN DE HIPOTECA SI LA ESCRITURA, ADEMÁS DE CONTENER CLÁUSULA DE CARTA DE PAGO O DE ESTAR REINTEGRADO DEL PRÉSTAMO EL ACREEDOR, INCLUYE LA EXPRESIÓN DE QUE ÉSTE CANCELA LA HIPOTECA, SIN QUE SE REQUIERA NINGUNA FÓRMULA SACRAMENTAL EXPRESA DE SOLICITAR O CONSENTIR EL ASIENTO DE CANCELACIÓN.

Resolución de 22 de agosto de 1978 (B. O. del E. de 9 de septiembre).

Antecedentes de hecho.—Por escritura otorgada en Puente la Reina el 27 de enero de 1978 ante el Notario don Pedro Soler Dorda, con el número 14 de protocolo, la Caja de Ahorro de Navarra, representada por don Manuel Osés Astiz, declaró estar reintegrada de un préstamo que en su día concedió la expresada Entidad y, en consecuencia, canceló la hipoteca que garantizaba el pago de aquél.

Presentada en el Registro de la Propiedad de Pamplona primera copia de la referida escritura, fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Denegada la inscripción, por observarse el defecto, que se estima insubsanable, de no prestar el acreedor el consentimiento que, para la práctica de la cancelación, exige el artículo 82 de la Ley Hipotecaria y reitera el 179 del Reglamento para su ejecución».

El Notario autorizante de la escritura de carta de pago y cancelación de hipoteca interpuso recurso gubernativo contra la nota de calificación denegatoria de la inscripción y alegó: Que los artículos 82 de la Ley Hipotecaria y 179 de su Reglamento no exigen al acreedor hipotecario que manifieste su voluntad cancelatoria utilizando ineludiblemente las mismas palabras empleadas por el legislador; que en la escritura calificada se refleja el consentimiento formal del acreedor hipotecario, en el sentido de que aparece clara, inequívoca, rotunda e incondicionada su voluntad de cancelar; que diversas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado ponen de relieve que la voluntad cancelatoria no requiere fórmulas especiales, y así la de 8 de octubre de 1886 estimó válida, a estos efectos, la manifestación por la que se declaraba totalmente extinguida la hipoteca; que igualmente válidas fueron declaradas las expresiones de que se entendiera liberada la finca gravada con la hipoteca (Resolución de 10 de diciembre de 1889) y la de que «Cancela y deja sin ningún valor ni efecto de hipoteca constituida a su favor sobre la misma finca» (Resolución de 28 de junio de 1909); que la escritura calificada no se limita a dar carta de pago, sino que el representante de la Entidad acreedora manifiesta su voluntad cancelatoria, es decir, ni calla respecto a la cancelación, ni dice «no cancela», sino que expresamente dice «cancela», con lo que exterioriza la voluntad de cancelar; que el artículo 178, párrafo 3.º del Reglamento Hipotecario establece que podrán practicarse las cancelaciones otorgadas exclusivamente por menores emancipados, no empleando el legislador aquí la palabra «consiente», sino que habla sólo de cancelaciones otorgadas; que el artículo 213 del mismo Reglamento dice que «los herederos podrán cancelar...», de donde se deducirá, siguiendo el razonamiento del Registrador, que el heredero del titular registral es de mejor condición que éste, puesto que podrá emplear indistintamente las fórmulas «consiente la cancelación» (art. 82 de la Ley Hipotecaria), o bien simplemente «cancelo» (art. 213 del Reglamento Hipotecario), mientras que según la nota resumida, el titular registral sólo puede emplear la expresión «consiento la cancelación»; que los artículos 6 de la Ley Hipotecaria y 39 de su Reglamento abonan la tesis del recurrente.

El Registrador informó que en ningún momento ha exigido el empleo de las mismas palabras utilizadas por el legislador, sino que, de una forma u otra, el acreedor dé su conformidad o exprese su consentimiento para que el Registrador extienda el asiento de cancelación, lo que es distinto a la simple manifestación de cancelar la hipoteca; que si la hipoteca quedase cancelada por esta lacónica declaración de voluntad del acreedor hipotecario, holgaría la extensión del asiento de cancelación; que en la práctica notarial, las escrituras de cancelación de hipoteca contienen una declaración de voluntad relativa a la práctica del asiento de cancelación; que en la escritura calificada se aprecia la existencia de una declaración de voluntad de cancelar, pero, en cambio, no figura ninguna dirigida a consentir el asiento de cancelación, que son cosas totalmente distintas; que las resoluciones invocadas por el Notario recurrente son anteriores al término inicial de vigencia del artículo 179 del Reglamento Hipotecario invocado por el informante en la nota de calificación, fragmentarias en cuanto a su cita, y no encajan perfectamente en el caso del presente recurso; que, por el contrario, es de destacar la Resolución de 23 de agosto de 1900 en la que se declara que el simple pago no puede producir la cancelación de la Hipoteca en el Registro, siendo necesario para ello obtener el consentimiento

to expreso del acreedor hipotecario, el cual podía deducirse de los términos del acuerdo tomado por la Entidad acreedora para interponer el recurso, pero que por causas que se desconocen se abstuvo dicha Entidad de consignar que consentía expresamente en tal cancelación; que el modelo XV, anejo al Reglamento Hipotecario, relativo a la cancelación extensa de hipoteca, dice que «la inscripción de crédito hipotecario se cancela totalmente por haber satisfecho el deudor al acreedor el capital con sus intereses, y consentir éste expresamente en la cancelación», que la alegación por el Notario recurrente de los artículos 178, párrafo, 3.º y 213 del Reglamento Hipotecario es improcedente a los efectos del presente recurso por cuanto que en ellos se regulan cuestiones de capacidad, pero nada se dice en ellos sobre la forma en que las personas que cita deberán prestar su consentimiento para la cancelación, siendo así que en la nota resumida no se discute un problema de capacidad o de autorización para cancelar, sino que sólo se sostiene la falta de consentimiento; que de igual manera es improcedente la alegación del artículo 6 de la Ley Hipotecaria y 39 de su Reglamento.

El Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador aduciendo que si bien es cierto que una cosa es la extinción de la hipoteca por el pago del préstamo al que sirve de garantía, y otra su traducción registral mediante la cancelación, y que ésta no puede ser hecha por el acreedor, pues sólo puede consentir a que la practique el Registrador, es también verdad que el propio legislador no sigue esta última distinción, según se demuestra en los artículos 178, párrafo 3.º, y 213 del Reglamento Hipotecario; que el verbo cancelar, dentro del campo jurídico, tiene un sentido inequívoco referido siempre a la extinción de un asiento registral, que, por tanto, la expresión «cancelar» tiene un significado claro tendente a obtener en el Registro dicha extinción, corroborado en este caso por la posterior presentación de la escritura en el Registro con tal fin; que el objeto perseguido por las normas hipotecarias en que se basa la nota denegatoria, al que hay que estar de conformidad con el artículo 3.º del Código Civil, es la constancia de la declaración de voluntad del acreedor de poner fin al asiento que le favorece y este propósito resulta patente de las palabras empleadas, cualquiera que sean los reparos terminológicos que puedan ponerseles.

Interpuesta apelación por el Registrador contra el Auto presidencial, la Dirección General (1) acordó confirmar el Auto apelado que revocó la nota del Registrador, en base a la siguiente doctrina:

Doctrina de la Dirección General.—El problema planteado en este recurso se concreta a dilucidar si la expresión empleada en la escritura motivadora del mismo por el representante de la Entidad acreedora de que «da carta de pago, es decir, declara estar reintegrada del préstamo... y, en consecuencia, cancela la hipoteca» es suficiente como expresión del consentimiento del acreedor exigido para la cancelación por los artículos 82 de la Ley Hipotecaria y 179 de su Reglamento.

Ninguno de estos dos artículos exigen en su cumplimiento formalidades de carácter sacramental, sino sólo la constancia en la correspondiente es-

(1) VISTOS los artículos 3 del Código Civil, 82 de la Ley Hipotecaria, 178, 179 y 213 de su Reglamento y las Resoluciones de este Centro de 8 de octubre de 1886, 10 de diciembre de 1889 y 28 de junio de 1909.

critura de la voluntad del acreedor de extinguir o poner fin a la garantía hipotecaria.

Los preceptos de referencia no aluden a la forma del consentimiento por lo que la expresión recogida en la escritura calificada, y ahora discutida, viene a constituir una modalidad de prestación del mismo.

Una interpretación teleológica, abonada por el artículo 3.º del Código Civil, conforme al cual las normas se interpretarán... atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllos, permiten llegar a la conclusión de que la utilización de la expresión «Cancela la hipoteca» suministra al Registrador una base suficiente para apreciar el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 82, por cuanto con ella se cumple el objetivo perseguido por el legislador de que en la escritura conste la voluntad de la persona a quien perjudica la cancelación, dirigida a la consecución de ésta.

La cancelación, en Derecho Inmobiliario Registral, tiene un significado preciso y concreto, referido a obtener la extinción de un asiento registral, y por eso la escritura denominada de «carta de pago y cancelación de hipoteca» con la expresión discutida y contenida en ella ha de entenderse en tal sentido y no en otro.

Estas afirmaciones vienen avaladas por las expresiones que el propio legislador utiliza en los artículos 178, párrafo 3.º, del Reglamento Hipotecario, que alude a las «cancelaciones otorgadas por los menores», 213 del mismo texto legal, que establece que «los herederos podrán cancelar...», o en el artículo 46, párrafo 3.º, de la Compilación Catalana: «la mujer podrá cancelar...»

COMENTARIO.—A) La nota de calificación denegó por no prestar el acreedor el consentimiento que exigen el artículo 82 de la Ley Hipotecaria y el 179 de su Reglamento. Si tenemos en cuenta que en la escritura el representante de la Entidad acreedora daba carta de pago, es decir, declaraba estar reintegrado del préstamo y, además, cancelaba la hipoteca, no hay duda de que el Registrador interpretaba los preceptos citados en el sentido de que el consentimiento que exigen debe ir directamente referido al asiento registral, de manera que el acreedor hipotecario debe consentir o pedir expresamente el asiento de cancelación de la inscripción de crédito hipotecario. En su informe queda esto claro cuando dice que son cosas totalmente distintas la simple manifestación de cancelar la hipoteca y la declaración de voluntad dirigida a consentir el asiento de cancelación. En otras palabras, el Registrador entiende que los indicados preceptos hipotecarios exigen el consentimiento formal de que tanto se habla, aunque tiene buen cuidado de no mencionar este principio.

El Notario, si saca a relucir el tan traído y llevado consentimiento formal, afirmando que está reflejado en la escritura, desde el momento en que aparece clara, inequívoca, rotunda e incondicionada, su voluntad de cancelar; cita a su favor varias resoluciones de la Dirección que luego recogería el Vistos; insiste en que el representante de la Entidad acreedora no se limitó a dar carta de pago, sino que manifiesta su voluntad cancelatoria y termina con consideraciones terminológicas extraídas de los mismos textos legales para demostrar que éstos identifican la simple expresión cancelar con la de consentir el asiento de cancelación.

El Registrador, en su informe, después de aclararnos el sentido que daba al artículo 82 de la Ley, conforme vimos, alega que las resoluciones

invocadas por el Notario son anteriores al actual artículo 179 del Reglamento y no encajan perfectamente en el caso, destaca, en cambio, la de 23 de agosto de 1900, cita el Modelo XV de los anejos al Reglamento y rechaza la alegación de los textos reglamentarios citados por el Notario recurrente, por cuanto regulan cuestiones de capacidad, pero nada sobre la forma de otorgarse el consentimiento de cancelación.

El Presidente de la Audiencia dice que, aunque una cosa es la extinción de la hipoteca y otra su cancelación en el Registro, no hay duda de que cuando se habla de cancelar una hipoteca resulta clara la voluntad de referirse a la cancelación del asiento registral. Y la Dirección General, en seis claros y breves considerandos, que no es necesario glosar, justifica la revocación de la nota. El considerando fundamental es el cuarto, cuando, en relación con el tercero, afirma que la utilización de la expresión «cancela la hipoteca» es base suficiente para apreciar el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 82.

Si el considerando terminase aquí, todos hubiésemos quedado contentos, incluso el Registrador de Pamplona, al que en ningún momento se le nota entusiasmo ninguno por el principio del consentimiento formal.

Pero, desgraciadamente, el considerando termina afirmando que con la expresión «cancela la hipoteca» se cumple el objetivo perseguido por el legislador de que en la escritura conste la voluntad de la persona a quien perjudica la cancelación, dirigida a la consecución de ésta. Es claro que si la voluntad del legislador en el artículo 82 fue que en la escritura constase la voluntad del acreedor hipotecario dirigida a la consecución del asiento registral de cancelación entonces es porque dicho artículo exige un consentimiento formal o tabular directamente referido al asiento registral y entonces el Registrador tenía razón porque tal consentimiento no aparecía expreso en la escritura.

La frase final del considerando cuarto, que parece entender que el consentimiento dirigido al asiento de cancelación es lo que exige el artículo 82, 1.º—aunque estime suficientemente expresado tal consentimiento con la frase por la que el acreedor hipotecario «cancela la hipoteca»—cae en la trampa del consentimiento formal y deja abiertos dos graves interrogantes: 1.º Si la frase de la escritura, y alguna otra similar, pueden estimarse expresivas de un consentimiento compendioso que incluye tanto el material de extinción del derecho real como el formal de cancelación del asiento registral, o si es sólo expresiva del formal. 2.º Si una frase más claramente referida sólo al material, como sería la de dar por extinguida la hipoteca y libre la finca de ella, sin referencia ninguna al asiento de hipoteca, ni a la cancelación, hubiese sido insuficiente para cancelar. En mi opinión, la Resolución de 28 de junio de 1909 (2) era algo más clara para deducir que

(2) La Resolución de 28 de junio de 1909 versó sobre una escritura en la que el acreedor hipotecario se limitaba a declarar que hallándose reintegrado del capital e intereses, cancela y deja sin efecto la hipoteca. El Registrador practicó cancelación parcial en cuanto al capital e intereses y no en cuanto a las costas explicando después en el informe, cosa que no había hecho en la nota, que sólo había practicado la cancelación respecto a los dos primeros conceptos porque sólo a ellos se refería la escritura. La Dirección entendió que estaba clara la escritura en el sentido de que la cancelación era total, disponiendo que para ésta es suficiente la expresión: «hallándose (el acreedor hipotecario) reintegrado por completo del capital e intereses, cancela y deja sin valor y efecto la hipoteca constituida en su favor sobre la misma finca», la que queda libre de toda responsabilidad por este concepto.

Las otras dos Resoluciones alegadas por el Notario y recogidas en el Vistos son las siguientes:

La Resolución de 8 de octubre de 1886, que consideró suficiente para cancelar por implicar el consentimiento exigido por el artículo 82, 1.º, el declarar el acreedor totalmente extinguida la obligación hipotecaria y autorizar a la deudora para que pidiera la cancelación en el Registro, lo cual, lejos de

es más importante y menos apto para estimarle dado implícitamente, el material que el formal.

El problema concreto del recurso es la relación existente entre el consentimiento material de extinción del derecho de hipoteca y el formal de cancelación del asiento, para determinar cuál de los dos, si es que son distintos y separables, debe estimarse por el Registrador como condición *sine qua non* del asiento de cancelación. No obstante, dada la situación en que se encuentra el tema del consentimiento cancelatorio en nuestra doctrina, tendremos que hacer referencia a problemas conexos que se estudian frecuentemente confundidos.

B) 1. ROCA SASTRE, si prescindimos de la breve referencia que hace a la distinción entre el consentimiento material y el formal al estudiar el sistema registral alemán (3), trata en tres lugares principalmente la cuestión del consentimiento de cancelación: a) Al estudiar la inscripción y la causa, fatigado acaso por su triunfal lucha contra los mantenedores del negocio abstracto inmobiliario y contra los simpatizantes con el consentimiento formal en nuestro sistema, al llegar al consentimiento formal de cancelación se rinde y termina admitiendo que hay que reconocerle actualmente en el artículo 82, 1.º, de la Ley (4). A partir de esta rendición y este reconocimiento invierte los términos en que sería lógico hacer la glosa y el análisis de dicho precepto, haciendo la mera enumeración de los caracteres del consentimiento formal, fijados apriorísticamente o por mera traducción del sistema alemán (unilateral, recepticio, carente de expresión causal, sin que ello signifique que sea abstracto y constitutivo de un negocio de disposición), en lugar de analizar las múltiples posibilidades que para el consentimiento y el negocio cancelatorio permiten los inexpressivos términos literales del precepto y sus concordantes. Es excesivo atrevimiento por mi parte opinar que en algún momento da la impresión de mezclar indebidamente el consentimiento material extintivo del derecho y el formal cancelatorio del asiento sin perfilar completamente la relación entre ellos. b) Al tratar del asiento de cancelación, afirma que éste puede expresar o no la causa que la origina, porque a veces la causa es el sólo consentimiento puramente cancelatorio, o sea, lo que se estima como un excepcional supuesto de aplicación del llamado principio de consentimiento formal (5). De esta manera, entiendo que la cancelación «ex art. 82, 1.º», sería un tipo especial de cancelación abstracta o sin expresión de la causa

ser un mero apoderamiento, es una manera de consentir en la extinción de la hipoteca, que ya no tiene objeto por haberse satisfecho la obligación.

Y la Resolución de 10 de diciembre de 1889, que estimó suficiente para cancelar la escritura en la que el acreedor manifestaba clara y explícitamente que su crédito estaba pagado y por ello la otorgaba al acreedor para que le sirviera de carta de pago y mediante ella se entendiera liberada la finca, porque esto es en esencia lo mismo que consentir en la cancelación de la hipoteca, dado que a los efectos de la Ley no queda la finca liberada del gravamen mientras no se extinga su inscripción, y el artículo 82 sólo exige para la cancelación que conste en escritura o documento auténtico el consentimiento de la persona a cuyo favor esté extendida la inscripción, que si recae de un modo indudable sobre la extinción del asiento es bastante a los fines del artículo, cualquiera que sea la forma que el interesado hubiese usado para expresarla.

Vemos que ambas resoluciones, igual que la de 28 de junio de 1909 y la que ahora comentamos, se limitan a decidir si los términos concretos de las escrituras en cuestión implican el consentimiento exigido por la Ley hipotecaria, sin entrar en profundos distinguos entre el consentimiento material y el formal. Más bien cabe deducir de ellas que van indisolublemente unidos. Sólo en la que nos ocupa hay una leve tendencia a estimar que la escritura se declara apta para producir la cancelación porque hay consentimiento para la cancelación del asiento, si bien por medio de una frase que acaso fuese más apropiada para referirse a la extinción del derecho.

(3) RAMÓN M.º ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, Barcelona, 1968, I, págs. 162 y 163.

(4) En la obra citada, II, págs. 61 a 102, 102 a 107 y 107 a 112, respectivamente.

(5) En la obra citada, tomo III, págs. 235 y ss.

y dicha norma dejaría de ser el básico en materia de cancelación con consentimiento del titular. c) Por último, al tratar de la extinción de la hipoteca y de las formalidades de su cancelación (6), estudia con relativa extensión el supuesto de la cancelación por extinción de la obligación garantizada, principalmente por pago; pero como da por estudiado todo lo referente al consentimiento cancelatorio, no llega a plantearse el problema concreto de nuestra Resolución.

2. SANZ (6 bis), aunque opina que el consentimiento formal de cancelación cabe mantenerle en base al artículo 82, 1.º, cree que en materia de inscripciones y cancelaciones hay que coordinar el artículo 82 con los artículos 79 y 80 de la misma Ley y la manifestación de voluntad cancelatoria no es una renuncia del asiento (posible en materia de anotaciones preventivas), sino la constancia de la desaparición del derecho.

SANZ nos deja de esta manera sin desentrañar del todo el sentido del artículo 82, en torno a la pregunta crucial de si una escritura que contenga exclusivamente cláusula de consentimiento formal (consentimiento de cancelación de determinado asiento) es suficiente para provocar la cancelación de un asiento de derecho real y concretamente de una inscripción de crédito hipotecario que es lo que ahora nos interesa. Por otra parte, tampoco lleva a sus últimas consecuencias la distinción causa de la cancelación (que ha de constar) y causa de la extinción del derecho (que no es preciso expresar).

3. Como en otros casos, resulta útil para diagnosticar conflicto doctrinal pendiente en este tema, la comparación entre el LACRUZ (7) y el LACRUZ-SANCHO (8). En ambas obras se dice que la regulación de la cancelación difiere respecto a la inscripción por cierta independencia que la Ley establece entre la extinción del derecho y la cancelación, y despreocupándose de la exactitud del Registro, estima eficaz la mera voluntad de cancelar sin cerciorarse de si la eliminación del asiento coincide o no con la desaparición del derecho, como sucede en los supuestos de consentimiento formal, en los que se hace abstracción de si la extinción tuvo o no lugar en la realidad. Y añaden que generalmente la cancelación publica una extinción del derecho, pero no hay que excluir la posibilidad de que no sea así.

Pero más adelante observamos cambio en un pasaje importante. Glorioso el artículo 82, 1.º, LACRUZ decía que regula la cancelación por consentimiento del perjudicado y que éste puede ser un acto causal y bilateral, pero también puede ser una declaración abstracta y unilateral, aunque recepticia, en la que no es preciso probar la aceptación del favorecido porque se dirige sólo a suprimir la eficacia del asiento y no del derecho. En cam-

(6) *Obra citada*, tomo IV, vol. 2.º, págs. 1117 y ss. Roca estudia aquí la evolución histórica que va desde los artículos 67, 70 y 72 del Reglamento de 1870 hasta el 179 del vigente, pasando por la antigua Resolución de 20 de octubre de 1875, que inició la corriente contraria al acta notarial, y por las más recientes de 8 de enero de 1921, 27 de septiembre de 1924, 25 de octubre de 1932, 22 de junio de 1936, etc.

(6 bis) ANGEL SANZ FERNÁNDEZ *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Madrid, 1953, tomo II, páginas 26 a 33. Aunque, en definitiva, SANZ no sirva para resolver el caso concreto planteado en el recurso, hay que reconocerle al menos gran cautela en la implantación del consentimiento formal en nuestra Ley.

(7) JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO *Lecciones de Derecho Inmobiliario registral*, Zaragoza, 1957, páginas 333 y ss.

(8) JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO y FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA *Derecho Inmobiliario registral*, Barcelona, 1968, págs. 285 y ss.

bio, el LACRUZ-SANCHO, después de citar a ZUMALACÁRREGUI, acaso alertados por su trabajo, dicen simplemente que la prestación de consentimiento del perjudicado puede ser un acto bilateral dirigido a la extinción del derecho o también un acto unilateral, como en el caso de renuncia, y continúan adhiriéndose a la opinión de ZUMALACÁRREGUI, afirmando que no es preciso un consentimiento cancelatorio distinto del dirigido a la supresión del derecho inscrito (art. 174, 2.º, del Reglamento en relación con el artículo 174, 1.º, del mismo). A pesar de ello, insisten en que al amparo del artículo 82, 1.º, de la Ley cabe también una declaración abstracta y unilateral encaminada de modo exclusivo a eliminar la eficacia del asiento, no del derecho.

La opinión de estos autores consiste, al parecer, en hacer del consentimiento formal requisito suficiente para la cancelación; pero no necesario cuando la escritura contiene consentimiento material de la extinción del derecho. De todas maneras, las diferencias entre los dos textos, las imprecisiones sobre causa y abstracción de la causa en uno y otro consentimiento y la interferencia de la bilateralidad y unilateralidad, que acaso sea otra cuestión, hacen que en este punto LACRUZ no pueda estimarse tan decisivo como acostumbra (9).

4. La arribada de los causalistas discípulos de DE CASTRO al Derecho hipotecario trae planteamientos distintos en el tema del consentimiento cancelatorio. Una conferencia de DÍEZ PICAZO (10) nos explicó los problemas subyacentes en tres mitos hipotecarios para convertirlos en ideas jurídicas actuales. Su estudio es imprescindible para analizar el supuesto del recurso, pero la relación práctica entre el consentimiento sustantivo y formal de cancelación desde el punto de vista de la calificación del Registrador no resulta directamente planteada.

El mito del consentimiento formal, aisladamente atacado, es presa fácil para DÍEZ PICAZO. Nuestra Ley de 1861 mal podía recoger una norma particularísima de la Ordenanza registral alemana—que desborda el mismo B. G. B.—en un artículo cuyo texto presenta tanto parecido con el artículo 2.157 del «Code» (11). En los tratados españoles hasta los trabajos

(9) Cuando LACRUZ y SANCHEZ REBULLIDA tratan, en general, del principio del consentimiento, la causa y el consentimiento formal (págs. 146 y ss. de la obra últimamente citada) tampoco despejan la cuestión de la interrelación entre consentimiento material y formal en nuestro sistema. Siguiendo a URSCINO ALVAREZ consideran inscribible, en base al artículo 1.277 del Código, el negocio jurídico de transmisión cuya causa no aparezca en el documento (como si manifestó que transfirió la finca a Primus y no digo si por venta, donación, etc.), porque ni del artículo 2 ni del 9 de la Ley hipotecaria resulta la exigencia de la causa. Apurando aún la tesis dicen que seguramente (¿probablemente?) es posible en determinados casos la toma de razón de escrituras que no contienen ningún cambio real y sí solamente la declaración de voluntad de provocar un asiento, hecha por el perjudicado por el mismo. Es verdad que inmediatamente dicen que esto se halla restringido a la cancelación y que resulta del artículo 82, 1.º, de la Ley al hablar de consentimiento para la cancelación; pero lo cierto es que LACRUZ lleva a sus últimas consecuencias la aplicación del consentimiento formal (al menos en la cancelación), en el que —dicen— «se juega exclusivamente con el folio», prescindiendo de la transmisión, constitución, modificación, etc., del derecho real, cancelándose el asiento que lo publica sin decir por qué ni siquiera si el derecho continúa subsistente o se ha extinguido. Creo que la mejor manera de impugnar tan extrema y anticausalista posición en la interpretación del artículo 82 de la Ley es aprovechar sus mismas palabras que hemos entrecomillado y mantener que con el folio registral no se debe jugar.

(10) Publicada en esta Revista, núm. 462, septiembre-octubre de 1967, pág. 1263: «El negocio cancelatorio y la causa de la cancelación».

(11) Para desentrañar el sentido del artículo 82 de nuestra Ley tampoco es suficiente decir que se inspiró en precedentes franceses, si bien extendiendo una norma prevista para privilegios e hipotecas a la cancelación de derechos reales de todo tipo. La verdad es que el sistema cancelatorio francés tampoco resulta muy claro si nos limitamos a los artículos 2.157 y 2.160 del «Code», dedicados a la cancelación de las inscripciones (*radiation*) y a la simplicidad con que el tema aparece en tratados generales, como el MARTY y RAYNAUD, por ejemplo. La primera muestra de este simplismo es la alegría con la que emplean indistintamente los términos *radiation* y *mainlevée*, y a partir de aquí podemos ob-

de don JERÓNIMO nunca se habló del consentimiento formal al comentar el artículo 82 de la Ley. Pero el que este principio no pueda ni deba estar recogido en este precepto legal no obliga a dar por segura alguna conclusión de Díez PÍCAZO, como la de que la cancelación de hipoteca por pago de la deuda garantizada deba ser trasladada totalmente del apartado 1.º al 2.º de dicho artículo por tratarse de una extinción por declaración de la Ley.

Para acabar con el mito del carácter abstracto del negocio cancelatorio, da por supuesto, sin prueba alguna como LACRUZ, que el acreedor hipotecario puede limitarse a declarar que consiente la cancelación del asiento y no decir nada más, y estima que esto no es especialidad, sino principio general previsto en el artículo 1.277 del Código, que no obsta a que el negocio cancelatorio sí, en definitiva, resultase sin causa, con causa ilícita o falsa, sería ineficaz, porque no es abstracto, sino causal, como constata la práctica jurídica en la cual siempre se hace referencia a la causa. No estoy tan seguro de que del contexto de la Ley resulte que el Registrador ha de admitir la cancelación sin expresión de causa y haya de esperarse a que el Juez declare la ineficacia del negocio cancelatorio. Además hay que distinguir los supuestos de que la escritura contenga el consentimiento de extinción del derecho solamente o el consentimiento de cancelación del asiento solamente.

Aún menos esfuerzo le cuesta acabar con el mito del negocio de disposición. Pero opino que frente a la doctrina, jurisprudencia registral y Reglamento Hipotecario, referida a materias concretas de capacidad para cancelar, y frente al grave problema de la estructura del negocio cancelatorio de la hipoteca por pago del crédito, no basta la afirmación de que conocida y examinada la causa, deben separarse los negocios que reúnen la declaración de voluntad extintiva del derecho y la cancelatoria del asiento, que sí son dispositivos y aquellos en los que el derecho real está previamente extinguido y el titular se limita a consentir la cancelación, que son meros «actos debidos» según la terminología de CARNELUTTI.

Como dijimos al principio, en el trabajo de Díez PÍCAZO, que tuvo el indudable mérito de retornar la teoría del negocio cancelatorio a los tiempos anteriores a las exageraciones germanistas de la doctrina hipotecaria, no encontramos directamente resuelto nuestro caso por no plantearse pura y simplemente cuál de los dos consentimientos es requisito *sine qua non* de la calificación favorable del Registrador: el sustantivo referido a la extinción del derecho, o el formal referido a la cancelación del asiento. O bien si es que ninguno de ellos debe faltar en la escritura.

servar la tranquilidad con la que despejan cuestiones en las que nuestra doctrina no se cansa de emplear páginas abundantes. Así, por ejemplo:

El problema de la capacidad para cancelar lo despachan diciendo que si la cancelación es acordada en razón al pago será suficiente la capacidad para cobrar, y si es acordada sin pago, entonces hace falta la capacidad para renunciar a un derecho real inmobiliario, porque implica renuncia a la hipoteca misma. Y en nota al pie, de medio renglón, citan las fechas de jurisprudencia en que basan este distinguo. En cuanto a si el acto cancelatorio es unilateral o bilateral, afirman que la cancelación voluntaria resulta de convenio entre acreedor y deudor, por el cual el primero consiente en la cancelación de la inscripción, y con parecida despreocupación continúan diciendo: esta convención «puede ser porque el acreedor ha sido pagado o bien porque consiente una condonación de la deuda, o bien porque renuncia sea a la hipoteca, sea sólo a la inscripción de la misma. En este último caso el acreedor podría después tomar una nueva inscripción» Suponemos que las cosas no serán tan simples cuando se abandone el nivel de un tratado general, y que la bilateralidad y causalismo del convenio cancelatorio no serán tan seguros después del nuevo texto del artículo 2.149 introducido por el Decreto de 4 de enero de 1955, pero de todas maneras estimamos en cierto sentido admirable la tendencia a eliminar discusiones inútiles propia de la metodología jurídica francesa (GABRIEL MARTY y PIERRE RAYNAUD: *Droit Civil*, tomo III, vol. 1.º: *Les Sûretés*, La Publicité foncière, París, 1971, págs. 422 y 423).

5. El año 1967 fue desgraciado para el artículo 82 de la Ley Hipotecaria porque también en él TOMÁS DE ZUMALACÁRREGUI (12) se ensaña con dicho precepto, dando por supuesto que exige un consentimiento específico dirigido al asiento, además del consentimiento material que deriva del artículo 1.261, 1.º, del Código Civil. Utiliza contra este consentimiento específico de cancelación del asiento un argumento *a fortiori*: no puede ser de peor condición el dueño en el que se consolida el derecho real limitado cancelado, que el adquirente del mismo por transmisión; y un argumento *ad absurdum*: el de que haga falta un juicio declarativo ordinario para obligar al titular de un derecho real, que ha dado el consentimiento material de extinción, a que le complete con el formal. El tratamiento clínico del artículo 82 le hace a través de una antinomia legal (art. 103, apartado 2.º, frente al 82, no totalmente convincente), a través de la doctrina de la Dirección (Resolución 26 junio 1909 y 30 junio 1933) y a través de la doctrina de los autores que, aunque con planteamiento muy diverso, han puesto en entredicho el principio de consentimiento (13).

Recientemente, TOMÁS DE ZUMALACÁRREGUI ha vuelto a tratar del negocio cancelatorio en su importante tesis doctoral (14). Su exposición de 1967 ha sido notablemente remozada y resulta imposible resumir las densas páginas que dedica al consentimiento formal. No obstante, haré constar que encuentro algo exagerada y un tanto injusta la inquina de ZUMALACÁRREGUI al artículo 82, al que llega a calificar de verdadera noche triste del legislador. Como tantos otros da por supuesto sin probarlo que el precepto recoge el principio de consentimiento formal y le vapulea por ello. Encuentra sospechosamente similar la norma del artículo 82, 1.º, de la Ley a la del parágrafo 875 del B. G. B.; pero, a mi juicio, esto no significa nada, porque este parágrafo consagra precisamente el consentimiento material (declaración de voluntad de abandono del derecho) y no el formal recogido en la Ordenanza. En relación con el problema del recurso, encuentro especialmente peligroso un pasaje de ZUMALACÁRREGUI: aquel en que dice que la hipoteca, en cuanto derecho real, puede morir: a) por convenio entre los interesados subsistiendo íntegra la obligación; b) por extinción de la obligación garantizada, razón de ser del derecho real y elemento del mismo, y c) por decisión unilateral del titular de quitar al derecho real el oxígeno del asiento registral, a través del consentimiento unilateral a que alude el artículo 82, 1.º, de la Ley.

Estoy disconforme con esta «trilogía del ocaso de la hipoteca». Las cau-

(12) TOMÁS DE ZUMALACÁRREGUI «Meditaciones en torno a la cancelación», núm. 460, mayo-junio de 1967 de esta Revista, págs. 779 y ss.

(13) ZUMALACÁRREGUI cita a don JERÓNIMO GONZÁLEZ, que ya destacó los peligros del consentimiento formal; a ROCA cuando afirma que la notoriedad de la extinción del derecho debe imponerse al consentimiento expreso mismo (cancelación automática); a GIMÉNEZ ARNÁU cuando acusa al artículo 82 de sofisticado y difícil de entender para un meridional, a lo que se adhiere CASSO, y a LACRUZ cuando estima que una escritura de consentimiento formal única y exclusivamente será siempre un caso más discutido en la teoría que frecuente en la práctica.

En relación con esta idea de lo infrecuente en la práctica de las escrituras de mero consentimiento formal, ZUMALACÁRREGUI termina su trabajo con el resultado de una pequeña encuesta demostrativa de que en los escasísimos casos en que se habían otorgado escrituras de dicho tipo, lo habían sido como remedios, propuestos por los mismos Registradores que habían de calificar, para resolver casos excepcionales marcadamente patológicos. Estimo que aquí la infrecuencia no debe preocuparnos del problema porque acaso la frecuencia aumentará pronto con tal despreocupación.

(14) TOMÁS DE ZUMALACÁRREGUI MARTÍN CORDOVA: *Causa y abstracción causal en el Derecho civil español*, Madrid, 1977, págs. 289 y ss.

sas de extinción son muchas y variadas; una de ellas es la extinción del crédito garantizado que a su vez puede proceder de muchas y variadas causas. La estructura del consentimiento cancelatorio y el formulario de la escritura de cancelación debe ser distinto en cada caso; pero el artículo 82, 1.º, no introduce una causa, modo o forma más de extinción de la hipoteca, ni siquiera una modalidad especial de cancelación, por simple consentimiento formal del titular al que habrían de añadirse, como no incluidos en el precepto, y, por tanto, sin sus requisitos, los casos a) y b) de la trilogía de ZUMALACÁRREGUI.

6. Algo más cerca del toro, o sea, de la calificación registral de las escrituras de cancelación se sitúa BONILLA (15). Comienza afirmando que SANZ, ROCA y LACRUZ ven en el artículo 82, 1.º, de la Ley un caso de consentimiento formal, sin entrar en detalles de sus particulares enfoques, y dice que los tres señalan como caracteres de tal consentimiento el ser unilateral, acto dispositivo, expreso y en escritura pública, negocio real que tiende directamente a obtener la modificación del Registro y que no exige expresión de causa. Adhiriéndose a la postura que dice iniciada por DÍEZ PICAZO, destaca tres fallos en la tesis mayoritaria, que son: el título extintivo cancelatorio no es siempre un acto de disposición; no tiende a producir la cancelación del asiento, sino la extinción del derecho en principio; desconoce que el consentimiento formal requiere abstracción de causa, que es algo diferente de su no expresión. De ello deduce su doctrina sobre el consentimiento de cancelación, que expone en cuatro puntos: 1.º Para la cancelación se requiere documento público que contenga el acto extintivo del derecho (art. 2 de la Ley y 173 del Reglamento). 2.º El consentimiento cancelatorio se encamina en principio a la extinción del derecho, igual que ocurre en sentido contrario en el proceso de inscripción positiva (16). 3.º A pesar de la doctrina sentada por las Resoluciones de la Dirección, no son consentimientos distintos, sino el mismo el de la extinción del derecho y el de cancelación del asiento. Aquí BONILLA, deslumbreado en exceso por la tesis de DÍEZ PICAZO, basada en el «acto debido» de CARNELUTTI, quiere hacer tabla rasa de toda la doctrina de la Dirección (tanto de la antigua, aferrada al tópico del acto de disposición, como la moderna, que no sabe salir de él—dice—) y de los términos rigoristas y contradictorios del artículo 178 del Reglamento Hipotecario (17). Y 4.º, si no se admite el negocio abstracto, tampoco debe admitirse el consentimiento formal, y por ello,

(15) JUAN FRANCISCO BONILLA ENCINA. «El consentimiento como requisito para el proceso de registración», núm. 484 de esta Revista, mayo-junio de 1971, págs. 531 y ss., en especial 545 a 551.

(16) Encuentra curioso BONILLA que nadie haya destacado lo absurdo de este distinto trato del proceso de registración positiva, en el que el título se dirige a la constitución o transmisión del derecho y del de la registración negativa, en el que el consentimiento no iría dirigido a la extinción del derecho, sino directamente a la cancelación del asiento registral. La extrañeza de BONILLA implica cierta injusticia para ZUMALACÁRREGUI, cuyo trabajo de 1967 tuvo como *leit motiv* destacar esta incongruencia que atribuye al artículo 82, 1.º.

(17) Encontramos excesiva la pretensión de BONILLA, que termina por quitar al negocio o consentimiento extintivo del derecho real de hipoteca toda trascendencia, convirtiéndolo en una obligada secuela del negocio o acto extintivo del crédito personal, porque creemos que en este apartado de su trabajo mezcla las relaciones entre la extinción del crédito personal y la extinción de la hipoteca con las relaciones entre el consentimiento material de extinción del derecho y el formal de cancelación del asiento correspondiente. Tal fallo no es exclusivo de BONILLA, sino muy general. Creo que los equívocos surgidos en torno a aquellas relaciones se desvanecerían mucho recordando la sencilla fórmula ecléctica con la que el Código Civil en el artículo 1.964 ha solucionado el problema de la prescripción de la acción hipotecaria (híbrida de personal y real) y que las vacilaciones existentes sobre las relaciones citadas en segundo lugar (entre el consentimiento material y el formal) se salvarían haciendo comparatismo de problemas sobre el consentimiento formal de la Ordenanza registral alemana.

Algunos otros trabajos relativos a la cancelación aportan menos luz a nuestro problema. Así el de

apoyado en los artículos 79 y 80, estima que la causa debe aparecer en todo consentimiento cancelatorio. Pero preguntamos: ¿qué causa?, ¿hasta dónde?

C) Descansemos un momento del moderno exceso doctrinal retrocediendo a tiempos más lejanos para contemplar la cuestión de la causa en la cancelación desde el punto de vista del asiento y del documento.

1. Tanto la Ley de 1861 como la de 1909 exigían en la lista de circunstancias de la cancelación (arts. 104, 5.ª, y 101, 5.ª, respectivamente) «la forma en que la cancelación se haya hecho», equívoca y criticada expresión que en la reforma 1944-46 fue sustituida por las tres circunstancias siguientes: a) la expresión de ser total o parcial la cancelación; b) la parte del inmueble que ha desaparecido o la del derecho que se extingue y la que subsiste si se trata de cancelación parcial, y c) la razón determinante de la extinción del derecho inscrito, cuando la inscripción se practique en el caso del apartado 2.º del artículo 82. MORELL Y TERRY en 1917 se preguntaba (18) qué sería la circunstancia «forma de la cancelación» exigida por la Ley, y se contestaba afirmando que lo racional sería exigir la causa, el motivo de la extinción del derecho y de la cancelación y, aunque tampoco en el Reglamento aparece la necesidad de que la cancelación exprese el porqué se hace, cuál es la causa de la extinción del derecho inscrito—porque sólo se acuerda de ello en la cancelación parcial—, concluye que, no obstante tantas omisiones, no hay más remedio que hacer constar en el asiento de cancelación su causa, su fundamento o razón de la extinción (del derecho) y pone como ejemplos la expropiación del terreno, el fallecimiento del usufructuario, por haber pagado el deudor, por no quedar sobrante para el pago en una ejecución, por confusión, etc., así como la justificación de esas causas o prueba de su verdad. Y el mismo autor reitera esta opinión en otro pasaje de su obra (19) cuando hace el comentario del artículo 144 de la Ley Hipotecaria y 196 (hoy, 240) del Reglamento Hipotecario. Efectivamente, no hay duda que estos preceptos enfocan el fenómeno de la cancelación de hipoteca desde un plano sustantivo muy distinto del extraído por la doctrina moderna del artículo 82, apartado 1.º, y nos demuestran que en ningún momento el consentimiento de cancelación de este precepto agota toda la mecánica hipotecaria de la cancelación de los derechos reales ni siquiera del de hipoteca y no pasa de ser una norma más, que principalmente va dirigida a consagrar, como el 83, el principio *unus quisque disolvitur eo modo quo colligatum est* (20), y no cabe aislarla de los principios generales de la registración.

2. También es muy antigua la cuestión de si la escritura de carta de pago otorgada por el acreedor hipotecario sin expreso consentimiento de extinción del derecho ni de extinción del asiento es suficiente para cancelar éste.

PRADA (*), curioso trabajo de lógica-matemática-hipotecaria, por excesivamente apegado a los conceptos *a priori*, y el de LA RICA MARITORENA (**) por su excesiva obsesión de no desbordar nunca la claridad y sencillez del didáctico.

(*) PLÁCIDO PRADA ALVAREZ-BUYLLA: «Notas para una teoría general de la extinción de los asientos registrales», *Revista Crítica*, núm. 497, julio-agosto de 1973, págs. 811 y ss.

(**) RAMÓN DE LA RICA MARITORENA: «La cancelación registral», núm. 505 de esta Revista, noviembre-diciembre de 1974, págs. 1287 y ss.

(18) J. MORELL Y TERRY *Comentarios a la Legislación hipotecaria*, 1917, tomo III, págs. 592 y ss.

(19) El mismo en los mismos *Comentarios*, tomo IV, págs. 213 y ss.

(20) LA RICA MARITORENA, trabajo citado, pág. 1298.

La evolución histórica ha sido de endurecimiento de la calificación. El Reglamento Hipotecario de 1870 (arts. 67, 70 y 72) consideró bastante para cancelar, el testimonio del acta notarial de carta de pago puesto a continuación de la nota de inscripción de la escritura de constitución. Suponemos que desde mucho antes de la obra de GALINDO Y ESCOSURA sería criticada esta posibilidad por entenderse que el pago no es un simple hecho jurídico, sino un verdadero negocio jurídico cuya formalización debe hacerse en escritura y no en acta (21). Más tarde, a este argumento se añadiría otro más decisivo, el de que una cosa es la extinción del crédito personal y otra cosa la extinción del derecho real de hipoteca, pues si éste es accesorio de aquél, en cierto sentido tiene una trascendencia jurídica superior y en materia de capacidad y de forma requisitos más exigentes. Luego, el tema cobra inusitada agudeza con la reforma del artículo 1.413 del Código: cancelación de hipotecas gananciales.

La Resolución de 2 de noviembre de 1959 admitió que el marido pudiese cancelar por sí solo la hipoteca constituida en garantía de un crédito presuntivamente ganancial con anterioridad a la reforma del artículo 1.413 del Código Civil, a pesar del carácter accesorio del derecho real de hipoteca (el considerando habla por error del carácter accesorio de la obligación respecto al derecho real de hipoteca), porque cualquiera que sea la naturaleza del pago—hecho o negocio jurídico—no ha de verse afectado por las limitaciones introducidas por el artículo 1.413, que deja subsistente la facultad del marido como administrador para cobrar créditos gananciales y sin que con ello se niegue la naturaleza de acto dispositivo de la cancelación, toda vez que el artículo 170 del Reglamento Hipotecario estima título bastante el otorgado por el marido, sin necesidad de que intervenga la mujer (22).

D) También desde otros ángulos la Jurisprudencia registral ha rozado los problemas de la causa del consentimiento de cancelación y del consentimiento formal.

El Registrador de Pamplona alega en la nota de calificación el artículo 179 del Reglamento Hipotecario y en el informe destaca que este precepto deja sin efecto las resoluciones citadas por el Notario recurrente (Resoluciones de 8 de octubre de 1886, 10 de diciembre de 1889 y 28 de junio de 1909). Efectivamente, el artículo 179 del vigente Reglamento aparece en la reforma de 1947 y en la Tabla de concordancias con el Reglamento anterior de la edición oficial (1947) de la Ley y Reglamento, aparece sin ninguna, como precepto nuevo, inspirado en las Resoluciones de 27 de septiembre de 1924 y 25 de octubre de 1932. Estas dos resoluciones, bastante similares, se suelen citar por los autores para justificar la afirmación de que el artículo 82, 1.º, de la Ley y el 179 del Reglamento siguen el principio del consentimiento formal y hacen de tal consentimiento expreso y dirigido directamente al asiento de cancelación, un requisito suficiente y necesario para que el Registrador cancele. Pero no vemos muy claro que las resoluciones justifiquen tales afirmaciones (23).

(21) Ya durante la vigencia del Reglamento de 1870 la Dirección había encontrado insuficiente el acta notarial en el caso de que no fuese verdadera acta de pago, sino confesión de la recepción del débito.

(22) Imposible tratar esta cuestión ni siquiera citar la abundante bibliografía muy conocida.

(23) La Resolución de 27 de septiembre de 1924 trató el siguiente caso: Uno de los herederos, a la vez albacea de un acreedor hipotecario difunto, a quien éste había autorizado en su testamento para hacer efectivos los créditos de la herencia, cobra uno de ellos y otorga a favor del deudor escritura de carta de pago autorizándole consiguientemente para obtener la cancelación de la hipoteca. El Registrador

No estamos muy seguros de que toda la culpa de los excesos germanistas, en esta y otras materias, fuese de don JERÓNIMO GONZÁLEZ. En todo caso, las Resoluciones de la Dirección por aquellos tiempos, cualquiera que fuesen las concesiones hechas al sistema alemán en los considerandos, no dejaban de ser prudentes cuando llegaba la hora de la verdad y el fallo solía ceñirse al caso (24).

E) Estimo que un argumento nada despreciable en contra de la tesis del consentimiento formal como suficiente para la cancelación es el artículo 97 de la Ley Hipotecaria. Este precepto fue introducido por la reforma de 1944-46, inspirándose en el segundo apartado del párrafo 891 del B. G. B., probablemente para evitar las dudas que venía originando el artículo 97 de la Ley de 1909, que a su vez había rectificado el primitivo 97 de 1861 en forma paralela a como se había rectificado el artículo 34 por la

mantiene que el albacea-heredero no resulta especialmente facultado por el testador para cancelar hipotecas, por lo que debían consentir la cancelación los demás herederos. La Dirección comienza con un considerando (claramente puesto incidentalmente) en el que se recogen las conocidas frases sobre la diferenciación absoluta entre los actos jurídicos de cobro (extintivo del crédito personal) y cancelación de préstamos hipotecarios (extintivo del derecho real), y sobre la distinta importancia del crédito y el derecho real, de los actos que engendran o modifican obligaciones y los que producen una enajenación o un efecto hipotecario, únicas que suelen recogerse en las citas de la Resolución. Pero después considerando que hay que determinar si el que canceló se hallaba autorizado para ello por las cláusulas testamentarias, o sólo para cobrar, deduce de varios elementos de interpretación que la voluntad del testador fue autorizarle para que liquidara y distribuyera los créditos existentes en el caudal relicto sin necesidad de que concurrieran los demás, y por ello resuelve que no existe el defecto señalado. Viendo, pues, completa la resolución cabe deducir: 1.º, que el considerando que suele citarse era claramente *obiter dictum*, pues, en definitiva, termina por aproximarse, al máximo, cobro y cancelación, extinción del crédito y de la hipoteca al efecto de declarar inscribible el documento. 2.º Que si el considerando célebre, aunque *obiter dictum*, puede valer para estimar insuficiente la escritura de mera carta de pago para cancelar la hipoteca, no puede valer para decidir si el artículo 82 de la Ley exige consentimiento material y además formal, o, por el contrario, se conforma con cualquiera de ellos indistintamente. 3.º Que el artículo 179 del Reglamento inspirado en esta Resolución no puede servir para lo que no sirve la Resolución que le inspiró.

La de 25 de octubre de 1932 es muy similar. El albacea de la acreedora hipotecaria testadora estaba facultado para, hacer toda clase de cobros y pagos y para cuanto sea preciso para cumplir la gestión que le encomienda (muy amplia), como si todo ello lo realizara su propia personalidad. Dicho albacea otorga una escritura de carta de pago y cancelación de hipoteca, consintiendo en la cancelación por haber recibido del deudor el capital y los intereses, siendo denegada la cancelación por no estar facultado el albacea para consentirla. La Dirección, después de reconocer que la cancelación es un acto de desprendimiento de derechos que equivale a la enajenación y que en muchas ocasiones una persona autorizada para recibir pagos no puede extinguir hipotecariamente la garantía de la deuda, teniendo en cuenta las cláusulas testamentarias, estima evidente que la testadora ha querido facultar al albacea para consentir la cancelación discutida.

(24) En el recurso resuelto por la Resolución de 28 de abril de 1927 se discutió si podía ser objeto de renuncia unilateral el derecho concedido al vendedor por un pacto añadido a una venta con pacto de retro, según el cual, transcurrido el plazo establecido para retraer sin haberse ejercitado el retracto, el vendedor habría de vender la finca en pública subasta notarial, entregando al vendedor la diferencia en más del precio de subasta sobre el de venta. La escritura de renuncia unilateral se hizo después de transcurrido el plazo de retracto. El Registrador exigía la aceptación de la renuncia por el comprador, pero la Dirección revocó la nota de suspensión en base a la naturaleza de manifestación de voluntad unilateral, abstracta y no recepticia de la renuncia abdicativa cuando levanta una traba impuesta al dominio, principio inmobiliario desenvuelto en algunas legislaciones sobre la base del llamado consentimiento formal que responde a la triple conveniencia de aligerar las formas de transmisión, otorgar un valor decisivo a la voluntad del perjudicado por la cancelación y reconocer al dominio la facultad de absorber cuantas facultades le hayan sido desgajadas y después queden privadas de existencia separada y razón jurídica para ella. Continúa considerando la Dirección que ésta es la doctrina mantenida por los artículos 513 y 546 del Código y 82 de la Ley Hipotecaria, y termina indicando que el lógico desenvolvimiento de estos postulados ha sido llevado hasta el extremo de afirmar algunos que si el acreedor renuncia en escritura al crédito hipotecario y la Ley no permitiera la extinción del derecho personal por faltar las formalidades de la condonación, subsistiría únicamente la obligación, pero el derecho real podría ser cancelado en los libros del Registro.

La opinión a que hace la referencia este último considerando, sin decidirse a consagrarla ni a rechazarla por excesiva, viene a decir que la renuncia del crédito hipotecario sin expresión de causa podría ser considerada inválida civilmente en cuanto al crédito por tal falta de causa, pero ello no obstaría a que la hipoteca y, por tanto, el crédito hipotecario fuese cancelado en el Registro de la Propiedad. Mi opinión es que el considerando no refrenda estas tendencias que conducen a la validez del consentimiento abstracto material de extinción de los derechos reales, a pesar de que por falta de causa resulta inválida la extinción en cuanto a la relación personal o inter partes subyacente o garantizada.

Ley de 1909. Pero argumentar contra el consentimiento formal por medio de la evolución histórica del artículo 97, que siempre se ha mantenido en el campo de los principios de publicidad, legitimación y fe pública, sería complicado y encontramos suficiente destacar lo absurdo de establecer una presunción de extinción del derecho, ya sea *juris tantum* o *juris et de jure*, en base a una escritura de cancelación que tenga por único contenido la cláusula de consentimiento formal o material. El parágrafo 891 del B. G. B. en sus dos apartados es congruente con la totalidad del sistema alemán, pero en nuestro sistema la presunción, tratándose de una escritura de mero consentimiento formal, tendría que ser invertida. LACRUZ dice que sólo en el caso—más discutido en la teoría que frecuente en la práctica—del consentimiento formal la presunción del artículo 97 tiene una eficacia positiva superior a la meramente supletoria de los títulos, pues el deducir de la renuncia al asiento la extinción del derecho dota al favorecido de un arma de lucha que sin este precepto nunca podría tener. Creo más justo decir que le dota de un arma de lucha que nunca debió dársele, pues está claro que en el clima de nuestro sistema y dada la escasa frecuencia de tales escrituras de consentimiento formal, el silencio en el documento cancelatorio sobre la extinción del derecho y sobre la causa del consentimiento formal de cancelación del asiento deberá ser base de una presunción de subsistencia más que de una presunción de extinción.

Hay otro precepto en la Ley Hipotecaria que por haberse salvado milagrosamente del vendaval germanista de la reforma de 1944-46 nos coloca en un clima causalista y antiformal suficiente para entender el 82 en su justo y limitado sentido. Nos referimos al artículo 144, retrotrayéndonos al Morell. La terminología podrá ser arcaica y poco técnica, pero el texto nos demuestra que la cancelación registral persigue el que surta efecto contra tercero el pago y todos los demás hechos o convenios que modifiquen o destruyan la eficacia de una obligación hipotecaria. La cancelación debe servir ante todo para hacer oponible a tercero la extinción del derecho que se cancela.

De todo lo dicho hasta ahora se desprende que se viene abusando del conceptualismo al tratar del consentimiento de cancelación y de la interpretación del artículo 82 de la Ley. No sólo cada derecho real presenta un cuadro distinto de modos de extinción, sino incluso un distinto campo de causas del negocio extintivo. Especiales particularidades presenta la extinción y cancelación de los derechos reales de garantía y sobre todo las de la hipoteca en la que el principio de accesoriedad y la relación crédito-derecho real introduce variables más ricas en la cuestión.

Por ello, si nos centramos en la cancelación de la hipoteca por consecuencia del pago del crédito garantizado, que es nuestro caso, y descendemos del paraíso de los conceptos al prosaico mundo de la práctica, de las fórmulas notariales, de la calificación registral y de las circunstancias mínimas del asiento de cancelación, partiremos de la que podríamos considerar escritura pluscuamperfecta de carta de pago y cancelación de hipoteca con intervención de acreedor, deudor y dueño de la finca en su caso, en la que después de la cláusula de carta de pago, especificando cuánto, por qué conceptos y por quién se paga o se ha pagado, el acreedor da por extinguida la hipoteca en cláusula distinta y termina con otra destinada al célebre consentimiento formal consintiendo o solicitando expre-

samente el asiento de cancelación de la inscripción de crédito hipotecario que también habría sido reseñada.

Ante esta infrecuente escritura pluscuamperfecta de cancelación, no cabe plantearse problema alguno. El problema está cuando de esas tres cláusulas, falta alguna y aún más cuando faltan dos de ellas. Más adelante diremos algo sobre las razones que han ido ocasionando el distanciamiento del formulario de la escritura pluscuamperfecta hasta llegar incluso a la de nudo consentimiento formal, en la que se omite toda referencia al pago de la deuda e incluso al consentimiento material de extinción del derecho real. De las discusiones de los autores y de la jurisprudencia registral se ha podido ir extrayendo, aunque con ciertas dificultades, criterios para estimar cuál debe ser la escritura perfecta de cancelación y hasta dónde puede llegar la tolerancia respecto a las menos perfectas.

Sintetizando mucho, porque cada escritura será un caso a interpretar, podemos decir: 1.º Que la simple cláusula de carta de pago sin ninguna referencia al derecho real de hipoteca ni a su extinción debe estimarse insuficiente. 2.º La que contenga sólo cláusula de consentimiento formal, en principio tampoco debe ser admitida. 3.º La que contenga cláusula de consentimiento material suficientemente expresiva con un principio de causalización, por escaso que sea, debe estimarse suficiente, aunque el consentimiento formal resulte meramente implícito.

F) Nada tiene de extraño el que se haya enconado tanto el tema del consentimiento de cancelación, porque en él juega, sin duda, el enigmático concepto de la causa que allí donde aparece todo se convierte en insoluble. De una u otra forma todos los autores se plantean la cuestión de la causa de la cancelación y del negocio extintivo del derecho real y, por tanto, es fácil explicarse que cada uno tenga su particular visión del significado del artículo 82 de la Ley Hipotecaria. En cierta ocasión (25) apunté la existencia de un pasado mal iluminado en la doctrina del negocio jurídico que pone en comunicación el tema del negocio abstracto con el de la forma o formalización de la declaración de voluntad. Allí y en algún otro lugar (26) tengo insinuado que más interesante que la diferenciación entre negocios causales y abstractos sería el considerar la abstracción como una figura jurídica general que aparece por cualquier parte rompiendo el principio general causalista y haciendo que cualquier tipo de declaración de voluntad sea eficaz, aun aislada, abstraída o independizada de su causa, presupuesto, base, motivo o precedente, por razones de urgencia, seguridad, eficacia, etc.; sin perjuicio de que luego, a distinto nivel de procedimiento, de órgano de decisión, etc., pueda valorarse y tenerse en cuenta la existencia o no, la validez o la licitud de aquello de lo que *prima facie* se prescindió.

(25) Ver mi comentario a la Resolución de 7 de junio de 1972 en el núm. 493 de esta Revista, noviembre-diciembre de 1972, págs. 1343 y ss. y 1348 y ss.

(26) Ver mi comentario a la Resolución de 11 de diciembre de 1974 en esta Revista, núm. 508, mayo-junio de 1975, págs. 645 y ss. y en especial pág. 656.

Allí pueden verse, como demostración de que la abstracción puede aparecer en cualquier tipo de declaración de voluntad, mis reparos a que la facultad resolutoria derivada del pacto de *lex commissoria* en la compraventa sea independizada o abstraída del pago o impago, sometiéndola a término final cierto, lo que no es sino introducir la problemática del negocio abstracto en uno de los «accidentalia». La causa de la cláusula de *lex commissoria* es garantizar el cobro del precio y añadirla aquel término final, aunque obedezca a razones muy loables, es desconectar la facultad resolutoria de su causa, cosa que, en principio, rechaza el sistema.

Contemplado el artículo 82, 1.º, desde esta perspectiva, resulta imposible encontrar en él afirmación dogmática ninguna respecto al contenido concreto del consentimiento cancelatorio y al formulario de la escritura cancelatoria idónea para cada caso. Creemos que no es caer en un absoluto relativismo jurídico el mantener que no cabe hablar de una causa única de la cancelación ni del consentimiento cancelatorio, sino que hay que ver caso por caso hasta dónde pueden llegar los silencios u omisiones de la escritura respecto a la cadena de causas: Causa del consentimiento formal, del material de extinción, de la extinción del crédito hipotecario... y hasta dónde deben llegar los detalles concretos de toda la cadena de causas (si es admisible afirmar que se ha recibido el pago de la deuda sin decir cuándo, ni de quién, etc.).

No quiero decir con esto que sobren todas las construcciones hechas o que puedan hacerse sobre el consentimiento de cancelación desde el punto de vista de los conceptos, pero sí pretendo que nos acerquemos al artículo 82 sin ideas preconcebidas, sin separarle de su circunstancia (el resto de la Ley y de los principios del ordenamiento) y sin exigirle más de lo que puede y quiso dar. Puede ser que su texto no pretendiese sino recoger el consentimiento de cancelación usual en el momento de aparecer la Ley, en el cual los formularios notariales ya habrían dado cabida a un cierto grado de abstracción de la causa entendida en el sentido pragmático de que hemos hablado. Entonces, como ahora, aunque algo menos, ya resultaría conveniente en ciertos casos no precisar quién ha sido el pagador de la deuda garantizada; en otros casos puede haber incertidumbre sobre si el pago llegó a realizarse, pero prescrito el crédito hipotecario resulta correcto prestar el consentimiento de cancelación; en algún caso, aunque más difícilmente tratándose de hipotecas, puede interesar la cancelación sin prejuzgar respecto a la extinción del derecho. Surge de todo esto la utilidad de un formulario de contenido mínimo que tenga la ventaja de abarcar la mayor cantidad de casos posibles, aunque quede mutilada la tradicional carta de pago, e incluso la causa del consentimiento material de extinción. En algún caso el interesado es ajeno a tales mutilaciones, e incluso pueden resultar luego perjudiciales; en otros los recortes de causa pueden ser ventajosos desde los puntos de vista más inspeccionados (27). Ante esta realidad práctica de usos notariales y registrales resulta inútil entrar en averiguaciones históricas sobre la procedencia y sentido del texto del artículo 82, pues lo interesante es determinar en qué momento sorprendió el precepto legal a la evolución simplificadora de los formularios notariales de escrituras de cancelación y aún más interesante hasta dónde es correcto permitir una simplificación posterior aún mayor.

Resulta duro reducir el apartado 1.º del artículo 82 a la simple consagración del principio de que la extinción (cancelación) requiere el mismo modo que la constitución (inscripción), recogido por la homeopatía y por el refrán «la mancha de la mora con otra verde se quita», pero lo cierto es que acaso su intención, como afirmó PANTOJA Y LLORET citado por DÍEZ PICAZO, fuese poco más que evitar que la hipoteca se pretendiese cance-

(27) Como en otras ocasiones, insinuó en letra chica que acaso motivaciones fiscales hayan intervenido también en la cuesta abajo de la simplificación del contenido de las escrituras de cancelación. En algún caso excepcional el hacer abstracción de la causa puede bordear el fraude fiscal; pero en honor al Notariado creo estadísticamente más frecuente el que las escrituras se muestren parcas, evitando lo menos posible en adornos causales del consentimiento de cancelación para evitar fantásticos y abusivos actos liquidables deducidos o presuntos, vistos por celosos liquidadores insaciados con el bajo tipo de la cancelación de hipoteca.

lar con el recibo privado de la deuda garantizada, cosa que es poco más o menos lo que viene a repetir el artículo 179 del Reglamento Hipotecario. A pesar de esta finalidad básica e inicial, la trascendencia del precepto es mucho mayor y debe dársele aplicación general a todos los casos de extinción y cancelación de derechos reales, sin perjuicio de que en cada clase de derechos y tipo de extinción deba tener formulación muy distinta el consentimiento bilateral o unilateral necesario para la extinción y la cancelación.

Lo que no se puede pretender es que el artículo 82 nos conteste a la pregunta de si es admisible para la cancelación una escritura de nudo consentimiento formal, cosa que mal hubiese comprendido el legislador de 1861, ni a la pregunta de si al consentimiento sustantivo de extinción del crédito y de la hipoteca hay que añadirle un consentimiento adicional dirigido a la cancelación del asiento que el legislador de 1861 hubiese estimado más que sincera pregunta una trampa saducea.

Sin embargo, hoy, después de tantas lucubraciones sobre el consentimiento formal, no sólo es lícito preguntarse esto último, sino también y aún más, si es inscribible una escritura de cancelación de nudo consentimiento formal, pregunta cuya respuesta no puede eludirse diciendo que tal escritura no será frecuente, porque bastaría solamente una para que la contestación fuese necesaria.

La Dirección en la Resolución comentada no ha contestado a ninguna de estas preguntas, porque al decirnos que la frase «el acreedor cancela la hipoteca» es suficiente por suficientemente expresiva de que se consiente la cancelación del asiento, nos deja en la duda de si en todo caso debe estimarse compendiosa del consentimiento material y del formal a la vez, y en la duda de cuál de los dos es, en definitiva, el ineludible para cancelar.

T. C. G.

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

Por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA y
JOSÉ QUESADA SEGURA

I. REGISTRO DE LA PROPIEDAD

TITULARIDAD DE TERRENO OCUPADO POR VIA FERREA, UNA VEZ EXTINGUIDA LA CONCESION DEL FERROCARRIL. DOBLE INMATRICULACION: REFERENCIA A LA DOCTRINA DE LA INSCRIPCION MAS ANTIGUA. PROBLEMAS DE PRUEBA DEL TITULO DE DOMINIO E IDENTIFICACION DE LA FINCA (SENTENCIA DE 3 DE OCTUBRE DE 1977).

Hechos.—Don José Baraldes Casamitjana presentó demanda contra el Estado y el Ayuntamiento de Manresa, fundándose en que el actor es dueño de un solar inscrito a su nombre en el Registro de la Propiedad, que había comprado de quien en el mismo aparecía como dueño de una mayor finca, cuyo dominio se había justificado por expediente de dominio tramitado en el año 1952; que el Estado tramitó expediente administrativo para reincorporar a su Patrimonio los derechos del ferrocarril de Manresa a Berga, y al amparo del artículo 206 de la Ley Hipotecaria, logra inscribir a su nombre una finca que incluye dentro de sus límites la finca del actor, produciéndose doble inmatriculación; que, seguidamente, el Estado dona condicionalmente la finca al Ayuntamiento de Manresa. Por todo ello suplica al Juzgado dicte sentencia por la que se declare: 1.º Que el actor es pleno propietario del solar inscrito a su nombre, limitada su total superficie a 97 metros 20 decímetros cuadrados. 2.º Que son nulos e ineficaces, por contrarios a la Ley e incompatibles al título del actor, el acta de 19 de septiembre de 1967 y la certificación de ella derivada que motivó en el Registro la inscripción primera, o por lo menos en cuanto a la superficie que comprende la finca del actor. 3.º Que son nulas y deben cancelarse las inscripciones a favor del Estado y del Ayuntamiento de Manresa, por cuanto las mismas comprenden el citado solar inmatriculado con anterioridad a favor del actor.

Tanto el Abogado del Estado como la representación del Ayuntamiento de Manresa contestan a la demanda oponiéndose, alegando que en 1891 existía en el Registro una inscripción de la concesión administrativa de explotación del ferrocarril de la línea de Manresa, que comprendía los terrenos correspondientes, entre ellos el solar discutido, inscripción que tiene mucha mayor antigüedad que la del expediente de dominio que alega el actor. Suplican se dicte sentencia declarando la incompetencia de la Jurisdicción ordinaria y la competencia de la contencioso-administrativa, desestimándose las pretensiones de la demanda, y se formula reconvención, suplicando se declare que el Estado, en méritos del cese de la concesión de la línea ferroviaria otorgada a la Empresa S. A. Tranvías o Ferrocarril Económico de Manresa a Berga y de su adscripción al organismo autónomo Ferrocarriles de Vía Estrecha, adquirió a título de dominio todos los bienes, instalaciones y terrenos afectados a dicha línea, comprendidos en la inscripción primera de 1891, entre los cuales se encontraba la franja de terreno de 97 metros 20 decímetros cuadrados, descrita en la demanda, actualmente objeto de cesión gratuita a favor del Ayuntamiento de Manresa, siendo nulo el título de dominio del actor contenido en escritura pública de 2 de febrero de 1966.

El Juez de Primera Instancia número 8 de los de Barcelona dictó sentencia rechazando la demanda y la excepción de incompetencia de jurisdicción, y declara insuficientes los títulos de dominio y sus inscripciones registrales a nombre del actor, frente a los títulos de dominio inscritos a favor del Ayuntamiento y antes del Estado, y dando lugar en parte a la reconvención ejercitado por los demandados, declara la nulidad de la inscripción de dominio a favor del actor.

Apelada la anterior sentencia por la parte demandante, la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona dictó sentencia revocando parcialmente la apelada y estimando de oficio la incompetencia de jurisdicción para resolver sobre el fondo de la segunda pretensión del suplico de la demanda del actor, es decir, sobre la nulidad del acta y certificación administrativa del Estado. Además, limita el alcance de la pretensión reconvencional de los demandados, en el sentido de que la inscripción de la finca del actor debe reducirse en cuanto a la extensión superficial en 60 metros, en franja que modifica el linde Sur de la finca.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el actor, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Prieto Delgado, declara no haber lugar al recurso, por lo siguiente:

«Considerando que, a los fines del recurso, por la estrecha relación que tienen con la motivación del mismo, son notoriamente relevantes y significativos los hechos siguientes: 1.º El actor, hoy recurrente, no ha propuesto, ni probado, el título de adquisición de su inmediato causante, no obstante ser el presentado expresión de una adquisición derivativa. 2.º Tampoco ha acreditado la posesión material de la zona y finca discutida. 3.º La realidad reconocida es que la franja de terreno ocupado por la línea férrea de Manresa a Berga está situada entre el linde Sur de la finca del actor y el Norte de la que ocupa el Grupo Escolar del Ayuntamiento, con reflejo registral trascendente, observándose la no coincidencia del linde dado en el expediente de dominio, tramitado para inmatricular la finca de la cual procede la del actor, en su orientación Sur y el Norte de la finca en la que está situado dicho Grupo Escolar, y la absorción de la

zona ocupada por la línea férrea mencionada, no apareciendo en los linderos de la finca del actor referencias de orientación, con los puntos cardinales y en los de la finca matriz se dan confusa y extrañamente tales referencias, según las certificaciones registrales a los folios cinco, nueve y diez de los autos. 4.º La franja de terreno de 60 metros cuadrados ocupada por la línea de Tranvía-Ferrocarril de Vía Estrecha de Manresa a Berga forma parte de los bienes inmuebles, elementos de la concesión otorgada para la explotación del ferrocarril en 1885, que formó después la finca compleja inscrita en el Registro de la Propiedad de Manresa con el número 5.432, finalizada la concesión tuvo acceso al Registro como bien patrimonial del Estado, finca número 15.364, cedida después al Ayuntamiento, resultando acreditado el dominio de éste sobre la misma, con la existencia de una inscripción registral *más antigua*, que la que provocó el expediente de inmatriculación de la finca de la cual fue segregada la del actor, hechos que se declaran probados por el Tribunal de Instancia, como resultado de la valoración de los documentos aportados por las partes y de los reconocidos por las mismas (considerandos sexto al noveno de la sentencia impugnada).»

«Considerando que procede examinar, de manera conjunta, los motivos primero y cuarto, amparados en el ordinal séptimo del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, por error de hecho resultante de los documentos aportados, con los números primero al séptimo, con la demanda—folios dos al cuatro y diecisiete y dieciocho de los autos—, ya que tiene como característica común la de que no son auténticos, a efectos de casación, porque ni contradicen la fundamentación de hecho, ya expresada, ni acreditan, por sí solos, lo que pretende el recurrente, pero es que, además, revelan los razonamientos empleados en ellos que lo que, realmente, se combate es la interpretación de los mismos, que fueron tenidos en cuenta, por lo cual se utiliza cauce inadecuado, según reiterada doctrina de esta Sala, por la cual no pueden prevalecer.»

«Considerando que igualmente son inviables los motivos segundo y tercero y quinto al séptimo, aducidos por el ordinal primero del artículo 1.692, por violación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, violación del 348 del Código Civil, por idéntica clase de infracción del artículo 609 y 349 de igual Ley sustantiva civil, respectivamente, ya que el examen comparativo de los argumentos utilizados en los motivos numerados y el contenido de la premisa fáctica de la sentencia recurrida revela se prescinde de ésta, estableciéndose supuestos distintos a los afirmados por la misma, conforme a los cuales la desestimación de la demanda fue causada por la falta de prueba del título de adquisición del dominio y de identificación de la franja de terreno, cuestiones de hecho no impugnadas eficazmente, por lo ya expresado, y también por la existencia de una inscripción registral *más antigua* a favor del Ayuntamiento demandado que la originada por el expediente inmatriculador, de la que fue segregada la del recurrente; la cuestión planteada en el motivo sexto es nueva, y en cuanto al motivo séptimo, ha de tenerse en cuenta que, respecto a la ocupación, a título de servidumbre del terreno propiedad de los antecesores del recurrente, en el dominio de la finca, se afirma en el considerando séptimo de la sentencia de instancia que “tampoco se ha probado, ni siquiera la hipótesis con base en que era un espacio ocupado por la línea de tranvías”. La finalidad de las servidumbres legales establecida en el artículo 549 del Código Civil no fue objeto de controversia.»

COMENTARIO.—En relación con esta sentencia, exponemos las siguientes observaciones o sugerencias:

1.ª Que, ante el supuesto de doble inmatriculación planteado, sigue el criterio de la *inscripción más antigua*, entendiendo por tal la inmatriculación de fecha más antigua. Como de los diversos criterios para resolver la doble inmatriculación, nos ocupamos detenidamente al comentar la Sentencia de 22 de junio de 1972, en el número 499 de esta Revista, año 1973, páginas 1534 a 1542, allí nos remitimos respecto a las distintas cuestiones que plantea el criterio de la inmatriculación más antigua.

2.ª Que se trata de un caso en que se había producido una grave irregularidad respecto al historial de la finca de inscripción más antigua, a pesar de lo cual nada se dice en la sentencia sobre este extremo, que si no en este caso, dada la peculiaridad del mismo, sí en otros, podría influir para resolver de otro modo el problema de la doble inmatriculación. La irregularidad consistía en que el Estado, en lugar de continuar, a través del tracto sucesivo, el historial de la inscripción de la concesión administrativa de ferrocarril, obtiene una nueva inmatriculación de la finca, sin enlace registral con aquella antigua inscripción, por el mecanismo de la certificación del artículo 206 de la Ley Hipotecaria. La presente sentencia no da ninguna importancia a esta irregularidad, pues estudia el asunto como si se hubiera cumplido el principio de tracto sucesivo. En realidad no queremos entrar en este supuesto, en que las pruebas concretas han influido decisivamente en la solución, sino dejar constancia de que, en términos generales, no puede ser pasada por alto la irregularidad de tracto sucesivo o de salto de folios en la historia registral de una de las fincas en conflicto, según dijimos en el comentario que acabamos de citar, en el apartado denominado «el criterio de la regularidad de historia registral» (pág. 1541). Hay que tener en cuenta que una irregularidad de este tipo puede dar lugar a que sólo sea considerado tercero hipotecario el otro titular en conflicto y no el del folio con historia irregular (por falta del requisito de la buena fe hipotecaria), y sabido es que en el tema de la doble inmatriculación también juega la calidad de los titulares en conflicto. Además, el actor ya había aludido a esta irregularidad en el expositivo quinto de su demanda, al decir: «La inscripción registral la logró el Estado con la presentación en el Registro de una certificación según la cual era dueño de la finca por haberla integrado en su patrimonio por acta de 19 de septiembre de 1967 y en la misma se interesaba su inscripción. Si lo que debía inscribirse era parte de los derechos que correspondían al ferrocarril, como éste tenía inscritos sus derechos, el procedimiento utilizado era inoperante por no ser correcto y ha motivado contradicciones registrales». Claro que, según se dice en el primer considerando de la sentencia, antes transcrito, también el historial de la finca del actor tenía irregularidades graves en cuanto a la descripción de sus linderos.

3.ª Otro dato a tener en cuenta, cuando se trata, como en este caso, de una antigua inscripción de concesión de ferrocarriles, es la dificultad de interpretación que suele existir en relación con los terrenos comprendidos en la concesión, pues no siempre queda claro si están inscritos o mencionados dichos terrenos y, sobre todo, cuál es el título de adquisición de los mismos, pues a veces no resulta si han sido adquiridos por expropiación forzosa o por enajenación voluntaria, y esto es de gran interés a

efectos del derecho de reversión de los colindantes sobre los terrenos sobrantes que fueron adquiridos por expropiación. Hasta se pueden plantear problemas, como aquí sucedía, si el derecho comprendido en la concesión es el de dominio o el de servidumbre de paso, con las distintas consecuencias que resultan al extinguirse la concesión. Todas estas cuestiones han sido resueltas en el presente caso a través de las pruebas producidas, en el sentido de que los terrenos estaban comprendidos en la concesión a título de dominio y no de servidumbre. Pero no queremos pasar por alto estas dificultades interpretativas de dichas inscripciones, lo que puede repercutir, según los casos, en la solución de los problemas de doble inmatriculación.

4.ª Por último, hay que resaltar que el Tribunal Supremo no ha tenido ocasión de conocer en esta sentencia la cuestión de si el acta y certificación administrativas del Estado, cuya nulidad se pretendía, son aspectos que puede conocer la jurisdicción ordinaria o deben quedar reservados a la jurisdicción contencioso-administrativa. Y decimos que no ha tenido ocasión de resolver esta cuestión, porque fue la Sala de la Audiencia Territorial la que decidió que era competente a tal efecto la jurisdicción contencioso-administrativa, y el interesado no recurrió contra esta interpretación. No obstante, esa decisión de la Audiencia Territorial de Barcelona no es convincente, pues, aunque se trate de documentos administrativos, lo cierto es que están enlazados con el aspecto fundamental de la inscripción en el Registro de la Propiedad y del título inscribible del Estado en colisión con el título de un particular, por lo cual debe ser la jurisdicción ordinaria la que resuelva estas cuestiones. Así resulta de la importante sentencia del Tribunal Supremo de unos días después de la presente, en que sí tiene ocasión de conocer de ese problema, resolviéndolo en el sentido de que tiene competencia la jurisdicción ordinaria, según puede verse en esta misma sección y número en la reseña de la Sentencia de 22 de octubre de 1977, que deja claro que el problema de la propiedad de una finca y su subsiguiente inscripción registral son cuestiones de carácter patrimonial estricto, a dilucidar por la vía civil, aunque estén conexos esos accesorios aspectos de Derecho administrativo.

PRINCIPIO DE LEGITIMACION REGISTRAL: PRESUNCION LEGITIMADORA DE LOS ASIENTOS: NO SE DA EL SUPUESTO DE ACCION CONTRADICTORIA DEL DOMINIO INSCRITO A QUE ALUDE EL PARRAFO SEGUNDO DEL ARTICULO 38 DE LA LEY HIPOTECARIA (SENTENCIA DE 14 DE OCTUBRE DE 1977).

Hechos.—Doña Isabel Salvador Bosch formuló demanda contra los esposos don Zacarías Caldach Ch. y doña Constancia Pescador S. sobre determinadas declaraciones, exponiendo: que existe en Alcalá de Chivert, en la calle de San Vicente, un edificio que tiene los números 2 y 4, correspondiendo el dominio de la totalidad del número 4 y el primer piso del número 2 a la actora, y la planta baja de este último a los demandados; que éstos, al tramitar la ruina del edificio número 2 con el consiguiente derribo, se habían apropiado también de la parte alta de la casa. Suplica se dicte sentencia declarando que toda la casa número 4 es propiedad de la actora, y que también lo es el primer piso de la casa número 2, el cual

fue derruido en parte por el demandado, impidiendo su posesión a la actora, y, en consecuencia, se dé lugar a la reivindicación de dicho primer piso en favor de la actora y se condene a los demandados a la reconstrucción del techo y tabiques tirados, con el fin de reintegrar dicho primer piso a su propietaria, dejándolo como estaba, comunicado con el primer piso de la casa número 4, o a que se haga a costa de los demandados. Y alternativamente con el punto anterior, se declare que, en el caso de que se considere, civil o administrativamente que la casa número 2 está en ruina, el solar resultante del derribo total de la misma es propiedad, por partes iguales, de la actora y de la parte demandada, con derecho de la actora a comunicar lo que se construya sobre dicho solar y se adjudique por su mitad a la misma con la casa número 4 de la misma calle.

Contestada la demanda por los demandados oponiéndose a la misma, y seguidos los demás trámites, el Juez de Primera Instancia de Vinaroz dictó sentencia estimando parcialmente la demanda, declarando que la casa número 4 de la calle San Vicente, de Alcalá de Chivert, es propiedad de la actora, así como la denominada naya o altillo o habitación sita encima de la casa número 2, condenando a los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones, desestimando los restantes pedimentos de la demanda.

Apelada la anterior sentencia por la parte demandada, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia dictó sentencia, conteniendo el siguiente pronunciamiento: «Fallamos que, desestimando el recurso de apelación de la parte demandada y estimando en parte el del actor adherido a la apelación, debemos de confirmar y confirmamos la sentencia apelada en los términos que su fallo expresa, complementándola en el sentido de que la casa número 4 debe quedar comunicada interiormente con la naya sita sobre la casa número 2 de la misma calle, propiedad de los demandados, mediante el paso o acceso esencial y limitado a la normal utilización de la reconocida dependencia y por el lugar en que se hallaba, corriendo a cargo de los referidos demandados la obligación de restablecer las cosas al ser y estado que se encontraban antes de producirse el derribo».

El demandado interpone recurso de casación por tres motivos, destacando el tercero, en el que alega infracción, por violación, del artículo 38, párrafo 2.º, de la Ley Hipotecaria, expresando que en la certificación registra^l se describe la finca litigiosa como «casa-bodega con lagares, que consta de una sola planta y sobre parte de ella descansa un piso perteneciente a la casa» de la actora, y ésta ha ejercitado en su demanda acción contradictoria del dominio inscrito, sin que previamente o a la vez haya entablado demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Gregorio Díez Canseco y de la Puerta, declara no haber lugar al recurso, por lo siguiente:

«Considerando que los tres motivos de que consta el recurso se amparan en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y son desestimables; en cuanto al primero de ellos, porque al construirse con base en que la sentencia recurrida estima la usucapión, que no había sido pedida, es llano que lo que se está denunciando por cauce procesal inadecuado es un vicio de incongruencia; respecto al segundo, por-

que al estimar la adquisición del dominio por la usucapión, ello supone o implica el considerar que la posesión por el adquirente ha sido efectivamente a título de dueño, aunque no lo diga así de modo expreso; y, finalmente, en cuanto al tercero y último motivo, porque el tema que plantea no fue suscitado en el período expositivo del pleito, sino en el acto de la vista de la apelación, constituyendo, por tanto, una cuestión nueva a la que el número quinto del artículo 1.729 de la citada Ley procesal veda su acceso a este recurso extraordinario, y en esta fase decisoria determina su desestimación, aparte de que para que el artículo 38, párrafo 2.º, de la Ley Hipotecaria entre en juego, es preciso que la acción ejercitada en la demanda contradiga el dominio inscrito, contradicción que no aprecia como existente la sentencia impugnada, y que tampoco demuestran los recurrentes, antes, por el contrario, de la propia certificación registral que se invoca en el motivo resulta claro que la acción ejercitada en la demanda no se refiere a la finca urbana que es propiedad de los recurrentes, y sí, en cambio, a un piso que, según la misma inscripción, descansa sobre parte de la única planta que consta aquella finca urbana, piso que pertenece a la casa de doña Isabel Bosch, la cual casa, con la que es objeto de la inscripción, formaban antes una sola finca.»

COMENTARIO.—Es acertada esta sentencia al entender que no es aplicable el caso debatido el párrafo 2.º del artículo 38 de la Ley Hipotecaria. Efectivamente, ese párrafo se refiere únicamente a las acciones contradictorias del dominio inscrito, en cuyo caso exige que previamente o a la vez se entable demanda de nulidad o de cancelación de la inscripción correspondiente. Y mal se podía considerar acción contradictoria del dominio inscrito a favor del demandado la que plantea el actor, tendente a obtener la declaración de que el primer piso de la casa número 2 le pertenece, cuando es el propio Registro de la Propiedad el que advierte, según resulta de la certificación aportada que cita el propio demandado, en el apartado de la descripción de la finca de éste, que consta de una sola planta y que sobre parte de ella descansa un piso perteneciente a la casa de la parte actora. No se explica, pues, que el demandado aluda a esa supuesta contradicción, cuando ocurre todo lo contrario, es decir, que la acción concuerda plenamente con el contenido registral.

Ahora bien, hay que reconocer que esas inscripciones en cuyo apartado descriptivo se hacen alusiones a partes de finca pertenecientes a otro titular, típicas en relación con las casas antiguas de algunos pueblos o ciudades en que existen casas empotradas o a caballo, plantean dificultades de interpretación, que nos pueden llevar por otro camino, distinto del que se apuntaba en este caso, al tema de la aplicación o no del párrafo 2.º del artículo 38 de la Ley Hipotecaria. Porque, ¿qué naturaleza jurídica tiene esa referencia descriptiva al dominio a favor de otra persona? ¿Es una mención cancelable? Si es cancelable y se cancela, ¿restablece el dominio vertical del titular registral? ¿Cabe hablar entonces de acción contradictoria con ese dominio vertical? Adelantaremos que en estos casos no cabe hablar de ningún modo de acción contradictoria del dominio inscrito, pues siempre resultará que el demandado sólo tiene inscrito a su favor la planta baja de la casa y no del piso superior, único que la parte actora reclamaba.

En cuanto a la naturaleza jurídica de esa referencia al dominio de otro titular contenida en el apartado de la descripción, hay que hacer

unas distinciones. Si ella responde a lo que resulta ya inscrito en el folio de la finca colindante, no se trata de una mención, sino de un dato importante para hacer concordar las diferentes inscripciones, que resulta ya inscrita con anterioridad en la otra finca. Aun no siendo así, si comparecen en el título ambos interesados, tampoco puede hablarse de mención, sino de inscripción de una finca a favor de dos titulares, bajo la modalidad no de propiedad horizontal, sino de medianería horizontal, figura ésta que exige algunos requisitos de los que ya nos ocupamos en otra ocasión (número 498 de esta Revista, año 1973, comentario de la Sentencia de 28 de abril de 1972, págs. 1239 y 1246).

Aun no dándose ninguno de los dos supuestos indicados, tampoco cabe hablar sin más de mención cancelable. En nuestra opinión, se trata de una figura compleja, que en parte es un dato descriptivo no cancelable y en parte es una mención de dominio cancelable, pero en todo caso, teniendo en cuenta los limitados efectos de la cancelación de las menciones de dominio. En tanto en cuanto es una referencia contenida en la descripción de la finca que sirve para concretar, por la vía de exclusión y de delimitación, el objeto de derecho que propiamente se inscribe, que no es toda la finca, sino una parte de ella, puede decirse que se trata de un importante elemento descriptivo. Pero sólo en ese aspecto, es decir, en el sentido de que explica que sólo es objeto de inscripción la planta baja de la finca, quedando excluido de la inscripción el piso primero. Por eso, la inscripción debería haberse redactado en esos simples términos, sin decir nada de que el dominio del piso primero pertenece a otro titular, pues en esta segunda parte, se está ya ante una mención de dominio, similar a aquellas en que, con ocasión de la inscripción de una parte indivisa, se dice que la otra parte indivisa corresponde a distinto titular. En ese sólo aspecto, podría haberse pretendido la cancelación de la mención del dominio, pero teniendo en cuenta que no por ello el titular de la planta baja extendía su dominio hacia el piso de arriba, pues, a diferencia de las menciones de cargas, la cancelación de las menciones de dominio sólo producen ese efecto extintivo del dominio mencionado, y no la ampliación del otro dominio ya inscrito, que queda igual que estaba.

Por tanto, ni aun desde esta perspectiva, no planteada ciertamente en el presente caso, podría decirse que la acción interpuesta por el actor, limitada al piso primero de la casa, contradecía el dominio inscrito del demandado, limitado únicamente a la planta baja de la misma casa.

ACCION REIVINDICATORIA EN SUPUESTO DE DOBLE VENTA: BUENA FE DE LA COMPRADORA QUE INSCRIBIO SU TITULO EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD. LA BUENA FE ES CUESTION DE HECHO, Y COMO TAL DEBE ACCEDER A CASACION POR LA VIA DEL NUMERO 7.º DEL ARTICULO 1.692 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. DEMANDA INTERPUESTA POR LA MUJER FRANCESA SIN LICENCIA DE SU MARIDO (SENTENCIA DE 21 DE OCTUBRE DE 1977).

Hechos.—Doña Odette Valentine Genevois formuló demanda contra don Félix Sáez Ruiz, sobre acción reivindicatoria, fundándose en que, mediante escritura pública otorgada el día 21 de julio de 1970, compró a una

sociedad anónima varios apartamentos del edificio «El Delfín Verde», entre los cuales se encuentran tres que la demandante, desde la fecha de adquisición, ha venido satisfaciendo sus contribuciones, impuestos y arbitrios, así como gastos de comunidad; no obstante lo cual, las llaves de los mismos están en poder del demandado, quien se niega a entregarlas, pretendiendo ostentar un derecho de propiedad sobre ellos, pero sin título alguno que justifique tal postura. Suplica se dicte sentencia por la que se declare que los apartamentos 102, 109 y 201 del citado edificio pertenecen en pleno dominio a la demandante y, en su consecuencia, se condene a la parte demandada a que haga entrega de dichos apartamentos con sus llaves y pertenencias.

El demandado contestó a la demanda alegando que mediante documento privado otorgado el 10 de octubre de 1968 había comprado a la misma sociedad los tres apartamentos sobre los que versaba la litis, habiendo renunciado posteriormente a la compra del apartamento 102, por lo que la Sociedad se lo vendió al hermano del demandado el 29 de mayo de 1970; en cuanto al apartamento número 109, el demandado formalizó públicamente su adquisición en escritura pública de esa misma fecha, 29 de mayo de 1970; y en cuanto al apartamento número 201, no se había formalizado aún la correspondiente escritura pública. Por todo ello, cuando la sociedad vendió a la actora esos apartamentos ya habían sido vendidos con anterioridad, siendo nula esa compraventa y nula o inválida su inscripción registral, dicho sea a todos los efectos de una reconvencción que expresamente formula sobre nulidad o invalidez de la compraventa y de la inscripción en el Registro de la Propiedad efectuada a favor de la parte actora. Además, suplica se dicte sentencia desestimando la demanda y estimando las excepciones que formulaba, consistentes en no estar legitimado pasivamente el demandado respecto al apartamento adquirido en realidad por su hermano, y en no constar que la actora tenga licencia de su marido al otorgar la escritura de apoderamiento a favor del Procurador, la necesidad de cuya licencia, en general, la afirma implícitamente el Notario, porque, según este fedatario, en este caso concreto no es necesaria esa autorización porque el contrato de matrimonio de la actora es el de separación de bienes «como lo probará» la otorgante, cosa que no se había probado.

El Juez de Primera Instancia de Laredo dictó sentencia desestimando la demanda y la reconvencción, siendo revocada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos, que declaró que los apartamentos 109 y 201 del referido edificio, pertenecen en pleno dominio a la actora, condenando al demandado a que haga entrega de las llaves y pertenencias, absolviendo a las partes de los demás pedimentos de la demanda y de la reconvencción.

El demandado interpone recurso de casación alegando que la demandante, de nacionalidad francesa, estaba casada cuando interpuso la demanda y no acreditó que su ley nacional le permitía comparecer en juicio, por lo que debió declararse *ex officio* nulo de pleno derecho todo el proceso; infracción por interpretación errónea del artículo 1.253 en relación con el 1.249 del Código Civil, al estimar buena fe de la actora cuando ésta efectuó la compra e inscripción registral de los dos apartamentos, sin tener en cuenta todas las circunstancias concurrentes en el asunto que llevaron precisamente al Juzgador de la primera instancia a la conclusión contraria; e infracción, por violación, del artículo 1.473 del Código

Civil en relación con el 434 del mismo Cuerpo legal, dada la referida mala fe de la actora.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel González Alegre Bernardo, declara no haber lugar al recurso, por lo siguiente:

«Considerando que al denunciarse en el primer motivo del recurso, amparado en el propio ordinal del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la violación, bien del artículo 4.º del Código Civil en relación con los artículos 9.º y 11 de dicho Código, o del artículo 6.º, número tercero, del Código Civil en relación con los artículos 2.º, número tres, y 9.º, números uno y dos, del mismo, según se estime aplicable el Título Preliminar del referido Código antes o después de su reforma, así como la de los artículos 3.º y 9.º, números quinto y segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es indudable que se está haciendo referencia a la excepción de falta de personalidad de la actora y ahora recurrida, en su momento alegada por la parte demandada y recurrente, y como sobre la misma ya declaró la sentencia de apelación, que al no haber sido objeto de impugnación en alzada había de estarse a lo resuelto en la sentencia de primera instancia, la imposibilita para traerla a este recurso, si bien lo sea mediante la alegación de constituir infracción de los mencionados preceptos sustantivos, que, además de no variar el fondo del asunto, es que, al no dar lugar a la nulidad radical o de pleno derecho, nunca le serían aplicables, por lo que hace que no pueda decirse hayan sido violados, todo lo que determina la desestimación del motivo.»

«Considerando que la misma suerte adversa ha de corresponder a los dos restantes motivos; el segundo, al denunciar por la vía del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la interpretación errónea del artículo 1.253 en relación con el 1.249, y aunque ya el motivo está incurriendo en defecto formal, es que además se afirma que la infracción se comete al estimar la buena fe de la actora, siendo así que por ser cuestión de hecho solamente puede ser combatida por el cauce del número séptimo; y el tercero, al denunciar, también por la misma vía procesal, la violación del artículo 1.473 del Código Civil en relación con el 434, y aunque también incurra en el defecto formal de relacionar artículos de contenido muy distinto, es que además el argumento por el que el Juzgador justifica la solución al problema de la doble venta que en la litis se le plantea, es precisamente lo ordenado en el párrafo segundo del expresado artículo 1.473, con cita del mismo, por lo que no puede decirse haya sido violado, y en cuanto al artículo 434, referente a la presunción de buena fe, al ser igualmente citado por la sentencia, y a estimar que el resultado de la prueba no desvirtuaba dicha presunción, y a lo que se hizo referencia en el anterior motivo.»

FRANJA DE TERRENO ADSCRITA A UNA CONCESION DE FERROVIARIAS, QUE AL QUEDAR EXTINGUIDA SE REINCORPORA AL PATRIMONIO DEL ESTADO EN VIRTUD DE ACTA ADMINISTRATIVA QUE SE INSCRIBE MEDIANTE LA CERTIFICACION DEL ARTICULO 206 DE LA LEY HIPOTECARIA. LA CUESTION PLANTEADA ENTRE EL ESTADO Y UN PARTICULAR ACERCA DE LA PROPIEDAD

DEL TERRENO Y DE LA VALIDEZ DEL ACTA Y DE LA INSCRIPCIÓN CORRESPONDE CONOCERLA A LA JURISDICCION CIVIL ORDINARIA (SENTENCIA DE 22 DE OCTUBRE DE 1977).

Hechos.—Don Adrián P. D. presentó demanda contra el Ayuntamiento de Manresa y el Estado suplicando se dictara sentencia declarando la propiedad a favor del actor de una franja de terreno lindante con antigua vía férrea, siendo nulas e ineficaces el acto de reincorporación de la misma al Patrimonio del Estado al extinguirse la concesión del ferrocarril de Manresa a Berga y la consiguiente certificación que motivó la inscripción al amparo del artículo 206 de la Ley Hipotecaria, así como la ulterior cesión al Ayuntamiento de Manresa, por constar inscrita a favor del actor como formando parte de una casa de su propiedad.

El Ayuntamiento de Manresa contesta a la demanda oponiendo la excepción previa de incompetencia de jurisdicción porque se impugnan los efectos de la concesión administrativa, relativos a su reversión al Estado y posterior cesión al municipio aprobada por Decreto ministerial, lo cual es materia administrativa. Y formula reconversión reclamando la declaración de propiedad de la franja de terreno en cuestión.

El Estado también se opone por tratarse de terrenos afectos a la explotación de una concesión que deben revertir al Estado y, en todo caso, porque las pretensiones del actor tendrían que resolverse por la jurisdicción contencioso-administrativa. Formula reconversión para que se declare que el Estado adquirió a título de dominio todos los bienes y terrenos afectos a la línea ferroviaria comprendidos en la inscripción de dicha concesión, entre los cuales se encontraba la franja de terreno que se trata de reivindicar, debiendo rectificarse la inscripción del actor caso de estar comprendida esa franja en la descripción de su finca.

El Juez de Primera Instancia número 6 de los de Barcelona dictó sentencia apreciando la excepción de incompetencia de jurisdicción.

Apelada la anterior sentencia por el demandante, la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona la confirmó.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño, declara haber lugar al recurso interpuesto por el actor en cuanto procede a entrar en el fondo del asunto, pero en la segunda sentencia desestima la demanda y estima la reconversión del Estado y del Ayuntamiento de Manresa en lo fundamental.

En la primera sentencia, el Tribunal Supremo sienta la doctrina siguiente:

«Considerando que en el primero de los motivos formulados y con amparo procesal en el número seis del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se denuncia violación del artículo 267 de la Ley Orgánica del poder judicial en relación con el 348 de nuestro primer Código sustantivo, por entender, contrariamente a lo decidido por los dos Juzgadores de instancia, que el pleito de que trae causa el presente recurso se refería a un asunto civil y no administrativo, cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción ordinaria y no a la contencioso-administrativa, pues lo que en él se discute es la propiedad de una finca y su subsiguiente inscripción registral; para cuya solución es preciso partir de la demanda inicial rectora del procedimiento, en cuyo suplico se concretan las peticiones actoras

en cuatro puntos, de los que el primero, el tercero y el cuarto se refieren, respectivamente, a que se declare que el actor es dueño en pleno dominio de la finca que se describe, que son nulas y deben cancelarse—al menos parcialmente—las inscripciones que menciona efectuadas en favor del Estado y del Ayuntamiento de Manresa respecto de la finca número 15.364 del Registro de la Propiedad de esta ciudad y que la misma no tiene ni la cabida ni los linderos que figuran en la inscripción; cuestiones las tres que son de carácter patrimonial estricto, a dilucidar por la pertinente vía civil y ajenas a lo puramente administrativo, condición que no puede decirse alterada por el hecho de que los demandados sean el Estado y la mencionada Corporación municipal, puesto que ambos son llamados al proceso como titulares de derechos en pie de igualdad con los particulares, sin entrar en juego la potestad de imperio típica de los actos de Derecho administrativo de que habla el apartado primero del artículo 1.º de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956, en cuanto que se trata de materias que expresamente atribuye a la jurisdicción ordinaria el apartado a) del artículo 2.º del mismo texto legal; todo ello al modo como ya declaró esta Sala en un caso igual por completo al presente en la Sentencia de 3 de octubre del año en curso, al confirmar lo que en aquel supuesto había sido decidido por la Sentencia que allí se recurrió.»

«Considerando que la segunda de las peticiones de la demanda, que es justo en la que primordialmente se apoya el Tribunal *a quo* para fundar su decisión total de acogimiento de la excepción de incompetencia de jurisdicción, por estimar que es condicionante del resto de lo que se pide, se refiere a la solicitud de que se declaren “nulos e ineficaces y carecen de todo valor y efecto, lo mismo por contrarias a la ley que por posteriores e incompatibles al título del actor, el acta de fecha de 19 de septiembre de 1967 de supuesta reincorporación al Patrimonio del Estado de la finca descrita en el hecho tercero de la demanda y la certificación derivada de la dicha acta que motivó en el Registro de la Propiedad de Manresa la inscripción primera de la finca 15.364...”, observándose que esta última aludida certificación no sólo porque en el alegato así se dice, sino también y de modo principal porque su contexto lo confirma, es simplemente “derivada” del acta, en el sentido de que no es sino un mero certificado de lo que ésta reflejaba que pudiese servir a los fines de producir la inmatriculación registral—que causó la inscripción primera de la referida finca 15.364 al folio 230 del tomo 1.237 del libro 352 del indicado Registro de la Propiedad—efectuada el 24 de octubre de 1968, con amparo y cumpliendo los requisitos exigidos en el artículo 206 de la Ley Hipotecaria y 303 del Reglamento de la misma, lo que le priva del concepto de acto administrativo intrínseco e independiente que pudiera permitir su enjuiciamiento por la jurisdicción especial y reduce todo el problema al de la catalogación jurídica a los efectos que ahora interesan de la tantas veces mencionada acta de 1967, la cual aparece firmada, de un lado, por el representante del Patrimonio del Estado, y de otro, por el Ingeniero Jefe de los “Ferrocarriles de Vía Estrecha” (FEVE), entidad que por imperativo legal había sucedido en sus derechos a la Compañía “Tranvía o Ferrocarril Económico de Manresa a Berga”, que fue la que en 1885 obtuvo la concesión del mismo, bajo el régimen de la Ley de 23 de noviembre de 1.877, por un plazo de sesenta años, cesando de hecho en 1936, siendo, según se dijo, el único objeto del acta reintegrar al patrimonio estatal los

terrenos sobre los que el ferrocarril discurrió, para constatar de una manera definitiva su titularidad, logrando una repercusión registral que pudiese término a las incertidumbres existentes que dieron lugar a una gran movilidad en las inscripciones, ajeno todo ello, tanto por el acto en sí como por el alcance perseguido, a lo puramente administrativo al afectar a cuestiones de índole civil relativas al derecho de propiedad de los particulares interesados y del Estado en su calidad de titular dominical, cuyo examen y decisión es indudable que corresponde a la jurisdicción ordinaria y no a la contencioso-administrativa, según se denuncia en este primer motivo, que, en su virtud, debe ser estimado, casando y anulando la sentencia recurrida...»

En la segunda sentencia se estudian los tres requisitos de la acción reivindicatoria, llegándose a la conclusión de que ninguno de ellos se da respecto a la acción ejercitada en la demanda, estimándose, en cambio, la reconvencción formulada por el Estado y dando lugar a las oportunas rectificaciones registrales en cuanto a los linderos de la finca del actor que no coincidían con los de su inscripción precedente.

NOTA.—Puede verse, a propósito de esta sentencia, lo que decimos en el punto cuatro del comentario a la anterior Sentencia de 3 de octubre de 1977 en esta misma sección y número.

LA PRETENSION DE UNA SOCIEDAD PROMOTORA DE QUE SE INSCRIBA EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD LA NORMA DE UN DECRETO DE DECLARACION DE CENTRO DE INTERES TURISTICO COMO GRAVAMEN EN LA FINCA DEL DEMANDADO, REFERENTE A LA CONCESION DE DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO A LA SOCIEDAD Y A LA ENAJENACION FORZOSA DE LOS TERRENOS A FAVOR DE LA MISMA SI SE INCUMPLIAN DETERMINADAS OBLIGACIONES, CORRESPONDE CONOCERLA A LA JURISDICCION CIVIL ORDINARIA (SENTENCIA DE 24 DE OCTUBRE DE 1977).

Hechos. «Refugios del Montseny, S. A.», formuló demanda contra Angela M. P. y Remedios P. C., exponiendo, en síntesis, los siguientes hechos: que la entidad actora se dedica a la promoción urbanizadora y explota el complejo denominado Area de Refugios del Montseny, radicado en la montaña de los términos municipales de San Esteban de Palutordera y San Pedro de Vilajor; que las demandadas son propietarias de la finca denominada Can Rovira, enclavada en zona de Area de Refugios del Montseny; que la actora solicitó del Ministerio de Información y Turismo la declaración de Centro de Interés Turístico Nacional para su Area de Refugios del Montseny, y el Decreto de fecha 25 de noviembre de 1971 así lo declaró, estableciendo además en su artículo 3.º: «Enajenación forzosa» de los terrenos de don Esteban R. B. y don Elías M. M., siempre que en el plazo de dos años no hubieran emprendido o seguido a ritmo normal las obras necesarias para su utilización conforme al Plan de Ordenación Urbana; que próximo a cumplirse el primer año se ha enterado la parte actora de que las demandadas pretendían enajenar la finca sin cumplir ni hacer cumplir al comprador las disposiciones y obligaciones, por lo que interesaba a dicha parte actora que constara en el Registro de

la Propiedad el gravamen o limitación que pesaba sobre las fincas de las demandadas. Alegaba los fundamentos de derecho y terminaba suplicando al Juzgado se dictara sentencia ordenando en su día inscribir en el Registro el gravamen y afección de referencia.

La entidad actora presenta nueva demanda contra Angela M. P. solicitando la enajenación forzosa de la finca Mas Rovira, que fue acumulada a la anterior.

La demandada Angela M. P. es la única que contesta a la demanda, por haber fallecido la otra demandada, oponiendo la excepción dilatoria de incompetencia de jurisdicción, pues la enajenación forzosa correspondía realizarla a la Administración, por ser el trámite para la expropiación el del artículo 144 y siguientes de la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 2 de mayo de 1975. Además se trata de cuestiones ajenas por completo al Derecho Civil, por hallarse inmersas dentro del campo del Derecho Administrativo.

El Juez de Primera Instancia de Arenys de Mar dictó sentencia estimando en parte la excepción de incompetencia de jurisdicción en cuanto a la cuestión de inscripción en el Registro de la Propiedad del gravamen y afección de enajenación forzosa, y en cuanto a la pretensión de enajenación forzosa de la finca compareciendo en la Notaría. El Juez mantuvo la competencia del Juzgado en cuanto a la otra pretensión, referente a la notificación a la actora de su decisión de enajenar.

Interpuesto recurso de apelación por ambas partes, la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona dictó sentencia por la que declara la incompetencia de esta jurisdicción ordinaria para conocer de todas y cualesquiera de las pretensiones formalizadas por la parte actora en los suplicos de sus demandas acumuladas.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por la entidad actora, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Francisco Bonet Ramón, declara haber lugar al recurso, por lo que se dice en el único «considerando» de la primera sentencia:

«Considerando que el motivo único del recurso que denuncia la infracción del número sexto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ha de prosperar, pues, como declara la sentencia de esta Sala de 3 de julio de 1950, para el debido deslinde de la esfera de acción propia de la jurisdicción ordinaria y de la administrativa, se ha de partir fundamentalmente de lo dispuesto en los artículos 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del artículo 1.º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, a tenor de los cuales y de la doctrina jurisprudencial interpretativa de los mismos deberán ventilarse en vía administrativa todas las cuestiones derivadas de actos en que la Administración actuó como poder en el ejercicio del *jus imperii*, y a su vez corresponde a la jurisdicción ordinaria el conocimiento de aquellos otros que aun teniendo su origen remoto en un acto de la Administración como poder, revisten carácter esencialmente civil y deriven de actos que tengan el mismo carácter, como sucede en el caso de autos, en que declarado Centro de Interés Turístico Nacional el complejo 'área de Refugios del Montseny', se ejercitan como pretensiones en la demanda, que se inscribiese el gravamen y afección con enajenación forzosa a favor de la entidad actora sobre la finca de las demandadas, que se condenase a las demandadas a notificar a la actora su decisión de enajenar y condiciones,

en su caso, para el ejercicio del tanteo o retracto e igualmente a otorgar escritura pública de venta en las condiciones que allí se expresaron, pedimentos de naturaleza civil todos ellos, correspondiendo por eso su conocimiento a la jurisdicción ordinaria, en la que concurre además su carácter de *vis atractiva* que le concede el artículo 51 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para llevar a su ámbito la preferencia en el conocimiento de casos que se ofrezcan dudosos, procediendo por todo lo expuesto la estimación del presente recurso.»

En la segunda sentencia, el Tribunal Supremo declara la competencia de esta jurisdicción para conocer de todas y cualesquiera de las pretensiones formalizadas por la parte actora en la súplica de sus demandas acumuladas. Como la cuestión fue planteada por la vía de los incidentes, la cuestión de fondo seguirá su tramitación en el pleito, no habiendo entrado en ello esta sentencia.

J. M. G. G.

II. DERECHOS REALES

ACCION DE DESLINDE: ES REQUISITO QUE EXISTA CONFUSION DE LINDEROS ENTRE LAS FINCAS (SENTENCIA DE 18 OCTUBRE DE 1977).

Hechos.—Don César Cort B. interpone demanda contra el Estado español (Ministerio del Aire) sobre deslinde de un solar y otros extremos, estableciendo en síntesis que mediante escritura pública de compraventa había adquirido una finca, hoy solar edificable, sita en la calle General Arana de Canillas, cuyo límite norte había sido siempre el llamado arroyo del Santo, que separaba su finca de la que actualmente pertenece al Estado y está asignada al Ministerio del Aire; que mientras dicho arroyo subsistió como tal, no se planteó jamás cuestión alguna de lindero, pero en el momento actual se planteaba la cuestión porque la Región Aérea Central, para obtener mayor espacio para las instalaciones deportivas del Colegio Menor de Nuestra Señora de Loreto, establecido en la finca del Estado procedió a la realización de determinadas obras sobre el cauce del arroyo, vallando los terrenos dedicados a campos de deportes, de modo que la valla ha sido ampliamente desplazada hacia el sur. Alegaba los fundamentos de derecho y terminaba suplicando se dictara sentencia por la que se declare el lindero norte de su finca, correspondiente exactamente a la línea descrita en el ordinal quinto de los hechos de la demanda.

Admitida la demanda y emplazado el demandado, compareció en autos, en representación del Estado español, el Abogado del Estado, que contestó a la demanda oponiendo la absoluta imprecisión de los linderos de la descripción de la finca del actor, ya que no se dice que el arroyo con el que linda sea el del Santo y no hay que olvidar que antiguamente existían en esa zona varios arroyos, y que es incierto que el Ministerio del Aire haya cegado el arroyo, ya que lo que se rellenó y cubrió, con autori-

zación del Canal de Isabel II, fue el cauce por el que discurría el Canal, que cortaba casi perpendicularmente el antiguo arroyo. Terminaba suplicando se dictara sentencia desestimando la demanda, declarando que el lindero que separa a la finca del actor de la que pertenece al Estado está marcado por la valla de obra que cerca esta última finca.

El Juez de Primera Instancia número 13 de Madrid dictó sentencia declarando inadmisble la demanda, sentencia que fue confirmada íntegramente por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de dicha capital, por no ser procedente la acción ejercitada, ya que la de deslinde sólo cabe cuando existe confusión de linderos.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el actor, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Francisco Bonet Ramón, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando que la acción de deslinde es semejante a la antigua *finium regundorum*, con la que tiene notorios puntos de semejanza, aunque no pueda con ella identificarse, requiriendo como supuestos fundamentales el dominio de las fincas cuyo deslinde se pretende y la *confusión de linderos* con otra del demandado y cuya propiedad pertenezca a éste, y, en su caso, la legitimación de titulares de derechos reales, sin que pueda ser obstáculo la inscripción en el Registro de la Propiedad cuando se desconoce hasta dónde alcanzan en la realidad las lindes de las fincas inscritas (sentencias, entre otras, de 13 de mayo de 1959, 2 de abril de 1965, 23 de mayo de 1967 y 26 de septiembre de 1968).»

«Considerando que la aplicación de esta doctrina al caso de autos hace desestimables los dos primeros motivos del recurso, que, amparados en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncian la violación del artículo 384 del Código Civil y la interpretación de la doctrina legal contenida en las sentencias citadas, respectivamente, porque siendo precisa la confusión de linderos para el ejercicio de la acción de deslinde entablada, ésta es negada expresamente en la instancia al declarar la sentencia recurrida que la base de hecho que se alega, incluso por sus mismos argumentos, impide concluir que demandante y demandado sean propietarios de fincas con linderos imprecisos e indeterminados, que impliquen el desconocimiento de hasta dónde alcanzan en la realidad de las mismas y, por ende, que se justifique la necesidad de un deslinde para decidir cuál es cada una y su identificación, base fáctica que al no haber sido impugnada por la vía adecuada en casación permanece incólume y priva del necesario sostén a las infracciones alegadas, que incurren en una petición de principio al hacer supuesto de la cuestión.»

«Considerando que la misma suerte ha de correr el motivo tercero, que incurre en causa de inadmisibilidad, que en el actual trámite lo es de desestimación, al plantear una cuestión nueva, que en ningún caso podría prosperar, pues según reiterada doctrina de esta Sala no es accesible a la casación el pronunciamiento sobre costas cuando su imposición no es preceptiva, procediendo por todo lo expuesto la desestimación íntegra del recurso.»

VENTA DE PROYECTO DE EDIFICACION A CONSTRUIR EN TERRENO COLINDANTE CON EL DEL VENDEDOR: LIMITACIONES Y GRAVAMENES RESULTANTES DE DICHO PROYECTO. NO CONSTA MALA FE EN LA REALIZACION DE LAS OBRAS POR PARTE DEL COMPRADOR (SENTENCIA DE 25 DE OCTUBRE DE 1977).

Hechos.—Don Ramón Romay García formuló demanda contra «Romay, S. L.», sobre reivindicación de dominio y otros extremos, en la que después de establecer los hechos y fundamentos de derecho, terminaba suplicando se dictara sentencia en la que se declare que el demandante es dueño de la finca que describía, consistente en una antigua fábrica de salazón y planta alta para vivienda con unas rampas que dan acceso a la puerta de la pared oeste; que la sociedad demandada adquirió por compra al actor 2.080 metros cuadrados de terreno y, además, los derechos de concesión para la construcción de 62 apartamentos, así como los derechos de nombramiento de director de obra, Aparejador, licencias municipales acreditativas por la cantidad de 557.083 pesetas; que la Sociedad demandada ha llevado a cabo la construcción de los 50 apartamentos autorizados por la licencia municipal, excediéndose de la superficie de terreno adquirido invadiendo y ocupando la propiedad privada del actor; que la zona de terreno invadido por las obras comprende una porción de nueve metros cuadrados de superficie, que invade la mitad de una ventana y de una puerta de la casa del actor, y que la Sociedad demandada ha destruido una rampa de piedra que daba acceso a la puerta oeste de la casa del actor y, en consecuencia, que se rectifiquen los asientos registrales con expresa imposición de costas y reconstruyendo la rampa y volviendo las cosas al ser y al estado que tenían antes de realizar las obras.

La Sociedad demandada contesta a la demanda exponiendo que había adquirido el citado proyecto de edificación, al que se impusieron variaciones por el grupo de puertos y por el Ayuntamiento, iniciándose las obras con destrucción de una pequeña rampa sin protesta alguna del actor; que el entorpecimiento de la puerta y ventana a que aludía el actor, eran consecuencia de la ejecución de la obra con arreglo a los planos, proyecto y licencia que el señor Romay vendió a la demandada en documento de 7 de septiembre de 1973, en cuya cláusula tercera consta que el vendedor no efectuará reclamación alguna a los compradores. Además, formula reconvencción por la que se declare el derecho de la parte demandada a adquirir el terreno que se dice invadido, por haberse realizado la construcción de buena fe y en la firme creencia de que se construía de acuerdo con lo pactado con el actor, todo ello según la valoración que se practique en ejecución de sentencia.

El Juez de Primera Instancia de Pontevedra número dos dictó sentencia desestimando la demanda.

La Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña dictó sentencia revocando y confirmando, en parte, la sentencia del Juzgado, declarando que el actor es dueño de la finca descrita en la demanda, si bien con las limitaciones subsiguientes y gravámenes que le corresponden en virtud del proyecto de nueva edificación colindante, vendido por el actor en documento privado de 7 de septiembre de 1973.

El actor interpone recurso de casación alegando fundamentalmente que, según Sentencia de 30 de septiembre de 1970, «en los contratos en que se establezcan servidumbres u otros gravámenes que limiten el derecho de propiedad, ha de estar bien expresa la voluntad de las partes, favoreciendo en caso de duda la interpretación al propietario».

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Andrés Gallardo Ros, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando que la sentencia, ni en sus considerandos ni en el fallo, desconoce la propiedad del recurrente sobre la finca que reivindica, si bien estima la acción declarativa de propiedad, ‘con las limitaciones subsiguientes y gravámenes que le corresponden en virtud del proyecto de nueva edificación colindante y vendido por el repetido señor Romay García, en documento privado de fecha 7 de septiembre de 1973’, con lo cual declara el hecho de que el propio recurrente fue quien vendió los derechos necesarios para llevar a efecto el proyecto de construcción enajenado, por lo que al establecer conclusiones contrarias a la premisa fáctica hace supuesto de la cuestión y el motivo ha de perecer.»

«Considerando que en el segundo motivo se denuncia la interpretación errónea del artículo 434 del Código Civil partiendo de la supuesta existencia de mala fe por parte de los demandados, mas no declarada la misma por el Tribunal de Instancia y no atacado tal hecho por el cauce adecuado (número séptimo del artículo 1.692) es evidente que, al igual que en el anterior, para sentar la existencia de la infracción denunciada se hace supuesto de la cuestión y por ello el motivo ha de ser desestimado.»

RETRACTO DE COLINDANTES: NO PROCEDE POR NO SER RUSTICA LA FINCA. CRITERIOS DE DIFERENCIACION DE LAS FINCAS RUSTICAS Y URBANAS A EFECTOS DE DICHO RETRACTO (SENTENCIA DE 4 DE NOVIEMBRE DE 1977).

Hechos.—Doña Francisca L. García presentó demanda contra don José S. Silva, exponiendo que al haber ocupado este último la finca colindante, se le requirió en su día por si hubiera habido alguna transmisión de dominio a su favor, manifestando en acto de conciliación ante el Juzgado que efectivamente había comprado la finca, pero no exhibió documento alguno ni concretó ningún dato más, según consta en la certificación del Juzgado de Paz de Boiro. Después de hacer formal protesta de abonar, consignar o prestar fianza por los gastos y pagos legítimos, una vez sabido el precio, suplica se dicte sentencia por la que se declare haber lugar al retracto de colindantes, condenando al demandado a que otorgara la correspondiente escritura de venta de la finca a favor de la actora, recibiendo en el acto el precio y demás gastos legítimos hechos para la venta, bajo apercibimiento de hacerse de oficio a su costa en otro caso.

El demandado contesta alegando la falta de litisconsorcio pasivo necesario por no haber sido dirigida la demanda contra su esposa, sin que

pueda sostenerse para excluirla del pleito que en el acto de conciliación haya comparecido el marido en nombre propio y en el de su esposa, y además alega la caducidad de la acción ejercitada.

El Juzgado de Primera Instancia de Noya, después de acordar para mejor proveer que por un perito designado al efecto se informase sobre el valor de la finca litigiosa, dictó sentencia estimando la demanda y declarando haber lugar al retracto por el precio de 130.000 pesetas y demás gastos legítimos.

La Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña revocó la sentencia del Juzgado, y desestimando la demanda, absolvió de la misma a la parte demandada.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Cantos Guerrero, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte actora, por lo siguiente:

«Considerando que la única cuestión discutida en este recurso, a través de sus dos motivos, es la de determinar la naturaleza rústica o urbana de la finca objeto del retracto, con acatamiento, al no ser impugnadas, de las demás características de la finca en cuestión, amparándose los dos motivos en el párrafo primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que supone el acatamiento a la relación fáctica de la instancia.»

«Considerando que son hechos probados afirmados por la instancia: Primero. Que el lindero norte de la finca retraída está formado por un camino público, que es una prolongación de una de las principales arterias del casco urbano más próximo, existiendo en sus linderos oeste, sur y este varias edificaciones, así como su tendido eléctrico a lo largo del camino antes mencionado.—Segundo. Que reúne las condiciones de solar edificable al estar rodeado de un núcleo urbano.—Tercero. Que dista 60 metros de la playa y tiene un valor en venta *quince veces superior al que corresponde a tierras* de la misma calidad.—Cuarto. Que está situado en zona de expansión urbana del pueblo 'Cabo de Santa Cruz'.»

«Considerando que en el motivo primero, bajo el precepto amparador que queda mencionado, se alega la aplicación indebida del artículo segundo de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 15 de marzo de 1935 y del artículo segundo, párrafo segundo, del Reglamento para su aplicación de 29 de abril de 1959, y procede su desestimación porque la cita de dicha Ley y Reglamento, aunque están vigentes, no han sido, como no podían serlo, las determinantes del fallo, sino que son citadas por la instancia tangencialmente, entre otras citas, pero no como fuentes legales definidoras de las diferencias entre los conceptos de finca rústica y de solar urbano, siendo también impropia la invocación en el recurso de la Ley de Reforma del Suelo y Ordenación Urbana, donde se contiene un criterio no aplicable concretamente al caso.»

«Considerando que en el segundo motivo, también de fondo, se impugna la no aplicación al caso del artículo 1.523 del Código Civil, relativo al retracto; pero tal como han quedado establecidos los hechos probados, tiene también que ser desestimado el motivo; dicho artículo, estableciendo el retracto de colindantes respecto a las ventas que se realicen a tercero que no lo sea, tiende a combatir el minifundio, como antieconómico para la explotación agraria, favoreciendo la concentración parcelaria de las fincas que lindan entre sí y sean menores de una hectárea de exten-

sión; en las agrupaciones urbanas, por el contrario, la figura de propiedad no edificada es el solar, de ahí la notable importancia de la distinción entre ambos conceptos a la hora de decidir sobre retracto de colindantes; distinción que, si es fácil de hacer en cuanto a fincas integradas plenamente en uno o en otro grupo, resulta más difícil en las zonas en vías de transformación, fijándose como criterios diferenciales: Primero, *la ubicación*, diferenciando las zonas rurales dedicadas exclusivamente a los cultivos agrícolas y las urbanas sitas en agrupaciones de viviendas existentes o proyectadas; y segundo, *las comunicaciones*, directamente entroncadas con vías públicas, ya construidas o programadas; índice de estas diferencias, es la diferente cotización de la finca rústica y del solar, siendo casi siempre muy superior el de éstos a los de aquéllas; pues bien, si se aplican estos criterios al caso de autos, ateniéndose a los datos descriptivos de la finca en cuestión que da la sentencia impugnada, tanto por su ubicación, en zona de expansión urbana y comunicada con vía pública, además se llega a la misma conclusión que llegó la instancia, o sea, que se trata de un solar y, por tanto, a que, cuando se produce su venta, a ella no le son aplicables los artículos del Código Civil relativos al retracto.»

**TERRENOS DE PROPIEDAD PARTICULAR DENTRO DE LA ZONA MARITIMO-TERRESTRE EN SU ACTUAL DESLINDE, PERO QUE QUE-
DABAN FUERA DE LA ANTIGUA LINEA DE DICHA ZONA. POSI-
BILIDAD DE ADQUISICIONES DE PARTICULARES EN TERRENOS
QUE INICIALMENTE NO ESTABAN EN LA ZONA, CON TITULO IN-
SCRITO EN EL REGISTRO. INTERPRETACION DEL ARTICULO 5 DE
LA LEY DE COSTAS (SENTENCIA DE 14 NOVIEMBRE DE 1977).**

Hechos.—El Abogado del Estado, en la representación que le es propia, presentó demanda contra doña María Luisa Muñoz y otros sobre reivindicación de fincas, fundándose en que los demandados son titulares de unos trozos de terrenos inscritos a su nombre en el Registro de la Propiedad; que, a petición de los mismos, se acordó la práctica del deslinde de los terrenos de dominio público en un determinado tramo de costa de Gijón, cuyo resultado fué que la línea marítimo-terrestre actual incluye dichos terrenos, pues son los comprendidos entre las líneas antigua y actual ganados por el mar. Suplica se dicte sentencia declarando que las fincas descritas son bienes de dominio público como integrados en zona marítimo-terrestre; que los derechos de propiedad ostentados por los demandados han quedado extinguidos por su incorporación al dominio público; y que, como consecuencia, se anulen y cancelen sus inscripciones registrales.

Una vez contestada la demanda por los demandados, alegando la incompetencia del Juzgado y citando las inscripciones y asientos del Registro de la Propiedad de Gijón, así como las escrituras que acreditan la propiedad de las fincas, y seguidos los demás trámites, el Juez de Primera Instancia número 3 de Gijón dictó sentencia estimando la excepción de incompetencia de jurisdicción por razón de territorio sin resolver acerca del fondo.

La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Oviedo dictó sentencia desestimando la excepción alegada, y entrando en el fondo del asunto desestima la demanda.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el Abogado del Estado, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Fernández Rodríguez, declara no haber lugar al recurso, a través de seis considerandos que dan gran extensión a la sentencia, como casi todas las referentes a zona marítimo-terrestre, por lo que conviene exponer en extracto los puntos principales de la misma:

1.º) En el primer «Considerando» se ocupa de los aspectos fácticos del caso, destacando que no se discuten los títulos de propiedad de los demandados que son titulares registrales de las fincas en virtud de sus respectivas escrituras públicas y que las referidas fincas no estaban comprendidas dentro de la antigua línea de la zona marítimo-terrestre, sino que únicamente lo están dentro de la nueva línea resultante del deslinde.

2.º) En el segundo «Considerando» puntualiza los efectos del deslinde de la zona marítimo-terrestre, que aunque tiene efecto jurídico, es solamente en el sentido de desplazar sobre quien pretenda dominio privado la carga de la prueba, según proclama reiterada jurisprudencia, lo que implica que no genere por sí solo, atribución exclusiva y excluyente a favor del Estado, como también tiene reconocido reiterada jurisprudencia, dado que lo único que revela es la existencia de una actividad delimitadora en el exclusivo ámbito administrativo, pero no una secuencia indeclinable dominical en favor del Estado. Se ocupa también, en relación con esto, del significado de las reservas legales de los derechos adquiridos por particulares en la zona con anterioridad, entendiendo que esas reservas afectan no exclusivamente, en contra del criterio de la parte recurrente, a los producidos por concesiones de uso y aprovechamiento o de propiedad por la soberanía real, y no por otra causa, y concretamente por la derivada de actos transmisorios posibilitadores, en el campo estrictamente civil de atribución dominical privada, creada antes de producirse la alteración de la antigua zona marítimo-terrestre argumentando a base del principio de que donde la norma jurídica no distingue no se debe distinguir, y pues si el legislador pretendiese limitar modos adquisitivos así lo habría consignado.

3.º) En el tercer «Considerando» la sentencia distingue, conforme al Derecho Romano y a nuestro Derecho Histórico, entre el litoral o ribera del mar, que aparece excluido de toda propiedad privada, y la zona marítimo-terrestre, en que, a pesar de su demanialidad y, por tanto, inalienabilidad e imprescriptibilidad, cabe reconocer derechos legalmente adquiridos por particulares, con base en los distintos medios que el derecho admite, cuando la adquisición tiene lugar respecto a un terreno que inicialmente era de naturaleza privada, a base de entender que la zona marítimo-terrestre no es el mar propiamente dicho, sino una zona de tierra que el mar invade con la regularidad de su flujo y no la línea litoral, pues ésta, que es la que define la línea del mar, ya queda dicho que es la de bajamar.

4.º) En el cuarto «Considerando» se preocupa de poner en concordancia la doctrina de la sentencia con la jurisprudencia existente, diciendo que las Sentencias de 28 de noviembre de 1973, 2 de julio y 3 de junio

de 1974, 7 de mayo de 1975 y 23 de abril y 2 de diciembre de 1976 no se oponen a la presente, pues, contemplando incrementos de la zona por agregaciones o aterramientos e islas formadas, lo único que han establecido es el carácter de imprescriptibilidad e inalienabilidad, por estar fuera del comercio de los hombres, de lo que en principio viniese integrado en la invocada zona marítimo-terrestre, una vez fue ésta legalmente configurada, pero en manera alguna se han pronunciado sobre la cuestión concretamente planteada en el debate jurídico originador del presente recurso, de terreno de propiedad particular que pasa posteriormente a quedar situado en lo que configura zona marítimo-terrestre, y que se resuelve en esta resolución, declarando la posibilidad de propiedad particular por causa de título y modo adquisitivo de dominio, y mayormente cuando emana de fecha anterior a la entrada en vigor de la Ley de 7 de mayo de 1880, que por normativa legal pasó a dar conformación física a lo que quedaba integrado como tal zona marítimo-terrestre.

5.º) En el quinto «Considerando» la sentencia se ocupa del párrafo primero *in fine* del artículo quinto de la Ley de Costas de 26 de abril de 1969, que en el recurso se consideraba como un argumento en favor del Estado. Según la sentencia, la solución en favor de la propiedad privada de los enclaves no viene desvirtuada, sino, por el contrario, reforzada, por el contexto de dicho precepto, ya que al prevenir que no tendrá lugar la incorporación al Patrimonio del Estado de los terrenos recuperados al mar cuando cualquier persona demuestre que se encuentran dentro de los lindes de una finca de su propiedad que hubiese pasado al dominio público por invasión del mar, que en esencia sería el supuesto que pudiera darse en su caso y día en orden al terreno en cuestión, claramente está poniendo de manifiesto la posibilidad de coexistencia de derechos de propiedad particular y adscripción temporal al dominio público, con la ineludible consecuencia de no atribución de título de dominio por el Estado a fines reivindicatorios, toda vez que no puede generar la posibilidad dominical exclusiva que toda reivindicación implica en derecho que coexiste con el de un particular que lo tiene temporalmente afectado por un destino público; lo que además viene corroborado por el hecho de que en el artículo cuarto de la citada Ley de Costas expresamente se reconoce el poder existir terrenos de propiedad particular enclavados en la zona marítimo-terrestre.

6.º En el sexto «Considerando» la sentencia se limita a sentar la conclusión desestimatoria del recurso interpuesto por el bogado del Estado, por pretender «desvirtuar el carácter privado de un terreno tratando inadecuadamente de darle consideración pública que inicialmente no tenía».

COMENTARIO. Esta sentencia sigue los pasos de la de 4 de junio del mismo año 1977, que ya comentamos con anterioridad en esta Revista (*), siendo ambas del mismo Magistrado ponente y en buena parte de su texto tienen identidad literal. Merecen destacarse algunos aspectos en que una y otra son diferentes, como consecuencia del distinto supuesto de hecho en cuanto al título adquisitivo y del distinto enfoque de algún motivo del recurso de casación interpuesto por el Estado.

Esos matices diferenciales de esta sentencia en relación con la de 4 de junio de 1977 son los siguientes:

(*) En el núm. 533, págs. 937 a 944.

1.º) El supuesto de hecho no se refiere a un caso de adquisición por prescripción, sino a un caso de adquisición derivada de título y modo, lo que explica que cambien estos términos dentro del restante contexto literal. En todo caso, una y otra son idénticas en cuanto se refieren a una adquisición de terreno consumada por un particular en un momento en que el mismo o era todavía zona marítimo-terrestre, por existir una diferencia entre las líneas antigua y actual de dicha zona. Este detalle permite explicar la distinta solución que dan ambas sentencias respecto a la otra tendencia jurisprudencial existente sobre terrenos sitos en zona marítimo-terrestre.

2.º) Otro matiz diferencial es que si la Sentencia de 4 de junio de 1977 centraba su argumentación en que la prescripción adquisitiva se produjo con anterioridad a la Ley de Puertos de 1880, la presente sentencia insiste en lo mismo, pero en lugar de ser tan tajante respecto a las adquisiciones posteriores a la Ley de 1880 sólo utiliza la referencia a esta fecha como argumento a mayor abundamiento, diciendo que cabe la posibilidad de propiedad particular por causa de título y modo adquisitivo de dominio en dicha zona «mayormente cuando emana de fecha anterior a la entrada en vigor de la tan repetida Ley de 7 de mayo de 1880». No sé si estamos dando demasiada importancia a este pequeño matiz diferencial, pero para nosotros tiene algún interés, pues cuando comentamos la Sentencia de 4 de junio de 1977 criticábamos que se centrase tanto en la fecha de 1880, excluyendo adquisiciones privadas con posterioridad a dicha fecha. Desde esta perspectiva, la presente sentencia no es tan tajante en ese aspecto.

3.º) La presente sentencia utiliza un nuevo argumento que no utilizó la anterior, derivado del artículo 5.º de la Ley de Costas. Ahora bien, nosotros no acabamos de ver la relación entre ese precepto y el supuesto de hecho planteado. El supuesto de hecho consiste en una finca situada inicialmente fuera de la zona marítimo-terrestre, que en la actualidad ha quedado incluida dentro de ella. El enfoque de la sentencia, con el que coincidimos totalmente, es que dicha finca es un enclave de propiedad privada dentro de la zona, que a lo sumo estará sometido a las servidumbres de salvamento de paso y de vigilancia litoral que prevé el artículo 4.º de la Ley de Costas. Hasta aquí totalmente de acuerdo. Pero lo que no comprendemos es que se traiga a colación el apartado segundo del artículo 5.º de la Ley de Costas, que se está refiriendo al supuesto de hecho contrario o inverso al que aquí se da, pues contempla el caso de que queden terrenos sobrantes como consecuencia del avance *hacia el mar* de la línea de la zona marítimo-terrestre, cuando aquí ocurrió todo lo contrario, que inicialmente los terrenos no estaban dentro de la línea antigua zona marítimo-terrestre y con posterioridad quedaron comprendidos dentro de la misma, como consecuencia, al parecer, del avance del mar sobre la zona y no a la inversa. Por eso no comprendemos qué relación puede tener con el presente caso la referencia al citado párrafo del artículo 5.º de la Ley de Costas, que, por cierto, no es el primero *in fine*, como dice la sentencia, sino el segundo *in fine*.

En cambio, sugerimos que se tome en consideración, para su aceptación o no, claro está, el argumento que nosotros dedujimos de ese número 2 del artículo 5.º de la Ley de Costas al comentar la sentencia citada de 4 de junio de 1977, para apoyar la idea de que caben adquisiciones pri-

vadas dentro de la zona marítimo-terrestre con posterioridad a 1880, si quedan terrenos sobrantes susceptibles de prescripción antes de que se efectúe la incorporación al Patrimonio del Estado a través del oportuno deslinde.

4.º) Otra diferencia de esta sentencia respecto a la de 4 de junio de 1977 es que, si bien en ambas se trataba de título de particular inscrito en el Registro de la Propiedad, la presente sentencia no tiene ocasión de estudiar el valor de las presunciones registrales respecto a terrenos sitos en la zona marítimo-terrestre, ya que no fue planteado el problema por el recurrente, a diferencia de lo que sucedía en esa otra sentencia y en otras muchas anteriores, por todo lo cual no hemos incluido la presente en el grupo de «Registro de la Propiedad», sino en el de sentencias relativas a «Derechos Reales». Respecto al citado problema, nos remitimos al comentario de aquella sentencia.

MONTE DE PROPIEDAD PARTICULAR OCUPADO POR AYUNTAMIENTO Y POR EL PATRIMONIO FORESTAL. ACCION REIVINDICATORIA POR UNO SOLO DE LOS COPROPIETARIOS DEL MONTE EN BENEFICIO DE SU COMUNIDAD. DEFECTO DE LITIS CONSORCIO PASIVO NECESARIO EN LA RECONVENCION FORMULADA AL NO HABER HECHO COMPARECER EN JUICIO A TODOS LOS COPROPIETARIOS AFECTADOS (SENTENCIA DE 17 DE NOVIEMBRE DE 1977).

Hechos. Don Edelmiro González González, por sí y en beneficio de la comunidad adquirente de la finca objeto de litigio, presentó demanda contra el Ayuntamiento de Boiro, el Estado y el Patrimonio Forestal del Estado—hoy, Icona—, fundándose en que por escritura pública de fecha 1898 el padre del actor, en unión de cincuenta y tres vecinos, adquirieron por partes iguales una finca tojal y pinar que es el monte Confurco de Beluso, de 68 hectáreas, inscrita en posesión a su nombre desde dicho año y posteriormente convertida en inscripción de dominio, monte que habían venido poseyendo por tiempo superior a los setenta años, pero que hace unos años había sido ocupado por el Patrimonio Forestal del Estado que lo repobló subastando el arbolado y, con motivo de un deslinde, fue incluido en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública y figura también en el Inventario de bienes municipales del Ayuntamiento de Boiro. Suplica se dicte sentencia declarando que el citado monte pertenece al actor y comunidad en beneficio de la que actúa, por lo que procede su exclusión del Inventario de bienes municipales y del Catálogo de Montes de Utilidad Pública, condenando al Ayuntamiento y al Patrimonio Forestal a que reintegren a la comunidad propietaria las cantidades que hayan percibido por talas previo descuento de los gastos invertidos.

Contestada la demanda con súplica de que se desestime, y en el caso de que prosperara la demanda, que se estime la reconvencción declarando que el Patrimonio Forestal ha poseído de buena fe durante el tiempo necesario para prescribir el derecho real de vuelo sobre la finca, y seguidos los demás trámites, el Juez de Primera Instancia número 2 de La Coruña dictó sentencia estimando en lo fundamental la demanda, declarando que el monte Confurco de Beluso pertenece al actor y comunidad en cuyo be-

neficio actúa, por lo que procede su exclusión del Inventario de bienes municipales del Ayuntamiento y del Catálogo de Utilidad Pública.

La Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña confirmó la sentencia del Juzgado.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don José Antonio Seijas Martínez, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado, por lo siguiente:

«Considerando que el juicio declarativo, del que el presente recurso dimana, fue promovido por don Edelmiro González González, actuando por sí y en beneficio, además, de la herencia de su finado padre y de la comunidad adquirente de la finca “Monte Confurco de Beluso”, y ejercitando acción reivindicatoria sobre la misma, contra el Ayuntamiento de Boiro (La Coruña), el Estado y Patrimonio Forestal del Estado—hoy, Icona—, representados estos últimos por el señor Abogado del Estado, cuyo pleito fue resuelto por sentencia del Juzgado correspondiente, confirmada en su totalidad por la Audiencia, que estimó la demanda, en el sentido de declarar la propiedad del referido monte en favor del actor y de la comunidad en cuyo beneficio accionaba, con otras declaraciones consecuencias de la primera y principal, a la vez que, por estimar la falta de litis consorcio pasivo necesario, se abstuvo de resolver la reconvención formulada por el Abogado del Estado, quien contra la resolución de la Sala de instancia interpuso el recurso de casación por infracción de Ley y de doctrina legal, que la presente sentencia decide.»

«Considerando que los motivos del recurso son dos, ambos formulados al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y fundamentado el primero de ellos en la supuesta infracción, por aplicación indebida, de la doctrina legal contenida en las sentencias de esta Sala, que menciona, relativas al litis consorcio pasivo necesario, que tiene su fundamento y razón de ser en la necesidad de llamar al proceso a todos cuantos puedan estar interesados en la relación jurídico-procesal objeto del mismo, cuando la resolución que pueda recaer haya de afectar a derechos y obligaciones de distintas personas, pues la plena virtualidad de la sentencia exige, para no convertirse en una exclusiva y parcial decisión de la cuestión entre los que fueran litigantes, desprovista por ello de posible ejecución, la necesidad de ser traídos o llamados al litigio a todos aquellos que, de un modo obligado han de resultar afectados por dicha sentencia, a fin de obtener la válida constitución de dicha relación jurídico-procesal, y a este respecto, y por lo que al supuesto litigioso a que el presente recurso se refiere, resulta forzoso reconocer que, si con relación a la cuestión principal controvertida con la demanda, la *litis contestatio* se halla perfectamente trabada por hallarse presentes todos aquellos que activa y pasivamente habían de ser parte en el pleito, no puede decirse lo mismo con relación a la cuestión litigiosa planteada con la reconvención formulada por la representación del Estado, pues si, como la reiterada jurisprudencia de esta Sala tiene establecido interpretando el artículo 394 del Código Civil, cualquiera de los partícipes puede actuar en juicio cuando lo haga en beneficio de la comunidad, toda vez que la sentencia que en su favor recaiga aprovechará a todos los comuneros sin que les pueda perjudicar la adversa, es indudable que no puede ejercitarse contra un partícipe, que no tiene representación ni apoderamiento de los demás integrantes de la comunidad, ninguna acción en contra de los derechos

que a éstos correspondan en la misma, pues siendo una pretensión deducida contra la comunidad propietaria de la cuestionada finca, han de ser llamados al pleito la totalidad de los componentes de la misma, por tratarse de una petición a obtener en una resolución única que ha de afectar a todos ellos, sin que pueda estimarse que siendo la pretensión de la representación del Estado consecuencia de la acción ejercitada en la demanda, y para contradecir el derecho que el actor alega pertenecer a la comunidad de que forma parte y en cuyo beneficio actúa, y que ha sido deducida como reconvencción, haya de resultar válida a los efectos decisorios de tal pretensión la relación jurídico-procesal constituida a causa de la demanda principal, pues no debe olvidarse que si la finalidad de la reconvencción es la de que los dos pleitos, que en realidad se integran en un solo proceso, se resuelvan por una sola sentencia; tal supuesto sólo puede dar cuando los litigantes en concepto de actores estén legitimados para soportar la carga de la demanda reconvenccional, por afectar a ellos solos la pretensión en ésta deducida, lo que no acontece en el presente caso, por cuanto el demandante que actúa por sí—aunque lo haga también en beneficio de la comunidad de la que forma parte—no puede ser demandado en representación de todos los demás comuneros, que no intervienen en el pleito y, por ello, no podría afectarles la resolución que recayese en orden a las pretensiones de la parte demandada, la cual, además de solicitar se la absuelva de la demanda, interesa subsidiariamente, para el caso de que la misma prosperase, se declare “que el Patrimonio Forestal del Estado ha poseído de buena fe durante el tiempo necesario para prescribir el derecho real al vuelo sobre la finca litigiosa, condenando a los demandantes a reconocerlo así y, en todo caso, abonarle los gastos necesarios y útiles invertidos en las obras de plantación de todo tipo efectuadas en el predio”, pronunciamiento de condena, de esta índole, que no puede hacerse contra quienes, como la totalidad de los comuneros, a excepción del demandante, no han sido parte en el proceso ni han estado representados por el actor, que sólo ha actuado en beneficio de ellos y, por tanto, conforme a la doctrina jurisprudencial a que anteriormente se ha hecho mención, no podrá afectarles cualquier resolución que en perjuicio de los mismos pudiera recaer, razones éstas que obligan a declarar mal constituida, a los efectos de la pretensión reconvenccional, la relación jurídico-procesal, por falta de litis consorcio pasivo necesario, que habría de estar integrado por todas las personas pertenecientes a la comunidad contra la que se dirige la acción, indebidamente, en la persona de uno solo de éstos, lo que obliga a desestimar el primero de los motivos del recurso.»

«Considerando que la desestimación del anterior motivo lleva consigo, necesariamente, la del segundo y último, en el que se denuncia, amparado como antes se ha dicho en el número primero del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, infracción, por violación, del artículo 453 del Código Civil, pues al estar, como se ha dicho, mal constituida la relación jurídico-procesal, en cuanto a la cuestión litigiosa planteada por la demanda reconvenccional formulada por la parte recurrente, al no estar presentes en el juicio todas aquellas personas que tienen interés legítimo en el derecho material con tal reconvencción controvertido, no cabe hacer el pronunciamiento de condena que, con base en dicho precepto legal, se solicita.»

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION: NO PROCEDE SI EL DOCUMENTO ALEGADO COMO DECISIVO NO TIENE TAL CARACTER Y SE ENCONTRABA EN EL ARCHIVO HISTORICO DE PROTOCOLOS. TAMPOCO SE HA CUMPLIDO EL REQUISITO DEL PLAZO DEL RECURSO (SENTENCIA DE 18 DE NOVIEMBRE DE 1977).

Hechos.—Después de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de abril de 1976, que resolvió el pleito entre el Sindicato de Riegos de la Comunidad de Regantes de Villamayor, por un lado, y el Ayuntamiento de Zaragoza y don Jaime Balet Salesa, por otro, respecto a la finca denominada «Balsón del Pilar», recogida en esta Revista, número 523, página 1429, el referido Sindicato de Riegos interpuso recurso extraordinario de revisión contra la sentencia de la Audiencia, alegando en la demanda que, con posterioridad a la misma, había tenido conocimiento de la existencia de documentos decisivos relativos a la citada finca existente en el Archivo Histórico de Protocolos de Zaragoza.

Teniéndose por interpuesto el recurso, se ordenó reclamar los antecedentes y emplazar a las partes del mismo, que contestaron oponiéndose, por entender que los documentos que obran en el Archivo Histórico de Protocolos no son documentos «recobrados», sino que han estado a disposición de la actora en todo momento, dado el carácter de Archivo público que tiene, además de invocar que no se deducía de los mismos lo que pretendía el Sindicato de Riegos y que el recurso se había interpuesto fuera de plazo.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Prieto Delgado, después de recordar en el «considerando» primero el carácter restrictivo de la interpretación de los motivos del recurso de revisión, según constante jurisprudencia, señala lo siguiente en el segundo «considerando», a propósito del día en que se descubrieron los documentos y demás extremos planteados:

«Considerando que en el caso de autos se ha producido esa indeterminación del *dies a quo*, según lo acreditan las propias manifestaciones de la parte recurrente, en el escrito de interposición del recurso, al expresar que “el presente recurso se interpone y se presenta dentro del plazo de tres meses que indica el artículo 1.798, contados desde el día que se descubrieron los documentos”, así, pues, no precisa el inicio del plazo y, por tanto, ha incumplido el requisito ya expresado, que ha de causar la improcedencia del recurso originada también porque los documentos consistentes en las escrituras públicas de 4 y 5 de agosto de 1823 revelan que sus originales figuran en el protocolo general archivado que autorizó el acta de su referencia don Mariano Pallérol, Notario que fue de Zaragoza, en cuyo protocolo obrante en el Archivo Histórico de Protocolos fue anotada la expedición de las copias de dichas escrituras, por tanto, no se pueden utilizar para fundar la revisión, y ha de tenerse en cuenta igualmente que el contenido que esos documentos evidencian no son decisivos a los fines pretendidos por la recurrente.»

TERCERIA DE DOMINIO DE CAMION EMBARGADO. DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS. SIMULACION DE CONTRATO DE COMPRAVENTA. LA SENTENCIA PENAL NO TIENE EFECTOS DE COSA JUZGADA EN LO CIVIL (SENTENCIA DE 1 DE DICIEMBRE DE 1977).

Hechos.—Don Domingo A. García y don Juan A. Ayerbe formulan demanda de tercería de dominio en los autos ejecutivos seguidos por don Victoriano F. Alonso contra don Evaristo Antonio S. Ruiz referentes al camión embargado como de la propiedad de este último, suplicando se dicte sentencia por la que se declare como de propiedad de los demandantes el vehículo embargado, ordenando el levantamiento del embargo y su entrega a los mismos. Se formula la tercería en nombre de los dos demandantes porque se hace referencia a una cuestión de derecho, la consumación de la operación de compraventa realizada por uno a favor del otro en escritura pública otorgada el 1 de abril de 1974.

Allanado a la demanda don Evaristo, el otro demandado, don Victoriano, contesta a la misma oponiendo que la escritura pública en que se apoyan los demandantes contiene una venta simulada que debe declararse nula de pleno derecho.

El Juzgado de Primera Instancia de Valmaseda dictó sentencia estimando en lo fundamental la demanda de tercería, pero fue revocada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos, que dictó sentencia declarando nula de pleno derecho la venta realizada, con lo que estima la reconvencción formulada por el demandado.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Andrés Gallardo Ros, declara no haber lugar al recurso interpuesto por la parte demandante, por lo siguiente:

«Considerando que al denunciarse en el primer motivo la interpretación errónea de la doctrina sobre los propios actos, que la declaración hecha por el demandado en la tercería en un juicio oral de naturaleza criminal en nada obsta a la acción reconvenccional de nulidad de un contrato por simulación del mismo y que por ello bien pudo entonces entender que el contrato era real y posteriormente ejercitar la acción que en los autos de que este recurso dimana ha tenido éxito, razón por la cual el motivo ha de ser desestimado.»

«Considerando que la misma suerte desestimatoria ha de correr el segundo motivo en el que por el cauce del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se denuncia la violación del artículo 1.252 del Código Civil, puesto que la resolución de un Tribunal penal no produce efectos civiles en el caso presente, efectos de cosa juzgada, ello con independencia de que es cuestión no planteada en la instancia oportunamente y por ello nueva en este pleito, incidiendo por ello en la causa de inadmisión quinta del artículo 1.729, que en esta fase procesal deviene en causa de desestimación.»

«Considerando que los motivos tercero, cuarto y quinto en que, respectivamente, se denuncia la aplicación indebida del artículo 1.253 y un error de hecho y otro de derecho no pueden prosperar; en cuanto al primero, porque el hecho deducido e interpretación del mismo hecha por la Sala ni es ilógica ni absurda, sino, por el contrario, acertada, y en cuanto a los errores denunciados, se hacen derivar de una interpretación de distintos

documentos contraria a la declaración de simulación de los mismos hecha por la Sala, declaración de simulación que no se ataca limitándose a una cita global de ellos contraria a la claridad exigida por el artículo 1.720 de la Ley Procesal.»

«Considerando que la no aplicación de los artículos 1.532 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 464 del Código Civil parten del supuesto de una posesión del bien reivindicado por parte de los recurrentes declarada simulada por el Tribunal de instancia y permaneciendo inalterable tal premisa fáctica, es obvio que no ha existido la infracción denunciada, debiendo por ello perecer el motivo.»

PROPIEDAD HORIZONTAL: EXISTIENDO CLAUSULA DE LOS ESTATUTOS PROHIBIENDO CUALQUIER ACTIVIDAD QUE PUEDA PERTURBAR LA TRANQUILIDAD DE LOS CONDUENOS, NO CABE LA INSTALACION DE SUPERMERCADO EN EL LOCAL DE LA PLANTA BAJA. IMPROCEDENCIA DE APERTURA DE PEQUEÑO HUECO A TRAVES DE ELEMENTO COMUN, PARA INSTALACION DE CHIMENEA EN EL SUPERMERCADO, EXIGIDA POR LICENCIA MUNICIPAL (SENTENCIA DE 1 DE DICIEMBRE DE 1977).

Hechos.—Don Agustín G. Mozo y don José O. Ruiz, propietarios del local de la planta baja de un edificio, habían obtenido licencia municipal de apertura de supermercado con la condición de instalación de un tubo de renovación de aire. Por ello, habían arrendado el local a una empresa para que lo destinara a esa actividad, y para cumplir la exigencia municipal, practicaron un agujero de setenta centímetros sin autorización de la Comunidad de Propietarios, por estimar que no era necesaria, dado que no perjudicaba a elementos comunes, ni afectaba a la estructura ni a la estética del edificio. Como la Junta de Propietarios del edificio había tomado unos acuerdos prohibiendo la utilización del local para supermercado y la realización de cualesquiera obras que afecten a elementos comunes, dichos propietarios del local presentaron demanda contra la Comunidad de Propietarios del edificio sito en Madrid, calle de O'Donnell, números 18 y 20, suplicando se dictara sentencia declarando la nulidad de dichos acuerdos.

La Comunidad demandada se opone y formula reconvencción para que se declare la validez de los acuerdos y, en todo caso, que la instalación del supermercado es contraria al artículo ocho de los Estatutos de la Propiedad Horizontal, según el cual se prohíbe «cualquier actividad que pueda perturbar la tranquilidad de los condueños». Además, suplican se declare que las obras realizadas afectan a elementos comunes, condenando a los actores al cierre del hueco para salida de la chimenea.

El Juez de Primera Instancia número 16 de los de Madrid dictó sentencia estimando la demanda y declarando la nulidad de los acuerdos adoptados en la Junta de Propietarios. Estima en parte la reconvencción, declarando que el hueco practicado por los demandantes para la inserción del tubo de una chimenea afecta a un elemento común del mismo, por lo que, no habiéndose obtenido el acuerdo unánime de los copropietarios, procede la reposición del muro a su estado anterior.

Apelada la anterior sentencia por ambas partes litigantes, la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid la revoca con total desestimación de la demanda, manteniendo dicha sentencia en cuanto acoge parcialmente la reconvención y declara que el hueco practicado en el muro para la inserción del tubo de una chimenea afecta a un elemento común y debe cerrarse.

Ambas partes interponen recurso de casación. Entre los motivos del recurso de los demandantes destaca la alegación de violación de los artículos 3.º, apartado a), 7.º, párrafo tercero de la Ley de Propiedad Horizontal, así como aplicación indebida de los artículos 11 y 16, regla 1.ª de la misma, pues entiende que la alteración que precisa la unanimidad de los partícipes ha de ofrecer entidad suficiente para ser recogida en el título, ya que carecería de sentido que el legislador exigiera para comprender una obra que exigiera la apertura de un hueco de sólo setenta centímetros dicha unanimidad.

El recurso de la parte demandada se funda en que, si bien la sentencia recurrida ha desestimado totalmente la demanda, nada ha dicho acerca de lo solicitado en la reconvención, referente a que la instalación de supermercado vulnera lo establecido en el artículo 8.º de los Estatutos de la Propiedad Horizontal del edificio, lo que representa un punto importante para los demandados para evitar que cuando se ejecute la sentencia se planteen problemas por falta de claridad de la misma.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Prieto Delgado, en su primera sentencia declara no haber lugar al recurso interpuesto por los actores, pero sí al interpuesto por los demandados, todo ello por lo siguiente:

«Considerando que en el motivo primero, amparado en el ordinal cuarto del artículo 1.692 de la Ley Procesal, se alega la infracción del artículo 359 de la misma, al contener el fallo disposiciones contradictorias motivo que no puede ser acogido porque, además de que no se expresa el concepto de la infracción, como es preceptivo, según se establece en el artículo 1.720, omisión que integra la causa de inadmisión, y en esta fase procesal de desestimación, del número cuarto del artículo 1.729, ambos de la Ley mencionada, es reiterada la doctrina de esta Sala de que la contradicción ha de existir en los propios términos del fallo y no en los Considerandos, como pretende la parte recurrente, según resulta de la argumentación empleada en el desarrollo del motivo.»

«Considerando que tampoco puede ser acogido el motivo segundo, aducido por la vía del número séptimo del artículo 1.692, ya citado, porque los documentos que invoca como básicos del error del hecho—obrantes a los folios 116 a 118—no son auténticos, a efecto de casación, ya que, por sí solos no acreditan la titularidad dominical del local ni contradicen lo afirmado por la Sala de instancia en el Considerando segundo de la sentencia impugnada.» (Se refiere a los recibos girados por el Administrador del edificio a nombre de los que con posterioridad adquirieron los locales por escritura pública.)

«Considerando que también ha de ser rechazado el motivo tercero, amparado en el ordinal sexto del artículo 1.692, porque la simple lectura de los razonamientos utilizados como base del exceso de jurisdicción atribuido a la Sala sentenciadora evidencia que lo controvertido y resuelto en la instancia no integra ninguna cuestión administrativa, y buena prueba

de ello es también que los recurrentes promovieron la actividad de la jurisdicción ordinaria para obtener la declaración de nulidad de los acuerdos adoptados por la Junta de la Comunidad de Propietarios del edificio.»

«Considerando que procede examinar, agrupadamente, los motivos cuarto, quinto y sexto, alegados por el ordinal primero del artículo 1.692, por violación del apartado *a)* del artículo 3.º, párrafo tercero, del artículo 7.º, ambos de la Ley de Propiedad Horizontal y párrafo primero del artículo 348 del Código Civil; aplicación indebida de los artículos 11 y 16 de la legislación especial, expresada anteriormente y por inaplicación de los artículos 350 y 551 del Código Civil, respectivamente, porque tienen como denominador común el de que se prescinde de la fundamentación de hecho de la sentencia recurrida, que ha de ser aceptada, plenamente, al no haber sido combatida, con eficacia, y se establecen supuestos distintos al contenido de lo controvertido y resuelto en la instancia, con la finalidad de que prosperen las supuestas infracciones admitidas, lo cual es inadmisibles en casación.»

«Considerando que el motivo tercero del recurso formalizado por la Comunidad de Propietarios, demandada, alegado por el ordinal primero del artículo 1.692, se denuncia la violación, por inaplicación, del párrafo primero del artículo 1.281 del Código Civil, fundado en que el fallo es desestimatorio de la pretensión reconvenzional de que se declare que la instalación del supermercado en la planta baja de la casa número 18 y 20 de la calle de O'Donnell de esta capital es contrario al artículo 8.º de los Estatutos de la Comunidad de dicho edificio, no obstante lo que se consigna en dicha cláusula estatutaria, motivo que ha de prevalecer, porque, indudablemente, se establece en la cláusula mencionada la prohibición de “cualquier actividad que pueda perturbar la tranquilidad de los conductos, así como la de instalar motores o maquinarias que no sean las usuales y corrientes para los servicios del hogar”, cláusula que, como las demás de los Estatutos, fue conocida y aceptada por los actores—Considerando tercero de la sentencia impugnada—, así, pues, la claridad de lo expresado en dicha cláusula no origina duda respecto a la voluntad de los propietarios del edificio indicado, contraria a la instalación de supermercado, no tenida en cuenta por el Tribunal de instancia, establecida en el número primero del artículo 1.281 ya citado, como inicio de la interpretación contractual. La estimación del motivo hace innecesario el examen de los otros tres del recurso expresado.»

En la segunda sentencia, el Tribunal Supremo revoca la sentencia del Juzgado de Primera Instancia (una vez casada la de la Audiencia en la primera), por haber declarado nulos dichos acuerdos, y la confirma en cuanto estimó la petición de la pretensión reconvenzional relativa a que el hueco practicado afecta a elemento común del edificio, haciendo la expresa declaración en el fallo, de que tales acuerdos son válidos porque la instalación de un supermercado es contraria al artículo 8.º de los Estatutos y de que el hueco referido debe ser cerrado por los demandantes.

COMENTARIO.—No podemos compartir la doctrina de esta sentencia, relativa a que, cuando existe una cláusula estatutaria de la propiedad horizontal que prohíbe las actividades perturbadoras de la tranquilidad de los conductos, no cabe la instalación de supermercado en los locales de la planta baja del edificio.

Nuestra crítica se basa en dos tipos de consideraciones: una de forma y otra de fondo.

En primer lugar, nos parece insostenible ventilar una cuestión de interpretación de cláusula estatutaria en que aparece la palabra «tranquilidad» como clave de la solución, remitiéndose, sin más, al párrafo primero del artículo 1.281 del Código Civil, como hace esta sentencia, diciendo que «la claridad de lo expresado en dicha cláusula no origina duda respecto a la voluntad de los propietarios del edificio, contraria a la instalación de supermercado». Se recordará que el párrafo de ese precepto dice que «si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas». Pues bien, preguntamos nosotros: ¿cómo puede hablarse de términos claros y de algo indudable, a efectos jurídicos, cuando está en juego la interpretación de la clase de actividad que puede perturbar o no la tranquilidad de los demás? Al menos, habrá que reconocer que la solución del problema exige un razonamiento jurídico, pues en otro caso de poco puede valer, a efectos de formación de jurisprudencia, la mera afirmación de que la instalación de un supermercado supone *per se* una perturbación de la tranquilidad de los propietarios de los pisos del edificio.

Para confirmar, dentro de esta primera crítica formal de la sentencia, que caben las dudas sobre el significado de los términos empleados en los Estatutos y que es necesaria la interpretación de los mismos a base de los diferentes elementos hermenéuticos, basta comprobar lo que algunos autores han escrito acerca de los términos similares «actividades incómodas», a que hace referencia expresa el artículo 7.º de la Ley de Propiedad Horizontal. Así, MANUEL GONZÁLEZ-ALEGRE BERNARDO *, prestigioso Magistrado del Tribunal Supremo y especialista en materia de «relaciones de vecindad», nos dice que «el concepto de incomodidad a los efectos de determinar qué actividades pueden dar lugar a que por ello se resuelva el contrato locativo, es de lo más impreciso, vacilante, fluido; todos entendemos por incómodo, por incomodidad, todo aquello que nos molesta, que nos produce disgusto, preocupación, alteración en perjuicio de nuestros modos o maneras de nuestro cotidiano devenir o actuar, y, claro, bien aparece su condición marcadamente subjetiva y ocasional». Nos parece que esto es perfectamente aplicable a la expresión «actividades perturbadoras de la tranquilidad» a que alude la cláusula en cuestión, pues se trata de un concepto todavía más impreciso y necesitado de interpretación razonada que el de «incomodidad», pues al menos este último está acuñado por el artículo 7.º de la Ley de Propiedad Horizontal y por otros preceptos legales, como, por ejemplo, la legislación de arrendamientos urbanos.

Si a esto se une que estamos en el marco de las relaciones de vecindad, según demuestran FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO y el propio GONZÁLEZ-ALEGRE, citando la exposición de motivos de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, y el criterio a seguir en las mismas es susceptible de distintas interpretaciones y soluciones, se comprenderá la necesidad de extremar el fundamento jurídico de la decisión judicial, debiendo quedar relegado el párrafo primero del artículo 1.281 del Código Civil a un segundo plano, pues consagra la regla hermenéutica *in claris non fit interpretatio*, que para poco puede valer cuando se trata de términos vagos e imprecisos.

En cuanto a la segunda crítica que nos proponíamos hacer a esta sen-

* En su libro *Las relaciones de vecindad*, 1967, págs. 256 y 274.

tencia, es decir, la referente al fondo del asunto, tenemos que decir que, puestos ya a dar nuestra modesta y personal opinión acerca de si la instalación de un supermercado en los locales de la planta baja de un edificio en propiedad horizontal representa, *a priori* y en todo caso, una actividad perturbadora de la tranquilidad de los condueños del edificio, pensamos que no es así.

Para llegar a esta conclusión, contraria a la de la sentencia, partimos de que dentro de la propiedad horizontal existen, salvo estipulación en contrario, dos tipos de departamentos: los pisos o viviendas y los locales de negocio; y de que la naturaleza y destino de un local de negocio implica, en sí mismo, el ejercicio de una actividad que da lugar a relaciones con personas ajenas al edificio, por lo menos en la mayor parte de los casos, y no por ello hay que decir que se trata de actividades perturbadoras de la tranquilidad, pues la rigidez y literalidad interpretativa llevaría a la prohibición del local de negocio en sí, que sólo cabe cuando se prevé expresamente en los Estatutos, dada la configuración especial del edificio.

Por otro lado, los síntomas que permiten presumir la perturbación de la tranquilidad de los condueños hacen referencia a actividades productoras de un ruido anormal o de un movimiento de personas a través de portal y escaleras del propio edificio. Pues bien, no creemos que esto pueda predicarse de los supermercados, por lo menos en términos generales y *a priori*, ya que se trata de actividades similares a las de cualquier tienda, con un horario de apertura al público, sin que el mayor movimiento de personas pueda considerarse significativo, pues suponemos que el local en cuestión tiene puerta independiente y no utiliza los elementos comunes de acceso al edificio, como son portal y escalera. Ese movimiento de personas afecta al local en sí mismo, dentro de sus límites, y a la vía pública, pero no a los citados elementos del edificio.

Además, si se entiende que la instalación de supermercados vulnera la citada cláusula estatutaria, ya no hay más que un paso para interpretar que constituye igualmente una actividad incómoda prohibida *legalmente* por el artículo 7.º de la Ley de Propiedad Horizontal, con lo que, prescindiendo de los Estatutos, se trataría de actividad prohibida legalmente, lo que no creemos haya sido propósito del legislador, ya que por ese camino, quedarían también prohibidas otras tiendas de alimentación que tuvieran parecido con los supermercados, con el consiguiente perjuicio para los vecinos de un barrio o ciudad.

En fin, tampoco creemos sea muy adecuado dar un amplio alcance a ciertas fórmulas prohibitivas de tipo genérico empleadas en los Estatutos, pues en la práctica ello puede dar lugar a que sea la Junta de Propietarios la que interprete a su estilo, según conveniencia, esas genéricas prohibiciones, lo que puede llegar a hacer inservibles los Estatutos, creando, además, un ambiente de inseguridad jurídica respecto a la interpretación de los mismos.

Si lo que pretenden los Estatutos es prohibir determinadas actividades, deben emplearse los términos precisos y concretos. Nada habría que objetar, naturalmente, si se hubiese dicho, por la razón que fuera, que queda prohibida la instalación de supermercados o de tiendas. Tampoco vemos inconveniente, aun en el supuesto de que no se hubiera previsto esa prohibición, para que se exijan las correspondientes medidas tendentes a evitar o corregir ciertas molestias que cualquier actividad de un local de negocio pudiera producir más allá de la normalidad de las relaciones de

vecindad, y concretamente en relación con olores, humos, etc., que se hayan podido producir *a posteriori*, una vez puesta en marcha la instalación.

Pero lo que no compartimos es la afirmación de la presente sentencia, sobre todo teniendo en cuenta que no se apoya en ningún razonamiento jurídico, sino en la simple remisión al repetido párrafo primero del artículo 1.281 del Código Civil.

Lo que sí consideramos acertada es la posición de la sentencia respecto al hueco abierto en el muro, que es elemento común, para la instalación de una chimenea de ventilación, pues toda obra que afecte a elementos comunes, por pequeña que sea, exige el consentimiento de la Junta de Propietarios y, en consecuencia, no puede ser realizada por el titular del local que pretende la instalación del supermercado, a menos que este extremo hubiera sido previsto por los Estatutos en el sentido de no necesitar tal consentimiento.

J. M. G.^a G.^a

III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

LA JURISDICCION ORDINARIA ES COMPETENTE PARA CONOCER LA DEMANDA DE DESHAUCIO QUE UNA ENTIDAD LOCAL MENOR PLANTEA CONTRA EL ARRENDATARIO DE UNAS CANTERAS (SENTENCIA DE 3 DE JULIO DE 1978).

Hechos.—El pueblo de Carasa era propietario de dos canteras de dolomita y las arrendó a don Juan. Terminado el plazo contractual, lo demandó de desahucio para que desaloje las canteras. Prosperó la demanda.

Doctrina de la sentencia.—La tesis del recurso se reduce a dos temas: el primero a sostener que el contrato litigioso era de índole puramente administrativa y, por tanto, que no era de la competencia de la jurisdicción ordinaria su resolución, y el segundo, que aunque se pudiera entender que competía a la jurisdicción ordinaria su conocimiento, no podía decretarse la inadmisión de la apelación por el hecho de que no se hubieran consignado las rentas que se decían adeudadas, puesto que, según el recurrente, la Corporación concesionaria de la explotación le debía al arrendatario ciertas cantidades.

La clasificación de los terrenos donde están ubicadas las canteras no puede ser otra que la de bienes patrimoniales por pertenecer a la entidad demandante en régimen de derecho privado, por no estar directamente destinados al uso público o al ejercicio de funciones municipales, y dentro de esta categoría han de ser conceptuados como «de propios», por cuanto que pueden constituir fuente de ingresos de naturaleza jurídica privada para el servicio de la entidad local, y no comunales, pues éstos serían de aprovechamiento y disfrute de la Comunidad de Vecinos, por tanto si los bienes son «de propios», es competente la jurisdicción ordinaria para examinar el desahucio, pues a ellos no se refiere el artículo 107 del Reglamento para fijar como única vía para el desahucio la administrativa, por establecerse solamente respecto de los bienes de dominio público y los comunales, pero no a los de propios propios.

El cumplimiento de la obligación de consignar el importe de rentas para recurrir no tiene nada que ver con el llamado ofrecimiento de pago y consignación judicial, ya que si ésta puede implicar un mero hecho que realiza el deudor *animo solvendi*, para extinguir la deuda, aquella otra consignación no significa sino el cumplimiento de un requisito procesal, necesario para que el órgano *ad quem* pueda examinar el fondo del recurso que se deduce contra la resolución del Tribunal *a quo*.

EL CONCEPTO DE ARRAS PENITENCIALES ES EXCEPCIONAL Y DEBE SER INTERPRETADO RESTRICTIVAMENTE (SENTENCIA DE 7 DE JULIO DE 1978).

Hechos.—Se celebró entre las partes de este pleito un contrato de compraventa por el que los demandados vendieron al hoy actor una casa por precio de seis millones de pesetas, habiéndose entregado quinientas mil y aplazado el resto hasta el otorgamiento de la escritura.

Los vendedores pretenden resolver el contrato devolviendo las arras duplicadas, es decir, un millón de pesetas. Pero el Supremo no acoge tal defensa y estima la demanda del comprador.

Doctrina de la sentencia.—El concepto de arras no es un derecho moderno tan simple y uniforme como se pretende en el recurso, ya que se admite la existencia de varias clases de las mismas: unas llamadas *penitenciales*, que son las que parece contemplar el artículo 1.454 del Código Civil, concebidas a manera de multa o pena, correlativa al derecho de las partes a desistir, a su arbitrio, del contrato; otras, denominadas *confirmatorias*, que son índice o expresión de un contrato con fuerza vinculante, que no facultan, por tanto, para resolver la obligación contraída y que normalmente corresponden con las entregas o anticipos a cuenta del precio, de lo que es un ejemplo en nuestro sistema el supuesto del artículo 343 del Código de Comercio; junto a las cuales pueden ponerse además las conocidas como *penales* (identificadas en algún ordenamiento jurídico, como el italiano, artículo 1.385 del Código Civil de 1942) con las que, en efecto, se confunden cuando lo entregado como «arra» no se imputa al precio, sino que funciona de modo similar a lo que ocurre con la cláusula penal del artículo 1.154, como resarcimiento, en este supuesto anticipado, para el caso de incumplimiento y siempre con la posibilidad de reclamar que la obligación pactada sea estrictamente cumplida; las dudas que puedan surgir en cuanto a cuál de ellas es la recogida en cada caso concreto han de resolverse utilizando las normas de interpretación de los contratos establecidas en el Código Civil, para discernir la intención real de los contratantes en orden a lo que quisieron fuese el alcance y eficacia de las dichas arras; siendo doctrina constante de la Jurisprudencia la de que las arras o señal que como medio de garantía permite el artículo 1.454 tienen un carácter excepcional que exige una interpretación restrictiva de las cláusulas contractuales, debiéndose entender en caso contrario, que se trata de un simple anticipo a cuenta del precio, que sirve para confirmar el contrato celebrado.

Si se examina el tenor literal del discutido contrato resulta que en él se contiene un llamado «esclarecimiento», en que se añade que «... por tener la cantidad entregada concepto de a cuenta del precio y para garantizar

el cumplimiento del contrato de compraventa, si el incumplimiento para la enajenación es imputable al vendedor, éste tendrá que devolver el doble de lo que recibe»; lo que claramente demuestra que lo querido por las partes no fue establecer un pacto de desistimiento en relación con las arras que serían penitenciales, sino simplemente fijar una pena o sanción privada para el caso de incumplimiento de un contrato celebrado en firme, del que se entregó una cantidad a cuenta del precio, es decir, se otorga a lo entregado como arras el carácter de penales y confirmatorias con la consiguiente facultad de exigir el puntual cumplimiento de lo pactado; interpretación que se ratifica si se utiliza además la norma del artículo 1.282, haciendo entrar en juego los actos coetáneos y posteriores al convenio, reveladores de que el contrato efectivamente se consumó, puesto que la casa vendida fue puesta en poder y posesión del comprador, todo lo cual evidencia la inconsistencia de la interpretación contraria, que conduciría al absurdo de permitir desistir de algo que estaba ya consumado.

EL ARTICULO 1.502 DEL CODIGO CIVIL ES DE INTERPRETACION RESTRICTIVA (SENTENCIA DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 1978).

Doctrina de la sentencia.—Según tiene declarado este Tribunal en Sentencias de 28 de diciembre de 1898 y 5 de noviembre de 1959, el derecho de suspender el pago del precio, conferido por el artículo 1.502 del Código Civil, viene condicionado por los requisitos esenciales de que el temor del comprador sea fundado y que tenga su génesis en el futuro ejercicio de una acción reivindicatoria o hipotecaria, que son las que pueden conducirlo a la pérdida total o parcial de la cosa, sin compensación alguna en caso de insolvencia del vendedor, de donde se sigue que cuando el peligro de que dicho comprador intente precaverse nazca o provenga de otra acción diferente, se mantiene viva por tal concepto la obligación de pagar el precio, dentro del término estipulado, inherente al contrato de compraventa, sin que por impedirlo el carácter del citado artículo 1.502, que es de interpretación restrictiva, pueda ampliarse a otras acciones que las que en él se mencionan.

NO ES APLICABLE AL ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS LA REMISION QUE EL ARTICULO 1.553 DEL CODIGO CIVIL HACE A LAS DISPOSICIONES SOBRE SANEAMIENTO CONTENIDAS EN EL TITULO DE LA COMPRAVENTA (SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1978).

Hechos.—El actor (don Ernesto) contrató con don Narciso para que éste procediera a la cura, mediante salazón, de unos quinientos jamones, propiedad de aquél, para proceder a su comercialización. Una vez devueltos los jamones, los veterinarios que los reconocieron acordaron la destrucción de toda la mercancía por la putrefacción y parásitos que presentaban. Don Ernesto interpone demanda solicitando indemnización. El Tribunal Supremo casa la sentencia absolutoria de la Audiencia y estima la demanda.

Doctrina de la sentencia.—El apoyo legal de la decisión recurrida es el artículo 1.553 del Código Civil a cuyo tenor «son aplicables al contrato de

arrendamiento las disposiciones sobre saneamiento contenidas en el título de la compraventa», entre las que figura la del artículo 1.490, según el que «las acciones que emanan de lo dispuesto en los cinco artículos precedentes se extinguirán a los seis meses desde la entrega de la cosa vendida», añadiéndose que dicho plazo transcurrió con exceso en este caso; siendo de observar, sin embargo, que lo que en el caso contemplado se contrató fueron los servicios técnicos del hoy recurrido para proceder a la salazón y cura de unos jamones, y que el 1.553 que hace la remisión indicada, aunque incluido en el Título V del Libro IV del Código, relativo al «contrato de arrendamiento», está situado en su Capítulo II referente a los «arrendamientos de fincas rústicas y urbanas» que nada tiene que ver con el objeto que aquí entra en juego; sin que en las Disposiciones generales a toda clase de arrendamientos, ni en las atinentes específicamente al «arrendamiento de obras y servicios», se contenga aquella remisión, ni exista norma alguna que permita la aplicación del artículo 1.490; diferencia de trato legal respecto de las distintas formas arrendaticias que tiene su fundamento en las mencionadas «Disposiciones generales», porque mientras que en el arrendamiento de cosas y según el artículo 1.543, «una de las partes se obliga a dar a la otra el goce o uso de una cosa», cuya devolución al expirar el plazo convenido, puede dar lugar al problema de los vicios ocultos que motive el saneamiento; en cambio, el artículo 1.544 establece que en el «arrendamiento de obras y servicios» una de las partes se obliga a ejecutar una obra o prestar un servicio a la otra, cuyo simple concepto y propia naturaleza impiden la concurrencia de los supuestos básicos para que pueda proceder la obligación de sanear, que no fue, por otra parte, la acción ejercitada por el actor, quien se limitó a reclamar la indemnización pertinente por los daños y perjuicios causados con ocasión del citado contrato de arrendamiento de servicios.

ARBITRAJE DE EQUIDAD: ANTE DOS AFIRMACIONES INCOMPATIBLES, PERO EFECTIVAS, RESPECTO AL PLAZO PARA EMITIR EL LAUDO, EL SUPREMO SE INCLINA POR LA DE FECHA MAS AMPLIA (SENTENCIA DE 9 DE OCTUBRE DE 1978).

Doctrina de la sentencia.—Da pie al primer motivo del recurso el indudable error en el que incurrió el Notario autorizante de la escritura, por virtud de la cual se prorroga al árbitro el plazo para dictar el laudo; pues, de una parte, dice que se prolonga por sesenta días, y de otra parte, se dice que el nuevo plazo vencerá el día 19 de junio de 1977; cuando es lo cierto que si a partir del 25 de noviembre de 1976, día en el que aceptó el árbitro su nombramiento, se cuentan ciento noventa y cinco días naturales, suma de ciento treinta y cinco concedidos en la primera escritura y los sesenta de prórroga, el arbitraje debió de dictarse como fecha tope no el 19 de junio, sino el 9 del mismo mes.

Ante dichas dos afirmaciones incompatibles, pero efectivas ambas, esta Sala ha considerado más equitativo atenerse a la fecha más amplia de las dos expresadas con igual fuerza vinculante para ambas partes intervinientes en las escrituras de compromiso y en la de prórroga del

plazo para dictar el laudo, más cuando durante toda la tramitación dieron por buena esa fijación de fecha ambas partes, incluso la que hoy recurre, como lo prueba el hecho de que no trataron de corregirla.

LA INSTALACION DE UNA ACADEMIA EN ALGUN PISO DE UN EDIFICIO EN REGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL CONSTITUYE USO REPROBABLE A LOS EFECTOS PREVENIDOS EN LA LEY (SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 1978).

Doctrina de la sentencia.—Las notas características de la propiedad horizontal, esto es, la existencia de un grupo de titulares dominicales y la yuxtaposición de dos clases de propiedad mencionada por la doctrina jurisprudencial como definidora de su especialidad, pero con preponderancia de la privativa o singular, según se desprende del artículo 3 de la ley sobre la materia, confieren obligada significación al elemento comunitario, determinante de que las facultades de uso y disfrute, aun siendo esenciales al dominio como integrantes de su contenido, conforme a lo dispuesto en el artículo 348 del Código Civil, tengan que experimentar limitaciones recíprocas a fin de hacer posible la pacífica convivencia de las propiedades individuales.

Una de las restricciones a la facultad de usar impuesta por la concurrencia de los derechos de igual rango correspondientes a los distintos propietarios, es la ordenada por el artículo 7, en su último párrafo, de la Ley de 21 de julio de 1960, a cuyo tenor al titular y al ocupante del piso les está prohibido desarrollar en él o en el resto del inmueble actividades no permitidas en los estatutos, dañosas para la finca, inmorales, peligrosas, incómodas o insalubres, precepto que abarca un doble orden de limitaciones, por cuanto a las establecidas en el negocio estatutario, con el efecto normativo consiguiente, se añaden las genéricas señaladas en la ley, de suerte que los estatutos pueden restringir el *ius utendi* con independencia de que el destino proscrito ocasione daños o venga maculado por la inmoralidad, peligro, incomodidad o insalubridad, dado que el legislador permite establecerlas en obsequio de la armónica concurrencia de quienes se integran en la especial situación que la ley disciplina; entre los ejemplos de usos reprobables se cita el caso de un establecimiento de enseñanza determinante de ruidos excesivos y de numerosa concurrencia en la casa, criterio enteramente ajustado a nuestro ordenamiento positivo, porque si han de ser calificadas de «molestas» las actividades que constituyen incomodidad por los ruidos y vibraciones que produzcan, es manifiesto que la masiva asistencia de jóvenes a un centro docente instalado en un inmueble en régimen de propiedad horizontal, por fuerza habrá de causar a los moradores de las viviendas molestias sensiblemente superiores a las inherentes a las relaciones de vecindad, y esa incomodidad tan grave no puede pretender imponérsele en aras de especiosas razones de solidaridad social.

El hecho de que en los Estatutos se haya prohibido el uso de los pisos para un destino que pudiera ser afrentoso a la dignidad y decoro de los demás propietarios («a casa de juego, de mala fama o compromiso, o a habitación de mancebas privadas, cuya notoriedad sea motivo de escándalo», según reza la primera de las cláusulas), dicho está que las mencio-

nes estatutarias, se trate de negocio de origen plurilateral o unilateral, no constituyen relación exhaustiva ni autorizan, contra la voluntad de los demás titulares, el ejercicio de actividades dañosas para la finca, inmora-les, peligrosas, incómodas o insalubres, pues así lo establece la norma imperativa del artículo 7, párrafo 3, de la ley.

LA FALTA DE CONSENTIMIENTO DE LA ESPOSA DEL VENDEDOR PROVOCA LA NULIDAD ABSOLUTA DE LA VENTA (SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 1978).

Hechos y doctrina de la sentencia.—Circunscrita en este recurso la cuestión primordial debatida a determinar la existencia de nulidad absoluta o relativa en el contrato de venta o compromiso de venta, por falta de consentimiento de la esposa del vendedor, no suplido por autorización judicial, son hechos relevantes que han quedado firmes en casación: 1.º Que en la cláusula adicional de dicho contrato se consignó que doña Dolores L. B., esposa del vendedor, presta su consentimiento y conformidad plena al contrato que antecede, firmándolo también en prueba de conformidad. 2.º Que, sin embargo, doña Dolores no firmó el contrato, solicitando su marido, don Mariano, del Juzgado la autorización subsidia-ria, que le fue concedida por auto, y apelado el citado auto por doña Do-lores, la Audiencia revocó el auto del Juzgado denegando, por ende, la autorización solicitada por el marido. 3.º Fallecido don Mariano, el ven-dedor, su viuda, doña Dolores, repudia la herencia de su esposo, aceptán-dola el hijo de ambos cónyuges, quien demanda al comprador del primi-tivo contrato solicitando la declaración de nulidad de la venta.

La interpretación de la cláusula adicional del contrato litigioso con arreglo a las normas legales, pone de manifiesto la existencia como *conditio iuris* del consentimiento de la mujer para la perfección del contrato, que lejos de producirse, consta la continuada oposición de la mujer al mismo, corroborada judicialmente al declarar la Audiencia no haber lugar a conceder a don Mariano la autorización judicial que solicitó en defecto de aquel consentimiento, y esa negativa y consiguiente resolución judicial han de incidir en la eficacia jurídica de aquel contrato provocando su nulidad absoluta por incumplimiento de la condición expuesta.

Siendo la nulidad de pleno derecho, el actor, como heredero forzoso del vendedor, está legitimado para ejercitar la correspondiente acción para que judicialmente se declare sin efecto dicho contrato.

CULPA EXTRA CONTRACTUAL: LA APRECIACION DE LA MISMA RE-QUIERE LA EXISTENCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE LA OMISION CULPOSA Y EL DAÑO PRODUCIDO (SENTENCIA DE 13 DE OCTUBRE DE 1978).

Hechos.—El Banco Popular Español concedió a una industria curtidora de pieles el descuento de las letras producto de su negocio. Dicha indus-tria giró diez cambiales a cargo de terceros. El Banco, que le había abo-nado a la curtidora el importe líquido de esos giros, al resultar éstos im-

pagados se los cargó en cuenta. La industria no aceptó el adeudo basándose en que había habido negligencia por parte de la entidad bancaria, al no comunicarle los impagos en el término de treinta días. El Banco demanda a la curtidora, que es condenada.

Doctrina de la sentencia.—Si ciertamente la actual orientación jurisprudencial, en orden a la aplicación del artículo 1.902 del Código Civil, se viene produciendo en el sentido de que en determinadas circunstancias la responsabilidad se presume culposa, lo que impone que el autor del daño deba acreditar en tales supuestos haber actuado con la diligencia y cuidado que requieran las circunstancias de tiempo y lugar concurrentes, es igualmente exacto que en todo caso esa manifestación objetivista, que emana del principio de Derecho *ubi commodum, ibi est incommodum*, con influencia en la interpretación judicial de la culpa, requiere por esencia de las bases informadoras de la responsabilidad extracontractual o aquiliana, la apreciación de causa a efecto en la acción u omisión culposa que se alega y el daño que se pretenda producido, y cuya apreciación sólo es adecuada cuando existe una verdadera relación entre el hecho generador y su resultado, es decir, que el mal causado indemnizable sea consecuencia necesaria de él, porque en la culpa extracontractual la determinación del nexo causal entre la conducta del agente y el daño producido debe inspirarse en la valoración de las condiciones o circunstancias que el buen sentido señale en cada caso como índice de responsabilidad, dentro del infinito encadenamiento de causas y efectos, con abstracción de todo exclusivismo doctrinal, y concretamente, de las discusiones filosóficas, que agrupan, de un lado, a los partidarios de la causa eficiente, y de otro, a los que más bien se apoyan en el principio de razón suficiente, ni adoptar una posición intermedia a favor de la *conditio sine qua non* o del factor predominante, de la circunstancia principal o de cualquier otro elemento, de tal manera que ese preciso nexo no puede apreciarse ni, por tanto, existe obligación de indemnizar, en el caso de que en esa situación valorativa se aprecie que el perjuicio que dice haber sufrido la recurrente no es necesariamente consecuencia directa del actuar de la entidad bancaria, toda vez que el libramiento de cambiales por el acreedor en las relaciones mercantiles no le excluye de ser diligente en constatar el crédito para sucesivas operaciones comerciales a realizar con el deudor, toda vez que el Banco de lo que responde, en tanto no se haya obligado a asumir la responsabilidad por el descubierta, es del buen fin que hayan merecido las referidas letras de cambio.

ASPECTO PSICOLOGICO DE LA BUENA FE. GESTION DE NEGOCIOS AJENOS (SENTENCIA DE 16 DE OCTUBRE DE 1978).

Doctrina de la sentencia.—Mal puede ser aducida *bona fides* cuando quien ejercía la posesión conocía positivamente la falta de título legítimo para efectuar el aprovechamiento, aspecto psicológico que el Código Civil destaca para llegar a la calificación pertinente (art. 433 y sentencia de 24 de marzo de 1948), al margen de problemas morales que carecen de relevancia a la hora de resolver cuestiones que atañen a la esfera patrimonial.

Allí donde hay gestión de negocios ajenos surge la consiguiente obligación de ofrecer el resultado contable, y entendiendo el vocablo «gestión» en el amplio sentido de manejo, administración, disposición o posesión, pues comprende los actos jurídicos, los puramente económicos y aun los simplemente materiales.

NO PUEDE INVOCARSE ERROR DE DERECHO CON AMPARO EN PRESUNCIONES (SENTENCIA DE 23 DE OCTUBRE DE 1978).

Doctrina de la sentencia.—El error de derecho solamente se comete cuando se ha infringido un precepto legal que reconozca a determinada prueba la eficacia que la ley le concede, por estar sometida su valoración a norma preestablecida. Para poder estar en condiciones de impugnar las deducciones jurídicas realizadas por la Sala sentenciadora de instancia, es preciso desvirtuar previamente los supuestos de hecho en que se apoyen aquellas consecuencias a medio del cauce adecuado, de tal manera que no pueda invocarse error de derecho con amparo en presunciones.

Cuando el legislador permite aducir error de derecho en la apreciación de la prueba, no confiere a quien recurra a su amparo la facultad de sustituir el criterio de la Sala sentenciadora de instancia por el suyo propio, sino que simplemente otorga la posibilidad de argüir y denunciar que aquélla no dio a algún medio de prueba propuesto y practicado en el juicio el valor acreditativo que la ley le confiere.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: COMPENSACION POR DAÑOS MORALES. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA (SENTENCIA DE 23 DE OCTUBRE DE 1978).

Hechos.—Al efectuar obras de derribo y vaciado de un solar, se ocasionó el hundimiento de un muro de un edificio contiguo. Se declaró la ruina inminente de éste, que estaba arrendado, y los inquilinos perdieron su derecho de arrendamiento. Demandan los perjudicados por daños materiales y morales al arquitecto, aparejador y constructor que realizaban las obras. La demanda se estimó.

Doctrina de la sentencia.—Al quedar firmes en casación los hechos declarados probados sobre cuantía de los daños morales ocasionados a los actores, el Tribunal *a quo*, lejos de dar a la doctrina jurisprudencial una orientación peligrosa siempre, y más peligrosa aún cuando se trata de reparar daños morales, de nada fácil apreciación cualitativa y cuantitativamente, ha hecho prudente uso de sus facultades, y creyendo con razón que la condena en dinero tiene tanto de punitiva como de compensatoria, la ha pronunciado en términos de evidente justicia y de acusada prudencia, por lo que hay que admitir son correctas las indemnizaciones que fija, sin olvidar que el paso del tiempo les va mermando efectividad práctica.

La compensación es de la apreciación exclusiva del juzgador de instancia, y el pago abreviado que supone procede cuando existe una relación económica entre dos personas recíprocamente deudoras y acreedoras, y las

cantidades que la integran consisten en dinero, están vencidas y son líquidas y exigibles.

La indemnización derivada de la responsabilidad extracontractual es solidaria. No es necesario para la congruencia que se emplee la palabra solidaridad o cualquier otro vocablo de ella derivado, sino que debe admitirse cuando sea conforme a la intención de los actores la condena solidaria de los demandados, al solicitar sentencia condenando a los cuatro demandados o a alguno de ellos al pago de las cantidades reclamadas en concepto de los perjuicios ocasionados, cuando verdaderamente la responsabilidad es legal.

LEGITIMACION ACTIVA: DIFERENCIA CON FIGURAS AFINES (SENTENCIA DE 24 DE OCTUBRE DE 1978).

Doctrina de la sentencia.—No cabe asimilar la falta de legitimación activa a la falta de personalidad aludida en el artículo 533, causa segunda, de la ley procesal, pues la *legitimatio ad causam* ha de ser determinada en función de las pretensiones deducidas y constituye una actitud específica surgida de la justificación necesaria para intervenir en un concreto litigio atendida la relación en que las partes se encuentran respecto del bien que es objeto de la controversia, por lo que se identifica cuando es directa con la titularidad de la relación jurídico material controvertida, en tanto que la personalidad atañe a las calidades necesarias para comparecer en juicio y, por tanto, a la aptitud requerida para ser sujeto de la relación procesal; sin que tampoco quepa confundir la falta de legitimación con la inexistencia de acción, pues ésta mira al éxito de la pretensión deducida, para lo cual es preciso demostrar que se está amparado por el derecho material esgrimido, por lo que ha podido decirse que la legitimación, en cuanto no presupone correspondencia real con el derecho sustantivo afirmado ni con su existencia, atiende tan sólo a la relación jurídica como ha sido formulada, de manera que si lo alegado no se ajusta a la realidad, la sentencia habrá de ser absolutoria, a pesar de haberse seguido la contienda entre partes legítimas, por lo mismo que esa facultad para conducir el proceso o legitimación no depende de que sea veraz el título invocado.

La carencia de acción entraña problemas de fondo, gobernados de consiguiente por preceptos sustantivos ajenos a las defensas 2.º y 3.º del artículo 533 de la Ley Adjética.

FALTA DE PERSONALIDAD PARA LITIGAR: DIFERENCIA CON LA FALTA DE ACCION (SENTENCIA DE 30 DE OCTUBRE DE 1978).

Doctrina de la sentencia.—La falta de personalidad que considera el párrafo 3.º del artículo 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no es la que pueda resultar del derecho con que litiga una persona, que es la falta de acción, sino de absoluta o relativa incapacidad personal para litigar o la falta de carácter o representación, que es lo generante de falta de personalidad, en razón de que uno y otro de tales aspectos tienen naturaleza y tratamiento procesal distinto, pues lo relativo al título o causa de pedir

afecta al fondo del asunto, determinante de la eficacia o ineficacia de la acción ejercitada, que es propia del recurso por infracción de ley, en tanto que sólo la cuestión referente al carácter o representación con que se reclame en el título es lo que constituye base integradora del recurso de casación por quebrantamiento de forma, que ineludiblemente requiere, para posibilitar su viabilidad, como requisitos, entre otros, que la parte afectada se haya hecho valer o se presente en el juicio ostentando una calidad, categoría, carácter, condición, cargo o representación que le permita o determine su actuación procesal, y que la cualidad con que se presente en juicio no le corresponda legalmente, por no haberla adquirido o tenerla perdida en la forma y con los requisitos predeterminados en el ordenamiento jurídico.

EL PROMOTOR DE CONSTRUCCIONES INMOBILIARIAS TIENE LA MISMA RESPONSABILIDAD QUE EL CONTRATISTA CUANDO SE REUNE EN LA MISMA PERSONA EL CARACTER DE PROPIETARIO DEL TERRENO, CONSTRUCTOR Y DUEÑO DE LA EDIFICACION (SENTENCIA DE 8 DE NOVIEMBRE DE 1978).

Hechos.—La entidad demandada promovió la construcción de una casa y la vendió por departamentos. Se produjeron unas deficiencias de la construcción que originaron gastos a los compradores de los pisos. La comunidad de propietarios demanda a la promotora, quien es condenada a indemnizar.

Doctrina de la sentencia.—Es constante la doctrina legal que excluye toda posibilidad de invocar disposiciones de carácter rituario para fundamentar un recurso por infracción de ley.

El artículo 1.115 del Código Civil tan sólo es aplicable a las condiciones rigurosamente potestativas, como tales exclusivamente subordinadas al arbitrio del obligado, pero no en otro caso.

Al afrontar el problema de la insuficiencia del régimen de garantía por vicios propios en la compraventa de pisos cuando el adquirente reclama la reparación de los defectos manifestados una vez transcurridos los seis meses que para el ejercicio de las acciones edilicias señala el artículo 1.490 del Código Civil, la doctrina jurisprudencial ha superado la parca regulación de este Cuerpo legal sobre el contrato de ejecución de obra acudiendo, bien a entender producida la transmisión al comprador de la acción de responsabilidad decenal, operándose la subrogación oportuna, cuando el dueño del solar pacta la construcción con contratista único—subcontrate o no éste la realización material—, ya a la responsabilidad por defectuoso cumplimiento de las obligaciones del vendedor, ora descartando prudentemente excesivos rigores dogmáticos y sometiendo al promotor de construcciones inmobiliarias a la responsabilidad prescrita para el contratista cuando se reúne en una misma persona el carácter de propietario del terreno, constructor y dueño de la edificación, sin que a la aplicación del artículo 1.591 sea obstáculo una titularidad dominical que no puede servir de exculpación o liberación, pues otro criterio representaría el desamparo de los compradores de pisos adquiridos a través de esa modalidad de la

construcción a medio de la cual se lleva a cabo hoy día la mayoría de las adquisiciones de pisos de nueva planta, lo que no puede ser tutelado por la Ley.

EXISTIENDO UN SOLO SOCIO CAPITALISTA Y VARIOS INDUSTRIALES, LA PARTICIPACION EN LOS BENEFICIOS DEBE SER IGUAL PARA UNO Y OTROS (SENTENCIA DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1978).

Hechos.—Don Diego, acaudalado hombre de negocios, trajo del sitio donde cursaban sus estudios a varios hijos ilegítimos suyos, encomendándoles la tarea de montar una industria aceitera en un extenso olivar del que era dueño; tal industria fue muy próspera. Fallecido don Diego, sus hijos legítimos demandan a los ilegítimos para que desalojen los edificios en que residían en la citada finca. Los demandados a su vez reconvienen, solicitando su parte en los beneficios. El Tribunal Supremo, casando la sentencia anterior, acoge a la vez demanda y reconvención.

Doctrina de la sentencia—Existió una especie de sociedad irregular, en la cual si uno aportó terreno e instalaciones, verificando los desembolsos en numerario, los otros fueron traídos del lugar donde cursaban sus estudios a donde se encontraba la industria y en la que con cargos de más o menos responsabilidad aportaron su entrega personal, consiguiendo dar al conjunto mercantil una gran valoración y estimación que debe ser resarcida; el *quantum* indemnizatorio a fijar a favor de dichos demandados reconvinentes, por consecuencia de su cese en tal sociedad, debe ser, no el acogido por la Sala de instancia, sino el resultado de la índole de la relación social a que se hallaban vinculados, en ortodoxa aplicación de los artículos 1.689 y 1.708 del Código Civil, que en cuanto, respectivamente, previenen que a falta de pacto la parte de cada socio en las ganancias y pérdidas debe ser proporcionada a lo que haya aportado, de tal modo que el socio que lo fuese de industria, cuyo carácter tienen los demandados reconvinentes, tendrán una parte igual a la del que menos haya aportado.

La infracción por violación de los artículos 1.689 y 1.708 del Código Civil se produce debido a que, cualquiera que pudiere ser el criterio que pudiera mantenerse sobre tal aspecto legal, lo cierto es que el mismo, y la secuencia que produce de que el juzgador deba aplicarlo en sus justos límites y alcance, en cuanto que los órganos jurisdiccionales tienen como misión hacer adecuada aplicación de las normas legales y no de alterar su esencia y contenido, lleva a que cuando existe un único socio capitalista y varios socios industriales la solución en el ámbito legal debe ser la de igual participación para uno y otros, aunque el capital valga más que el trabajo, o viceversa.

Si bien el artículo 1.667 del Código Civil previene que la sociedad civil se podrá constituir en cualquier forma, salvo que se aportara a ella bienes inmuebles o derechos reales, en cuyo caso será necesaria la escritura pública, tampoco cabe desconocer que la exigencia de la escritura pública únicamente afecta a que no surja con vida jurídica con relación a terceros, esto es, con entidad con personalidad independiente de la de los socios, mientras no se cumplan los requisitos formales de escritura pública e inscripción, pero no en orden a las partes contratantes, para las que es sufi-

ciente para su reconocimiento con vida jurídica y, por tanto, para que produzca sus efectos como sociedad irregular o de hecho, con la concurrencia de los requisitos esenciales; el citado artículo 1.667 está subordinado a la fundamental norma acogida por el 1.278 del mismo Cuerpo legal, conducente a que no se prive de eficacia para los contratantes a los contratos que celebrados válidamente conforme al mismo les obligan, aunque con relación a terceros por incumplimiento de la formalidad de escritura pública, la sociedad irregular o de hecho carezca de existencia jurídica y de efecto.

LA RESPONSABILIDAD DEL ARQUITECTO NO TIENE EL TOPE DE LA VALORACION HECHA EN EL PROYECTO Y ES SOLIDARIA CON EL CONTRATISTA (SENTENCIA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 1978).

Hechos.—Los dueños de un chalet, que recién construido quedó agrietado y ruinoso, demandan al arquitecto y al contratista, quienes son condenados solidariamente a indemnizar.

Doctrina de la sentencia.—Ha de decaer el motivo que arguye infracción por interpretación errónea del artículo 1.591 del Código Civil, ocasionada al imponer al arquitecto director de la obra una responsabilidad por suma superior a la correspondiente al proyecto que dice realizado y en razón del cual percibió la remuneración justa; mas aquel precepto, que responde a una presunción *iuris tantum* de culpa profesional y consagra el apotegma de las fuentes romanas *et quod imperitia peccavit culpam esse* (Digesto 19.2.10.5), como tiene declarada la doctrina jurisprudencial, dispone una reparación que abarca todo el quebranto patrimonial sufrido por el comitente a consecuencia de la ruina del edificio, por no haber actuado el técnico arregladamente a la *lex artis*, y, por tanto, comprenderá plenamente el perjuicio o la lesión económica que tenga su causa en el acto ilícito, es decir, los daños y perjuicios o pérdidas experimentadas en los términos que señala el propio artículo 1.591 en relación con el 1.106 del mismo Código, y, por consiguiente, la efectiva disminución del patrimonio del acreedor por incumplimiento imputable al deudor, menoscabo o desequilibrio que habrá de ser restaurado con la prestación del equivalente, cuestión ajena o desvinculada de la cuantía de los emolumentos percibidos por el arquitecto, reducibles e incluso condonables por éste a su albedrío.

El punto de si ha de ser solidaria la responsabilidad concurrente del contratista y del arquitecto, tema que en el campo de la doctrina científica no tiene solución unívoca, aunque sí predominantemente concorde con la propugnada por este Tribunal, ha sido resuelto reiteradamente en el sentido de afirmar la solidaridad más acomodada que la mancomunidad simple a la obligación dimanante de un precepto legal, a la identidad de origen del deber de indemnizar, al resultado de la obra edificada como un todo, y a la realidad de que el suceso dañoso ha sido provocado por una acción plural, sin que pueda precisarse la proporción en que cada uno de ambos factores han influido en la ruina ocasionada por tal conjunción de causas.

**LA PROHIBICION DE QUE PUEDAN COMPENSARSE DEUDAS QUE PRO-
VENGAN DE DEPOSITO NO PUEDE INTERPRETARSE EXTENSIVA-
MENTE (SENTENCIA DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1978).**

Doctrina de la sentencia.—Se denuncia infracción, en su concepto de violación por inaplicación del párrafo primero del artículo 1.200 del Código Civil, por cuanto, según afirma el recurrente, se aplica la compensación legal respecto de una deuda que proviene directamente de un depósito, pero aun cuando dicho precepto legal impide puedan compensarse deudas que provengan de depósito o de las obligaciones del depositario o comodatario, esta norma prohibitiva, por su índole excepcional en relación con la regla general del artículo 1.195 de dicho Código sustantivo, no puede interpretarse extensiva ni analógicamente como así lo declara la sentencia de esta Sala de 31 de enero de 1956.

J. Q. S.

2.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Por JESÚS GONZÁLEZ SALINAS

DESLINDE DE MONTE CATALOGADO, ATRIBUCION AL MISMO DE UNA FINCA DEL COMUN DE VECINOS. LEGITIMACION DE UN VECINO PARA RECURRIR. LA POSESION Y EL REGISTRO COMO LIMITES. LA LEGITIMACION REGISTRAL... ¿ES LIMITE? (SENTENCIA DE 3 DE MARZO DE 1979).

I. ANTECEDENTES

1. Deslindado el monte catalogado con el número 133 de la provincia de Oviedo (Asturias) y denominado «Cadabales» e inscrito en el Registro de la Propiedad de Cangas de Narcea como finca 43.701, queda atribuido a dicho monte la finca denominada «Braña de Cadabales», de 9 Has.

2. «La Braña», que desde tiempo inmemorial era poseída y aprovechada por los vecinos de Ridera y de Pigüña (hoy incorporados a Cangas de Narcea y al Concejo de Somiedo, respectivamente), se encuentra inscrita en Cangas y en Tineo, hay que suponer a nombre de titulares (entidades locales) distintos y relacionados con los pueblos de Ridera y Pigüña.

3. Una serie de vecinos de Pigüña recurren en reposición contra la orden aprobatoria del deslinde, en nombre de la comunidad, siendo desestimado su recurso.

4. Don José Manuel S. R., como vecino, interpone recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Supremo, que gana.

II. LA SENTENCIA DE 3 DE MARZO DE 1979

Esta sentencia de singular interés sostiene las siguientes consideraciones (presidente el excelentísimo señor don Paulino Martín Martín):

1.º Considerando que la temática jurídica que plantea el presente proceso se circunscribe, en síntesis, a determinar la legalidad, por razones formales y de derecho material, de las resoluciones del Ministerio de Agricultura de 15 junio 1972 y 23 julio 1973 en cuanto aprobatorias del deslinde del monte número 133 del Catálogo de U. P. de la provincia de Oviedo, y principalmente en el particular referente a la declaración 3.ª, 1.ª de la resolución de 15 junio 1972—confirmada por la decisión posterior desestimatoria de la reposición—, al atribuir al monte deslindado, «Cadabales», de la pertenen-

cia de Cargas de Narcea y sito en su término municipal, la finca denominada «Braña de Cadabales», cuyos linderos figurar: al Norte, terrenos de la Braña de las Estacas y Casa Vieja; Sur y Este, con montes de Las Reaz y Obscuredo, radicantes en el Concejo de Somiedo, y al Oeste, con el monte llamado del Colmenoso, de cabida aproximada de 9 Has. Inscrita en el Registro de la Propiedad al folio 137 del libro 46 del Ayuntamiento, finca número 3.411, inscripción 5.ª, a la vez que también aparece inscrita en el Registro de la Propiedad de Tineo, tomo 209, libro 152 del Ayuntamiento de Tineo, inscripción 10.

2.º Considerando que de mera alegación de parte—sin soporte suficiente—merece la excepción de inadmisibilidad alegada por la Abogacía del Estado al amparo de la causa b) del artículo 82 de la Ley Jurisdiccional, dado que si el recurrente señor S. lo hace como vecino de Pigüña, Concejo de Somiedo (Oviedo), en nombre propio y como afectado (al disponer como vecino de un potencial derecho de condominio o al menos de disfrute de una parte del monte deslindado) por los actos administrativos recurridos que en su día se le notificaran al señor L. M. y otros como actuantes en nombre de la comunidad de vecinos, sin constar si entre ellos figuraba el recurrente, pero que su interés en la cuestión debatida no puede ser negado, bastando la titularidad que alega para estimarle legitimado a estos efectos en la línea progresiva—además de reconocida en vía administrativa—mantenida por las Sentencias de la Sala de 15 enero 1968 y 26 junio 1974 con apoyo en lo dispuesto en el artículo 22 del Reglamento en relación con el artículo 4, párrafo 2, de la Ley de 8 de junio 1957 y artículo 28-1 y concordantes de la Ley Jurisdiccional.

3.º Considerando que aunque resulta difícil la fijación exacta que deba atribuirse a la pretensión actora dada la forma en que se manifiestan los escritos inicial y de demanda, el ámbito objetivo de lo pedido viene delimitado, como al fin resume el actor en el escrito de conclusiones, por las tres objeciones, como motivos de impugnación, formuladas al acto administrativo aprobatorio del deslinde: por atribuir la «Braña de los Cadabales» al monte «Cadabales», deslindado e inscrito en el Catálogo con el número 133, por asignar (dominio y disfrute) todo el conjunto al Ayuntamiento de Cangas de Narcea (o vecinos de Ridera, como incorporados al término municipal); a la vez que acuerda gestionar la cancelación de las inscripciones, etc., que se opongan o resulten contradictorias con la descripción del monte deslindado.

4.º Considerando que el estudio del expediente administrativo lleva a la Sala—al igual que mantiene la Abogacía del Estado en su informe de 12 junio 1971—a la convicción de que *en este supuesto la Administración no ha respetado los límites institucionales que al deslinde administrativo otorga el ordenamiento*, pues si bien no pueden desconocérsele poderes para promover y ejecutar la operación dicha, la propia regulación normativa contenida en la legislación de Montes nos está delimitando el ámbito objeto e institucional que debe atribuirse a esta *operación técnica de señalamiento—en lo esencial—de la línea perimetral de una finca que supone, a su vez, declaración de posesión de hecho sobre la zona deslindada, ya que si bien el deslinde procede—como regla—cuando aparecieron límites imprecisos entre las propiedades o indicios de usurpación*, las operaciones técnicas de comprobación y la rectificación de situaciones jurídicas sólo es posible frente a casos plenamente acreditados; es decir, que la *Administración, en el momento de levantar el acta de apeo o al aprobar el deslinde no puede*

desentenderse de las demás situaciones jurídicas consolidadas a favor de los particulares colindantes por venir éstas amparadas o protegidas por diferentes preceptos civiles e hipotecarios, ya que aparte de situaciones surgidas por aplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, existen otras en razón de la simple inmatriculación (arts. 200, 205, 206, 207 y concordantes de la Ley citada) que no pueden ser vulneradas, unido todo ello a la carga u obligación legal de respetar las situaciones posesorias de más de treinta años por imperativo de lo preceptuado por los artículos 14, b), de la Ley y párrafo primero del artículo 64 del Reglamento de Montes, que se verían contradichas si la Administración pudiera hacer declaraciones, aun con el carácter de provisionales, más allá de los ámbitos objetivos y temporal que las leyes prevén, ya que ello supondría violación notoria de preceptos legales con incidencia, lesión o desconocimiento del derecho o interés de los particulares, con notoria incompetencia por desapoderamiento de la Administración en el campo de los llamados derechos civiles.

5.º Considerando que *en este caso, además, la Administración al resolver no valoró debidamente los hechos determinantes de la cuestión planteada al rechazar inmotivadamente el título inscrito y demás documentación presentada por el recurrente en nombre de los vecinos de Pigüña* al prescindir, incluso, de aportar al expediente una certificación registral comprensiva de todas las inscripciones de la finca número 3411 del Registro de la Propiedad de Tineo, así como testimonio completo de los autos del Juzgado de Tineo de 15 septiembre 1955 y de la Audiencia de Oviedo de 17 octubre 1956 dictados en expediente de dominio para la reanudación de tracto sucesivo, ya que, como afirma la Abogacía del Estado en su dictamen de 12 febrero 1971, su estudio y conocimiento completo resultaban indispensables para poder adoptar una decisión fundada, dado que existen indicios racionales de la existencia de una doble inscripción de la misma finca (e incluso con el mismo número) en los Registros de Cangas y Tineo, consecuencia tal vez de una modificación de la demarcación registral, ya que no puede olvidarse que la primera inscripción es de 1884, unido a que la atribución en bloque del monte Cadabales al Ayuntamiento de Cangas de Narcea ignora el hecho jurídico destacable de que la Braña de Cadabales constituye—al parecer—desde tiempo inmemorial una entidad físico-jurídica independiente, delimitada, poseída y aprovechada por los vecinos de Pigüña en proindivisión con los colindantes de Ridera, como demuestran los documentos públicos aportados al expediente de 1749, 1767, 1882, etc., inscripciones en el Registro de la Propiedad, deslinde de la Braña efectuado en 1791, resolución de la Audiencia de Oviedo de 1956, etc., sin que—*a estos efectos*—puede tener valor excluyente el hecho de aparecer el monte deslindado inscrito en el Registro como finca número 43.701 con data de 29 julio 1961, dado que ésta (independientemente de apoyarse en certificación administrativa que a su vez toma como base un acta de reconocimiento de linderos, sin intervención de los vecinos de Pigüña) no puede anular inscripciones anteriores existentes y plenamente eficaces mientras no sean canceladas en forma legal, pues aun dando por cierto el hecho de *la doble inmatriculación (o dos inscripciones contradictorias)* el procedimiento adecuado no sería el deslinde administrativo, ya que dentro de éste habría de respetarse la situación actual sin perjuicio de que los interesados pudiesen acudir al trámite judicial del artículo 313 del Reglamento Hipotecario, o al juicio declarativo ante la jurisdicción ordinaria—art. 51 de la Ley de Procedimiento Civil y Sentencia de 18 mayo 1978, entre otros—, ni cabe finalmente

aducir la posesión real del monte por los vecinos de Ridera, ya que tal posibilidad viene contradicha no sólo por los efectos de los principios de fe pública y legitimación registral, sino porque, como dice el Abogado del Estado en el informe citado, el examen y estudio crítico racional de la documentación aportada nos lleva a la estimación probable y fundada de la posesión indivisa por vecinos de ambos núcleos de población (Pigüefña y Ridera) de zonas, no bien determinadas, del monte de autos.

Considerando que en cuanto a costas es procedente la no declaración.

III. COMENTARIO

1. *Planteamiento de la problemática*

a) *Trascendencia de la catalogación de los montes no estatales.*—Como es sabido, el Catálogo de Montes es un Registro Público Administrativo (artículo 6 de la Ley de Montes y 38 del Reglamento de Montes) en el que, entre otros datos, consta el nombre del monte, pertenencia, linderos y circunstancias de la inscripción del mismo en el Registro de la Propiedad (artículo 39 del Reglamento de Montes), Registro administrativo de Montes, en que se incluyen (art. 40 del Reglamento) los de utilidad pública (artículos 26 y siguientes del Reglamento), públicos (art. 38 en relación con el 8 del Reglamento). Inclusión que da al monte, mientras subsista (art. 43 del Reglamento), un peculiar y exorbitante régimen jurídico ().

Con referencia específica a aquellos montes que no son estatales, una de las manifestaciones genéricas de dicho régimen jurídico puede concretarse en una desconexión entre el titular y el monte, o mejor, en una mediatización por parte de la Administración forestal entre titular y objeto.

Sin profundizar en la naturaleza de la titularidad (luego, apartado b)), y a modo de ejemplo, puede detectarse una idea apuntada a lo largo de la legislación de montes, y concretamente de su Reglamento. Así, el peculiar régimen que tiene el modo de aprovecharse el monte (arts. 212 y sigs. en relación con el 226), incluso en el importante tema del pastoreo (art. 243 en relación con el 246), como los aprovechamientos mismos (art. 265 y sigs.) o auxilios (arts. 303, 306, 308, etc.) y las mejoras (arts. 332 y sig.). Pero, sobre todo, esa mediatización del monte, con apartamiento de su titular, por la Administración forestal, aludida, tiene especial significación en los supuestos siguientes: enajenación por Ley o en virtud de alguna Ley especial, inembargabilidad, peculiar régimen en cuanto a la hipotecación y expropiación (arts. 44 y sigs.), requisito del consentimiento del Ministro de Agricultura para poder permutar el monte por otro no catalogado, y si ese otro sí está catalogado, deber de dar cuenta a Icona (art. 185), necesidad de demandar, además de al titular, al Estado en los pleitos sobre propiedad (artículo 52), la llamada refundición de dominios (arts. 13 y sigs.). El deslinde es competencia no del titular, sino de la Administración forestal (art. 79), siendo el titular simplemente uno de los sujetos que intervienen en el procedimiento (arts. 98 y 124, por ejemplo), de igual modo la recuperación posesoria es de la competencia «exclusiva» de dicha administración (artículo 407), así como sólo esta administración es quien puede reconocer situaciones posesorias dentro del deslinde o en un procedimiento independiente (art. 67).

Con todo lo dicho, resulta evidente que la inclusión de un monte local en el catálogo de los de utilidad pública representa una cuestión de singular trascendencia para quien resulte ser su titular: sus facultades quedan en gran manera arrinconadas ante la presencia de la Administración forestal. Pudiera decirse que, al igual que la categorización de una determinada finca rústica como monte provoca la adjudicación de especiales normas legitimadoras de una intervención administrativa (art. 4) (lo que constituye sin duda uno de los más interesantes aspectos de la denominada redefinición del derecho de propiedad liberal), en la catalogación tal intervención (que se produce incluso respecto de los montes simplemente públicos, así art. 12) queda reduplicada en los aspectos antes apuntados a modo de ejemplo.

El hecho, por tanto, de la inclusión motiva sociológicamente una respuesta que se articulará a través del sistema de recursos (art. 42), lo mismo que la simple categorización como monte (art. 4, núm. 4), y con mayor razón y posibilidades de discusión, ya que no se trata sólo de comprobar si se dan, en el supuesto de hecho, las circunstancias de la definición de monte, sino algo más abstracto como lo es la utilidad pública (artículo 25).

En el supuesto de la sentencia que comento, toda esta problemática queda articulada en un caso de deslinde.

No se trata de que se haya *incluido* en el Catálogo de Montes a «La Braña», sino que mediante el deslinde de un monte catalogado ha quedado incluido en el mismo aquella finca. El resultado, desde luego, es análogo y la problemática se produce de igual manera, con la peculiaridad de que aquí la articulación de los recursos se dirigirá a dejar sin efecto la resolución del deslinde practicado; se discutirá y atacará el deslinde, es decir, si «La Braña» forma o no parte del monte de «Cadabales», no el tema de si «La Braña» debe o no ser catalogada (arts. 128 y sigs. en relación con el 42).

Queda constatado, por tanto, que en el supuesto de la sentencia, a pesar de tratarse de uno de deslinde, las consecuencias (como luego veremos) determinarán una misma trascendencia a la hora de decidir en un sentido o en otro y además debe resaltarse que la aludida similitud de consecuencias, a través de procedimientos distintos (el de inclusión y el de deslinde), pone sobre el tapete algo bien analizado en la sentencia que se comenta, y que es el tema de la amplitud de posibilidades de deslinde.

b) *Catalogación y distintas categorías de bienes públicos.*—Acabamos de aludir a la desconexión que se produce entre titularidad y objeto (monte) cuando se produce la inclusión en el catálogo. Ahora bien, lo que interesa resaltar en segundo lugar para comprender, con suficiente base, la problemática suscitada es el dato de que la inclusión en el catálogo se produce con independencia (podríamos repetir: desconexión) de la naturaleza de la titularidad (no en relación con el sujeto, sino en sí misma considerada), y que puede quedar representada en el doble gran bloque de Patrimonialidad y Demanialidad (arts. 11 y 12 del Reglamento de Montes). Quiere decirse, que la inclusión en el catálogo se hace respecto de los montes públicos de utilidad pública, entendida esta utilidad en términos del artículo 25 del Reglamento de Montes y con independencia de si son (o no) patrimoniales o demaniales.

Como consecuencia de lo dicho y dado que el Régimen de los montes catalogados es unitario, se produce una distorsión de regímenes jurídicos que puede detectarse, por ejemplo, en los siguientes supuestos: Siendo el monte demanial, a pesar de ello, sería inscribible, y ello con carácter obligatorio. Por el contrario, siendo patrimonial, el peculiar régimen en cuanto a su disponibilidad (prohibición de enajenar, a no ser que sea por Ley, según aludíamos) y protección (por ejemplo, inaplicación del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, según el artículo 68 del Reglamento de Montes) lo acercaría al régimen de los bienes de dominio público. Todo lo dicho, por supuesto con el límite de la imprescribibilidad del dominio público, según el artículo 64, 2, del Reglamento de Montes, lo que justificaría la expresión en la inscripción del catálogo (y consiguientemente del Registro) del carácter de la titularidad ostentada por la Entidad a que pertenezca el monte (a pesar de omitir este dato el art. 39, núm. 2, *in fine*, del Reglamento de Montes).

c) *Concreta referencia a los montes comunales.*—Conocida es la tripartición de la tradicional dualidad de bienes públicos en el ámbito local: a los demaniales y patrimoniales (de propios) hay que añadir los comunales.

Pues bien, si se utilizan las referencias contenidas en el artículo 40 del Reglamento de Montes, se advierte que, además de los montes de utilidad pública en sentido estricto (art. 25), deben ser incluidas en el catálogo los comunales (art. 21 y Exposición de Motivos de la Ley), y que la inclusión se hace con expresión de su carácter, según veíamos (art. 39) ... Quiere decirse, por tanto, que aunque los montes comunales no sean de utilidad pública en el sentido del artículo 25 del Reglamento de Montes, deben ser catalogados.

Por otro lado, la constatación de su carácter en el catálogo tiene una importancia en tanto que, al igual que las demaniales, son imprescriptibles (art. 64, núm. 2) y su aprovechamiento (!) presenta especialidades (así, según el art. 212, núm. 5, habrá que tener en cuenta la Ley de Régimen Local).

Precisamente es en el dato del aprovechamiento donde debe incidirse. Vimos que la inclusión en el catálogo se hacía con independencia de su utilidad pública, lo que se confirma en el artículo 22 del Reglamento de Montes, al decir que debe hacerse constar que se practica al amparo de lo dispuesto en el artículo 4, número 2, de la Ley de Montes, añadiendo:

«Sin dejar de consignar la circunstancia de que el aprovechamiento del monte corresponde exclusivamente a los vecinos del núcleo de población de que se trate, aunque no esté legalmente constituido en entidad local.. »

La importancia del dato del aprovechamiento radica no en cómo debe aprovecharse (...), sino qué vecinos pueden aprovecharlo, no en cómo los vecinos pueden aprovecharlo y en qué proporciones cada uno, sino los vecinos de qué pueblo.

Parece evidente, según lo anterior, la importancia de la cuestión suscitada en la sentencia comentada. Si en el deslinde se incluye «La Braña» en «Los Cadabales», y «Los Cadabales» están asignados al Ayuntamiento

de Cangas de Narcea, los vecinos de Pigüña, que no lo son de Cangas de Narcea, se ven afectados en su derecho al aprovechamiento. ¿Cómo? Simplemente por el juego de las presunciones del catálogo (una vez inscrito en él el deslinde), incluso frente al registro y además mediante la rectificación del propio registro, mediante la correspondiente certificación una vez firme el deslinde.

De lo dicho se advierte la importancia de la situación subyacente en un simple expediente de deslinde, que puede producir efectos (y de hecho los produce en el caso) de gran trascendencia para los pigüñenses.

Este es el trasfondo que hace comprender por qué don José Manuel recurre al Tribunal Supremo contra la Orden del Ministro de Agricultura, atacando la inclusión en «Los Cadabales» de «La Braña», la asignación (dominio y disfrute) de todo el conjunto a Cangas (o vecinos de Ridera, como incorporados al término) y el acuerdo de gestionar la cancelación de inscripciones, etc., que se opongan o resulten contradictorias con la descripción del monte deslindado. Este es el trasfondo jurídico, porque evidentemente no se trata de analizar el valor económico que pudiera tener la mitad del aprovechamiento, ni el orgullo de los pigüñenses frente a sus colindantes vecinos de Ridera.

2. El antiformalismo de la sentencia

La sentencia comentada es claramente antiformalista, y ello se advierte si se vuelven a leer los *Considerandos segundo y tercero*.

El tercero, en el sentido que resulta del lamento del juzgador por lo «difícil que resulta la fijación exacta de que deba atribuirse a la pretensión actora dada la forma en que se manifiestan los escritos inicial y de demanda».

De mayor interés es el segundo Considerando (. .). Efectivamente, el Abogado del Estado aducía la inadmisibilidad del recurso en base al 82, b), de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa (persona incapaz, no representada debidamente o no legitimada), pero el Tribunal Supremo, con gran simplicidad, resume su conclusión de estar don José Manuel legitimado, por el simple hecho de ser vecino (de alegar esa sola titularidad) de Pigüña y ser «La Braña» comunal. El apoyo lo encuentra en el artículo 22 del Reglamento de Montes, que vimos, y en la progresiva corriente jurisprudencial de las sentencias que cita y que se refieren (las dos) al mismo monte.

Es de interés lo que se dice en la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1974, por cuanto contiene la doctrina que la que comentamos resume. Así dice (mismo ponente):

Considerando que alegada la excepción de inadmisibilidad prevista en el apartado b) del artículo 82 en conexión con lo preceptuado en los artículos 27 y 32 de la Ley de la Jurisdicción, por entender carecen de existencia legal las entidades locales menores de Tuiza, Telledo y Gomezana y que dicen representar los demandantes como Presidente de la Junta Vecinal de Telledo y Alcaldes de Barrio de las parroquias de Tuiza y Gomezana, respectivamente, no debe, sin embargo, silenciarse que *su personalidad ha sido reconocida en vía administrativa como núcleos de población titulares de la propiedad y posesión del monte catalogado núm. 233,*

llamado «Eexite y Meycin», según consta en el apartado 1.º de la resolución ministerial, aprobatorio del deslinde del monte C. de M. P. de 14 de diciembre 1966, a cuyos núcleos de población corresponde el aprovechamiento *aunque no estén constituidos legalmente en Entidad local menor*, por prescripción de lo dispuesto en el artículo 22 del Reglamento de Montes en relación con el artículo 4, párrafo segundo, de la Ley de 8 junio 1959, por lo que si los barrios o anejos son reconocidos por el artículo 23 de la Ley de Régimen Local, en cuyo artículo 70 se reconoce están regidos por un Alcalde de Barrio, como único órgano específico, no parece sería la objeción hecha de contrario cuando de lo que aquí se trata es de garantizar o hacer efectivos los derechos que les reconoce el Ordenamiento Administrativo frente a la propia Administración y frente al propio Ayuntamiento en el que están encuadrados, dada la existente contradicción de interés en el tema concreto del cumplimiento del plan de aprovechamientos del Monte de Utilidad Pública número 233, por eso, pues, y en la línea ya mantenida por la sentencia de la Sala de 15 enero 1968, debe rechazarse la excepción de inadmisibilidad, pues en todo caso queda viva su titularidad como vecinos, suficiente a estos efectos, por aplicación de los preceptos citados de la Ley y Reglamento de Montes en relación con los artículos 28, 1, y con la Ley Jurisdiccional.»

3. El tema de fondo: el deslinde

a) *Esencia del deslinde*.—Según la sentencia comentada, el deslinde consiste en la «operación técnica de señalamiento—en lo esencial—de la línea perimetral de una finca que supone, a su vez, declaración de posesión de hecho sobre la zona deslindada» (Considerando cuarto).

La configuración del deslinde, como definidor de la posesión de hecho (aparte el tema de la naturaleza del deslinde en relación con otras posiciones jurisprudencial y doctrinales), creo que debe servir para resaltar la diferencia de la figura en estos supuestos de montes, en relación con los de playas y zonas marítimo-terrestres, por ejemplo; ya que mientras en los supuestos de dominio público natural, es decir, fijado legalmente conforme a unas circunstancias geofísicas, el deslinde se centra en determinar si se producen o no dichas circunstancias, cuando de supuestos de dominio público accidental se trata, al igual que en los supuestos de bienes patrimoniales, y, en general, cuando de montes se trata, el deslinde no puede atender a dichas circunstancias, en tanto que tales bienes pueden o pueden no ser de carácter público. El tema ya ha sido tratado en esta Revista (núm. 522) y debe servir para valorar la afirmación en relación con la posesión que se hace. No hay otro criterio a tener en cuenta que éste, en sentido positivo.

b) *Límites en general*.—En sentido negativo el deslinde no podrá entenderse, como dice la sentencia, de las situaciones jurídicas consolidadas a favor de particulares (y no particulares) protegidas por diferentes preceptos civiles e hipotecarios.

De lo contrario, no se respetan los límites institucionales, las situaciones aludidas se verían contradichas por la Administración, lo que supondría una violación notoria de preceptos legales y una notoria incompetencia por desapoderamiento de la Administración en el campo de los

llamados derechos civiles. Cuales sean las situaciones jurídicas que pueden frenar un deslinde, se encuentran analizadas en el cuarto Considerando, fundamentalmente. Son: fe pública, legitimación y posesión de treinta años (Considerando cuarto).

c) *La posesión en concreto*

Los treinta años de posesión son un evidente límite al deslinde, según se desprende del artículo 14, b), de la Ley de Montes y 111 del Reglamento de Montes (que cualifica los requisitos de la posesión).

Al límite se refiere la sentencia apoyándolo en el artículo 14, b), de la Ley de Montes, sin citar el artículo 111 del Reglamento de Montes, pero añadiendo el artículo 64 del Reglamento de Montes. ¿Por qué el 64 del Reglamento de Montes y precisamente en su apartado 1? En abstracto, podría pensarse que lo que se pretende es justificar y fundamentar el precepto concreto (art. 14, b), de la Ley de Montes) con un principio institucional como sería la posibilidad de prescribirse el monte (artículo 64, apartado 1, del Reglamento de Montes). Se diría que, dado que con treinta años de posesión se adquiere la propiedad del monte, la posesión del mismo durante dicho período tiene que frenar el deslinde (en el punto concreto), dado que en éste no se pueden solventar cuestiones de propiedad. Pues bien, el argumento, que podría aceptarse con algunas reservas (véase el art. 128 del Reglamento de Montes), en este caso tiene un sentido perfectamente distinto. Recuérdese que el monte se considera comunal, y según el propio artículo 62, 2, del Reglamento de Montes, tales montes son imprescriptibles. Lo que debe tenerse en cuenta para comprender el funcionamiento de los razonamientos implícitos del Supremo es que en el supuesto el Monte era comunal por partida doble (si se permite la expresión); respecto de Ridera y de Pigüña. Pues bien (y aunque resulte doctrinalmente discutible), lo que se quiere resaltar es que los vecinos de Pigüña han estado más de treinta años poseyendo el monte de «La Braña», en indivisión con los de Ridera, y que consecuentemente esto tiene que ser un dato a tener en cuenta por el deslinde, que al desconocerlo incurre en invalidez. (Así las tres alusiones al tema en el quinto Considerando.)

d) *La inscripción registral*

Según la sentencia comentada, también la inscripción cualifica las situaciones, en lo jurídico, en orden a ser respetadas en el deslinde. No se fundamenta dentro de la legislación de montes la afirmación.

Respecto de la fe pública, la fundamentación es clara (art. 111 del Reglamento de Montes), pero lo que reviste singular interés es la extensión de la fundamentación a la legitimación registral: la sentencia, efectivamente, considera como situación jurídica no desconocible en el deslinde la de los artículos 200, 205, 206, 207 y concordantes de la Ley Hipotecaria. Y el caso concreto, independientemente que pudiera apoyarse en los más de treinta años de posesión, o en el 34 de la Ley Hipotecaria, hace al Tribunal repetir varias veces este aspecto. La tesis del Supremo, por tanto, es clara y sale al paso de las dudas que pueda ocasionar la letra del ar-

título 111 del Reglamento de Montes, que, a sentido contrario, parece excluir los supuestos que no sean encuadrables en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Aquí radica el valor de la sentencia, que viene a encuadrarse en una de las vigentes corrientes de Jurisprudencia. Se echa de menos, eso sí, una mayor fundamentación de la proposición. Y que podría resumirse en los siguientes datos:

— Considerar absurdo que, de desconocerse el artículo 38 de la Ley Hipotecaria al entrar en juego los efectos del catálogo, quedase enervado el propio artículo 38 (ver arts. 66 y 68 del Reglamento de Montes) por un simple Registro administrativo.

— Considerar ilegal la puntualización del artículo 111 del Reglamento de Montes a lo establecido en el 14, b), de la Ley de Montes.

— Realizar una interpretación finalista de los artículos 133 en relación con el 127 del Reglamento de Montes y artículo 11, 2, de la Ley de Montes, en el sentido de no admitir la interpretación a sentido contrario que llevaría a admitir que puede rectificarse por certificación administrativa el registro (a salvo el artículo 34 de la Ley Hipotecaria), lo que podría llevar a considerar lógico y sistemático desconocer en el deslinde el artículo 38 de la Ley Hipotecaria (si puede rectificar no tiene por qué tener en cuenta...).

Como digo, nada de esto se ha razonado en la sentencia, salvo una alusión a la rectificación del Registro, que se considera únicamente posible en términos civiles, como vemos a continuación.

e) *En nada desvirtúa todo lo sostenido el hecho de que la finca estuviese doblemente inmatriculada* (quinto Considerando).—Según parece, «La Braña» estaba inscrita doblemente (y contradictoriamente). Precisamente, por sólo tenerse en cuenta la inscripción a favor de los de Ridera (Cangas) se invalida el deslinde. El hecho de la doble inmatriculación da lugar a que también a favor de los de Pigüenza funcione el Registro, en este caso paralizando (debiendo paralizar) el deslinde. La inscripción, por tanto, a favor de unos no puede justificar el desconocimiento de la de otros (como vimos con independencia de que juegue o no el artículo 34 de la Ley Hipotecaria).

Pues bien, lo que añade el Tribunal es lo que tiene mayor importancia: el deslinde no es el procedimiento adecuado para solucionar un problema de doble inmatriculación. Consecuentemente y *a fortiori* caso de que no haya doble inmatriculación, sino una sola, la rectificación del Registro tampoco se podrá hacer en virtud de un expediente de deslinde.

f) *La inscripción del monte catalogado* (quinto Considerando).—Evidentemente, la inscripción de «Los Cabadales» no puede desvirtuar la inscripción (ones) de «La Braña», aparte por lo que se dice en la sentencia, porque pudiera hablarse de triple inmatriculación o porque, más simplemente, los linderos difícilmente podrían considerarse contradictorios.

III. Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central

Por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA

EXENCION DE LA PRIMERA TRANSMISION DE TERRENOS POR EL SISTEMA DE COMPENSACION: SE REFIERE SOLO A LAS TRANSMISIONES ENTRE LOS PROPIETARIOS QUE CONSTITUYEN LA JUNTA DE COMPENSACION, NO A LA PRIMERA TRANSMISION A FAVOR DE EXTRANO. RELACION ENTRE EL ACTO DE REPARCELACION Y EL SISTEMA DE COMPENSACION (RESOLUCIÓN DE 14 DE MAYO DE 1975).

Hechos.—Se presentó en la Abogacía del Estado de Madrid una primera copia de la escritura otorgada ante el Notario de dicha capital don Luis Hernández González por la que la Sociedad «Amilco, S. A.», compró tres parcelas o solares en el Polígono Industrial de Coslada, cuyas parcelas habían sido adjudicadas a los vendedores por la Comisión de Planeamiento y Coordinación del Área Metropolitana de Madrid en el expediente de reparcelación de dicho Polígono, solicitándose en la escritura la aplicación a dicha transmisión de los beneficios establecidos en el artículo 193 de la Ley del Suelo, subrogándose la parte compradora en los beneficios fiscales recogidos en el artículo 191 en relación con el 189 y 190 de la misma Ley.

Al no concederse la exención por la Abogacía del Estado, se promovió por la Sociedad reclamación económico-administrativa contra la liquidación, alegando el artículo 193-1 de la Ley del Suelo y el número 36 del artículo 65 del Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales.

El Tribunal Provincial acordó desestimar la reclamación por estimar inaplicables las exenciones alegadas, la del artículo 193 de la Ley del Suelo por haber quedado derogada al no estar comprendida en el Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, y en cuanto a la del número 36 del artículo 65 por no ser aplicable, al no estar otorgada la escritura de venta por la Junta de Compensación.

Doctrina de la resolución.—Interpuesto recurso de alzada ante el Tribunal Económico-Administrativo Central, éste lo desestima, confirmando la liquidación girada, por lo siguiente:

«Considerando que, en líneas generales, la cuestión a dilucidar consiste en determinar, a la vista de las pertinentes disposiciones legales, cuál sea el tratamiento fiscal que puedan merecer los proyectos de urbanización de determinados polígonos incluidos en los planes generales o parciales en su día aprobadas por los organismos competentes, así como el de los sistemas para su ejecución, relacionados con el artículo 113 de la vigente Ley de Ordenación del Suelo y, concretamente, el llamado “sistema de compensación”, siendo de señalar que los beneficios fiscales otorgados a tales sistemas tienen como esencial y exclusiva finalidad la de promover la urbanización y la edificación que la misma lleva consigo; pero sin que en la actualidad se extienda a la transmisión de los solares urbanizados, ya que aquélla, recogida en el artículo 193, d), de la Ley del Suelo para la “primera enajenación de los solares que resultaren de nueva urbanización, en sectores de extensión o de reforma interior”, se derogó por el Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Derechos Reales de 21 de marzo de 1958, dictado al amparo de la disposición final c) de la Ley de 26 de diciembre de 1957, derogación mantenida por la Ley de Reforma Tributaria de 11 de junio de 1964 y el vigente Texto Refundido del Impuesto General sobre Transmisiones Patrimoniales, según ha reconocido reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras, en sus Sentencias de 7 y 22 de junio y 9 de abril de 1972.»

«Considerando que cualquiera que sea el sistema utilizado para llevar adelante un proyecto de urbanización, lo que resulta evidente es que su ejecución se encuentra integrada por un conjunto de operaciones de las que unas constituyen elementos esenciales y otras revisten el carácter de complementarias o accesorias pudiendo ser o no necesarias, diferenciación de operaciones, que pueden sintetizarse del modo siguiente: 1.º) parcelación o reparcelación de los terrenos; 2.º) dotación a los mismos de los servicios, viales, parques y jardines, necesarios para su utilización como solares; 3.º) atribución del dominio de los solares resultantes de la reparcelación a los diferentes propietarios; 4.º) obtención de los medios de financiamiento necesarios para hacer frente al pago de los gastos de urbanización, y 5.º) constitución de Sociedades, Asociaciones y Entidades Urbanísticas, para el mejor y más fácil cumplimiento de los anteriores fines.»

«Considerando que sentadas las precedentes premisas, procede entrar en el estudio y decisión del problema de fondo que la reclamación plantea, consistente en precisar el alcance de la exención del Impuesto General de Transmisiones Patrimoniales, contenida en el número 36 del apartado 1) del artículo 65 del Texto Refundido de 6 de abril de 1967, del siguiente tenor literal: “La primera transmisión de terrenos que por el Sistema de Compensación realicen las Juntas de tal nombre a las que se refiere el artículo 121 de la Ley de 12 de mayo de 1956, siempre que se justifique la aprobación del proyecto de compensación”, y en su vista, y más concretamente, el de la frase “transmisión de terrenos por el sistema de compensación” por el mismo empleado.»

«Considerando que tal precepto legal hace referencia a uno de los sistemas admitidos por el artículo 113 de la vigente Ley del Suelo para la ejecución de Planes de Urbanismo y, concretamente, el conocido con el nombre de “sistema de compensación”, regulado por el artículo 124 y siguientes de dicha Ley, que lo definen como “aquel en que los propietarios de terrenos de uno o varios polígonos se unen con fines de urbanización y en su caso de edificación, con solidaridad de beneficios y car-

gas, bajo una gestión común, a cuyo efecto constituirán una Junta de compensación, con personalidad propia y plena capacidad jurídica".»

«Considerando que del principio que antecede se deduce que sólo existe transmisión de terrenos "por el sistema de compensación", en relación a las que por vía de compensación o permuta se efectúan entre los propietarios de los terrenos que constituyen la Junta de compensación, y según criterio mantenido por este Tribunal en su Resolución de 20 de junio de 1973, "por lo que al sistema de compensación se refiere, únicamente han de estimarse como realizadas bajo el mismo las operaciones de reparcelación de los terrenos, construcción de viales, parques y jardines, instalación de los servicios y la adjudicación a los propietarios de los terrenos y Empresas u Organos urbanizadores de los solares resultantes de la reparcelación, quedando excluidas las restantes operaciones de carácter necesario y limitándose, en consecuencia, el beneficio fiscal a la enajenación de los terrenos que tengan como exclusivo objeto la ejecución y cumplimiento de las anteriores operaciones".»

«Considerando que fijado así el ámbito de la norma fiscal que se viene comentando en evidente concordancia con los preceptos de la legislación urbanística, resulta que la pretensión aducida por la reclamante se funda en una interpretación extensiva del beneficio fiscal, totalmente vedada por el artículo 24 de la Ley General Tributaria, que está orientado exclusivamente a promover y estimular las operaciones propiamente dichas de ejecución de proyectos de urbanización, pero sin comprender dentro de las mismas las accesorias, entre las que figuran las enajenaciones de terrenos como la que es objeto de la presente reclamación.»

«Considerando que la posibilidad de una doble exención para unos mismos actos—la de reparcelación y enajenación—entendida ésta en el sentido que antecede, tiene una posible explicación racional, pues no cabe desconocer el criterio mantenido por la doctrina de que no cabe reparcelación cuando se actúa por el sistema de compensación, ya que ambas conducen a un mismo resultado y tienen el mismo contenido, o que la compensación no es más que una reparcelación de mayor amplitud, por lo que la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956 configuraba la reparcelación y el sistema de compensación como acto el primero y sistema de ejecución el segundo, distintos e independientes, de ahí la diferenciación establecida en ella de dos exenciones; una para la reparcelación y otra, la de enajenación de terrenos bajo el sistema de compensación, que matizadas en la Ley de 21 de marzo de 1958 del antiguo Impuesto de Derechos Reales, han constituido—con alteración de la segunda—las reconocidas en la Ley de Reforma Tributaria de 11 de junio de 1964, y en idéntico contenido al consignado en ésta—como era imperativo—en el vigente Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales de 6 de abril de 1967, sin poder tener en cuenta aquélla ni, por tanto, éste la asimilación, o mejor dicho, la inclusión de la reparcelación en el sistema de compensación recogida en el preámbulo del Reglamento de Reparcelaciones del año 1966, por lo que aquellas exenciones, consignadas en los números 36 y 38 del artículo 65, 1, del citado Texto Refundido son una, para la primera "transmisión" por el sistema de compensación, y la segunda para las "enajenaciones" a que dieren lugar la parcelación y reparcelación, debiendo hacerse notar que, tanto en una como en otra, para la legislación fiscal hay transmisión, y sin que en la primera pueda comprenderse la venta a terceros extraños de fincas incluidas en la zona objeto del siste-

ma de compensación, criterio éste mantenido en la mencionada Resolución de este Tribunal Central de 20 de junio de 1973.»

«Considerando, en último lugar, que aunque los solares transmitidos estén definidos como tales solares en el proyecto de compensación, como anteriormente se razona, y teniendo presente que toda compensación o reparcelación lleva consigo necesariamente una alteración física y registral, que forzosamente da lugar a una serie de transmisiones o permutas entre los propietarios de los terrenos, por lo que el Reglamento de Reparcelaciones admitió legalmente la existencia de un negocio fiduciario, mediante la creación de Entidades—Juntas de Compensación, Agrupaciones Mixtas, Entidades Urbanísticas—encargadas con tal carácter de realizar en nombre de los propietarios por vía de subrogación tales compensaciones o permutas, pero sin que tales facultades dispositivas se extiendan a las ventas de terrenos a extraños al sistema de compensación que son las que realmente constituyen el hecho imponible comprendido dentro del ámbito de la exención, y mucho menos permita, como la reclamante pretende, extender analógicamente la exención que se invoca a la primera enajenación llevada a cabo por los adjudicatarios de los solares resultantes de la reparcelación o del sistema de compensación, analogía fiscal totalmente vedada por el artículo 24 de la Ley General Tributaria y que lleva a la misma conclusión de desestimación del presente recurso, en cuanto a dicho extremo.»

CESION DE DERECHOS DERIVADOS DE UN CONTRATO ANTERIOR CON SUBROGACION EN LA POSICION DEL TRANSMITENTE. IMPLICA TRANSMISION A EFECTOS DEL IMPUESTO DE TRANSMISIONES PATRIMONIALES POR APLICACION DEL ARTICULO 88 DEL TEXTO REFUNDIDO, NO MERECIENDO LA CALIFICACION FISCAL DE PROMESA DE VENTA (RESOLUCIÓN DE 22 DE MAYO DE 1975).

Hechos.—Se presentó en la Abogacía del Estado de la Delegación de Hacienda de Madrid una escritura pública otorgada por «Espectáculos Callao, S. A.», en favor de «Galerías San Miguel, S. A.», ante el Notario don Antonio Moxó Ruano, por la que aquella entidad cedía a ésta todos los derechos que la primera tenía por virtud de la compraventa formalizada con anterioridad en escritura de 3 de febrero de 1968, según la cual «Espectáculos Callao, S. A.», había vendido a don Amando F. Miró el edificio del cine San Miguel en cinco millones de pesetas, precio aplazado enteramente y sin intereses «para construir el adquirente y pagar el precio referido entregando en su día la planta primera del sótano y la planta baja».

La Abogacía del Estado giró liquidación por el concepto de «transmisiones» número 1 de la Tarifa, sobre una base de cinco millones de pesetas, a cargo de «Galerías San Miguel, S. A.».

Dicha entidad interpuso reclamación económico-administrativa entendiendo que no se trataba de una transmisión de inmuebles, sino de una promesa de venta, por lo que no estaba sujeta al impuesto.

El Tribunal Provincial desestimó la reclamación, por aplicación del artículo 88 del Texto Refundido, a la transmisión del derecho o *ius ad rem* a obtener determinados bienes inmuebles.

Doctrina de la resolución.—Interpuesto recurso de alzada, el Tribunal Central requirió a la entidad interesada para que presentara y uniera al expediente la escritura pública objeto de liquidación, que había retirado ya la sociedad, transcurriendo el plazo concedido sin que incorporara tal documento a las actuaciones. Dicho Tribunal acordó desestimar el recurso de alzada, por lo siguiente:

«Considerando que la cuestión básica y única que en el presente expediente debe resolverse radica en la calificación jurídica (y consiguiente repercusión fiscal que la misma tenga dentro del ámbito del Impuesto General sobre Transmisiones Patrimoniales) del negocio jurídico por virtud del cual “Espectáculos Callao, S. A.”, transfirió a “Galerías San Miguel, S. A.”, todos los derechos que aquella entidad tenía como consecuencia de la compraventa formalizada el 3 de febrero de 1968 entre la Sociedad “Espectáculos Callao, S. A.”, y don Amando F. Miró, enajenando el edificio del cine San Miguel de esta villa.»

«Considerando que, según destaca el artículo 25 de la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963, los impuestos se exigirán con arreglo a la verdadera naturaleza jurídica o económica del hecho imposible y que cuando el hecho imponible consista en un acto o negocio jurídico se calificará conforme a su verdadera naturaleza cualquiera que sea la forma elegida o la denominación utilizada por los interesados, prescindiendo de los defectos intrínsecos o de forma que pudieran afectar a su validez, norma ésta que se recoge—siguiendo una permanente tradición legislativa—en el artículo 7.º1 del Texto Refundido del Impuesto de 6 de abril de 1967.»

«Considerando que de esta forma, para que este Tribunal pudiera revisar la calificación jurídica que tanto la Abogacía del Estado como el Tribunal Provincial de Madrid pronunciaron sobre el negocio jurídico documentado en la escritura pública de 28 de junio de 1969, precisaba tener a su disposición ineludiblemente dicha escritura pública (e incluso la que servía de antecedente a la misma, es decir, la de 3 de febrero de 1968), pues de otro modo no es posible interpretar sus términos literales ni extraer conclusiones con valor jurídico nacidas de una compulsación armónica de sus cláusulas; y es el caso que pese a los términos exigentes del artículo 114 de la Ley General Tributaria (que impone la carga de la prueba a quien en vía de reclamación intente hacer valer su derecho) y a los del artículo 99 del Reglamento Procesal de 26 de noviembre de 1959, la entidad reclamante no sólo no ha unido tal documento a este expediente, sino que habiendo surtido efecto ante la Oficina gestora, lo ha retirado del mismo con posterioridad, sin que, pese al celo procesal de este Tribunal (que con su requerimiento a la Sociedad recurrente de que aportara el aludido documento, se colocaba en el lindero de suplir una omisión insubsanable de quien reclamaba), se haya visto cubierta tan imperiosa exigencia.»

«Considerando que conjugada tal pasividad procesal de la Sociedad contribuyente con la presunción de legalidad de los actos administrativos de determinación de bases y deudas tributarias, proclamada por el artículo 8 de la Ley General Tributaria, y teniendo en cuenta, en otro sentido, la claridad del razonamiento exployado por el Tribunal Provincial de Madrid en la resolución controvertida, se hace preciso concluir que efectivamente si la escritura de 28 de junio de 1969, otorgada entre ‘Espectáculos

Callao, S. A.', y 'Galerías San Miguel, S.. A.', *subrogaba* a esta última en los derechos que aquélla ostentaba como consecuencia de la escritura—llamada constantemente por la Sociedad recurrente 'de compraventa'—de 3 de febrero de 1968, es de absoluta aplicación lo dispuesto en el artículo 88 del Texto Refundido del Impuesto General sobre T. P. de 6 de abril de 1967, que señala que 'en la transmisión de créditos o derechos mediante cuyo ejercicio hayan de obtenerse bienes determinados y de posible estimación, se exigirá el Impuesto por iguales conceptos y tipos que los que se efectúen de los mismos bienes y derechos'.

«Considerando que si con la mencionada subrogación y por el simple hecho de operarse, la entidad recurrente se colocaba en la misma situación que la entidad cedente del derecho en el sentido de poder exigir, como contraprestación de la enajenación del inmueble, determinadas partes del mismo, pisos o plantas, la aplicación del citado artículo 88 del Texto Refundido, es evidente e indiscutible, sin que quepa por lo más remoto intentar tipificar dicha subrogación como una promesa de venta cuando no merecía tal calificación la escritura de 3 de febrero de 1968 (pues mal podía variar la tipicidad del negocio jurídico como consecuencia de la segunda de las escrituras públicas otorgadas, que—siempre según las alegaciones del contribuyente—no entrañaba otra cosa que una total sustitución de 'Galerías San Miguel, S. A.', en la posición jurídica que ostentaba 'Espectáculos Callao, S. A.', como consecuencia del documento de enajenación en favor de don Armando F. Miró).»

COMPROBACION DE VALORES: CRITERIOS PARA LA CALIFICACION DE LA FINCA COMO URBANA, Y NO RUSTICA, A EFECTOS DE VALORACION (RESOLUCIÓN DE 28 DE MAYO DE 1975).

Hechos.—Se presentó en la Oficina Liquidadora de Sueca una primera copia de la escritura autorizada por el Notario de Cullera, por la que, previa agrupación de tres fincas formando la que se describió como campo de tierra seco con frutales y una casita de recreo en término de Cullera, de 41 áreas, 79 centiáreas, según el título, y 50 áreas, 14 centiáreas, según reciente medición, la vendieron a don José Antonio C. Alfonso, que la compró por el precio de 210.000 pesetas. La Oficina instruyó el expediente de comprobación de valores, en el cual se utilizó el medio previsto en el artículo 117-1-12 del Texto Refundido, valorando el Arquitecto de Hacienda en 3.760.500 pesetas, según dictamen en el que se estimó la finca como solar, obteniendo aquel resultado en la siguiente forma: «5.014 metros cuadrados a 1.500 pesetas $\times$ 0,5». La base así obtenida, aprobada por el Abogado del Estado, se notificó al interesado, el cual interpuso reclamación económico-administrativa alegando que se trataba de una finca rústica y no urbana, que estaba sujeta a la Contribución Territorial Rústica y a la Seguridad Social Agraria, por lo que no procedía la calificación de la finca como urbana hecha por la Oficina Liquidadora de Sueca ni, en consecuencia, era procedente la valoración del Arquitecto a razón de 1.500 pesetas metro cuadrado con coeficiente reductor del 0,5.

El Tribunal Económico-Administrativo Provincial de Valencia acordó desestimar la reclamación y confirmar la comprobación.

Doctrina de la resolución.—Interpuesto recurso de alzada por el interesado, el Tribunal Central lo desestima por lo siguiente:

«Considerando que respecto a la primera cuestión planteada, que es la referente a la naturaleza rústica o urbana de la finca transmitida, puesto que la valoración prevista en el artículo 117-1-12 del Texto Refundido de la Ley de 6 de abril de 1967 ha de formularse por funcionario técnico con título adecuado a la naturaleza de los bienes transmitidos; que aun reconociendo las dificultades con que en muchas ocasiones se tropieza para esta determinación, habida cuenta de que el Código Civil, al que se remite el artículo 10 del Texto Refundido, no ha establecido normas para la diferenciación de las fincas por su naturaleza rústica o urbana, lo que ha exigido la elaboración de los conocidos y no siempre eficaces criterios diferenciales por la doctrina científica y la jurisprudencia, criterios que como los que, en su caso, puedan resultar de determinadas normas de Derecho administrativo, no permiten en todos los supuestos por sí solos resolver el problema y dan paso al planteamiento en cada caso concreto de una cuestión de hecho; el conjunto de circunstancias que concurren en el que se examina ponen de manifiesto el acierto con que ha procedido la Oficina de Gestión al calificar la finca como urbana y recabar la valoración precisamente del Arquitecto de Hacienda.»

«Considerando que abonan este criterio—ratificado por el Tribunal Provincial en su fallo—la situación de la finca, con lindes a la Playa del Mar, entre otras, según se especifica en el informe de la Oficina Liquidadora de 7 de noviembre de 1973, unido a las actuaciones, y se confirma por el Arquitecto, según el cual la parcela vendida se halla incluida dentro del Plan General de Ordenación Urbana de Cullera, aprobado el 19 de junio de 1865 por la Comisión Provincial de Urbanismo, siendo edificable y encontrándose sujeta a Contribución Urbana, por comprenderse en la delimitación del suelo sujeto, aprobada por acuerdo de 24 de enero de 1970, y si bien el recurrente afirma que el terreno en cuestión no está situado dentro del referido Plan, en el propio recurso se reconoce como que está calificado como suelo urbano—siquiera se dé como fecha la de julio de 1974—el polígono número 6, en el que se encuentran enclavados los terrenos objeto de valoración; todo lo cual lleva a la convicción que se ha traducido en la tasación por Arquitecto, como funcionario con título adecuado a la naturaleza urbana de los bienes.»

«Considerando que esto establecido e indicado en la valoración, siquiera sucintamente, el procedimiento seguido para la obtención del resultado, las meras apreciaciones hechas por el recurrente sobre el valor atribuido a la finca, que se estima excesivo, no son suficientes para reputarlo así, cuando el interesado ha podido—y no lo ha hecho—, en vía de gestión, primero, y en la propia reclamación, después, solicitar la tasación pericial contradictoria, medio extraordinario adecuado para resolver estas discrepancias en la comprobación de los bienes transmitidos.»

ADQUISICION DE TERRENOS CON LA FINALIDAD DE CONSTRUIR VIVIENDAS DE PROTECCION OFICIAL. PROCEDE CONCEDER LA EXENCION PROVISIONAL, AUNQUE LA DECLARACION DE QUE SE DESTINARAN A ESA FINALIDAD NO CONSTE EN EL MISMO DOCUMENTO, SINO EN UN ESCRITO PRESENTADO UNOS DIAS DES-

PUES EN LA OFICINA LIQUIDADORA, ANTES QUE ESTA DICTE EL CORRESPONDIENTE ACTO ADMINISTRATIVO (RESOLUCIÓN DE 28 DE MAYO DE 1975).

Hechos.—Se presentó en la Oficina Liquidadora de Andújar un documento privado por el que don Manuel y don Ramón B. Novoa compran una urbanización, con una extensión de solar de 1.460 metros cuadrados aproximadamente, por el precio de 2.700 pesetas por metro cuadrado, «a condición de que se les permita construir» las plantas que se indicaban, añadiéndose al final, antes de la fecha, que se firma este contrato provisional, en espera de ser redactado por un Abogado.

A los ocho días, los citados compradores presentaron un nuevo escrito en la Oficina Liquidadora, diciendo, con referencia al documento privado de compraventa, antes mencionado, que el inmueble objeto de la misma, «aun cuando nada se expresa en el contrato», está destinado a la construcción de viviendas de protección oficial, cuya solicitud y expediente administrativo se hallan en curso de tramitación, por lo que suplican se tenga por hecha la precedente declaración, al objeto de acogerse a los beneficios fiscales correspondientes.

La Oficina Liquidadora de Andújar, con fecha 3 de junio de 1972, acordó no estimar procedente la referida manifestación de los interesados, «por no haber sido hecha conforme a lo que determina el párrafo 2.º del número 28 del artículo 65 del Texto Refundido, notificándose con fecha 11 de julio del propio año las liquidaciones correspondientes, con una cantidad a ingresar cada uno de 180.276 pesetas.

Los interesados interponen reclamación económico-administrativa ante el Tribunal Provincial, el cual acordó desestimar la reclamación, confirmando las liquidaciones impugnadas, basándose en que el artículo 65-1-28 exige para el reconocimiento de la exención que en el documento de adquisición se exprese la finalidad, requisito que se ha omitido en este caso al constar en documento independiente y posterior.

Los contribuyentes interponen recurso de alzada alegando que el número 28 del artículo 65-1 del Texto Refundido no exige que conste expresamente en el contrato la finalidad de la adquisición, pues así lo prueba el verbo «bastar»—ser suficiente—empleado; que lo que importa para la concesión de la exención es la real dedicación del inmueble a la construcción de viviendas de protección oficial y que el comprador es quien determina este destino, con o sin la anuencia del vendedor.

Doctrina de la resolución.—El Tribunal Central acordó estimar el recurso, anulando las liquidaciones impugnadas para que sean sustituidas por las correspondientes declaraciones provisionales de exención, de acuerdo con el artículo 65-1-28 del Texto Refundido, que quedarán sin efecto si hubieren transcurrido los tres años a partir de su reconocimiento—que se retrotrae a la fecha de las liquidaciones anuladas—sin obtener la calificación provisional, con las demás condiciones a que se refiere el mismo precepto. Este fallo se funda en lo siguiente:

«Considerando que el problema planteado en este expediente consiste en determinar si la omisión en el documento privado de compraventa presentado a liquidación de la declaración de destinarse la finca adquirida a la construcción de viviendas de protección oficial, aunque subsanada días

después en una instancia presentada en la misma Oficina antes de dictarse el acto administrativo, impide la concesión con carácter provisional y condicionado de la exención prevista en el artículo 65-1-28 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Transmisiones de 6 de abril de 1967.»

«Considerando que el referido precepto establece la exención para los contratos de adquisición a título oneroso de terrenos que se otorguen con la finalidad de construir 'viviendas de protección oficial', añadiendo que 'para el reconocimiento de esta exención bastará que se consigne en el documento que el contrato se otorga con la finalidad expresada, y quedará sin efecto si transcurriesen tres años a partir de dicho reconocimiento sin que obtenga la calificación provisional', y disponiendo, finalmente, que 'la exención se entenderá concedida con carácter provisional y condicionado al cumplimiento de los requisitos que en cada caso exijan las disposiciones vigentes para esta clase de viviendas'.»

«Considerando que, como se afirma en la Resolución de este Tribunal de 11 de marzo de 1971, siguiendo el criterio ya señalado por la de 24 de abril de 1969, la recta interpretación del mencionado precepto lleva a la conclusión de que si bien recomienda muy particularmente que al momento de presentar a la liquidación el documento de adquisición se consigne el objeto que ésta tiene, con lo que es suficiente para conceder la exención con carácter provisional dentro de las normas a que se refiere el párrafo 2 del artículo 15 del Texto Refundido; ello no obsta, mientras no hubiera ganado firmeza la liquidación en su caso practicada, a que si el interesado nubiera omitido la declaración o la hubiera formulado erróneamente, hayan de perderse definitivamente los beneficios fiscales que puedan obtenerse, puesto que el término en que se expresa el precepto legal no dice que sea requisito indispensable esta manifestación expresa y si sólo que es bastante para que comience a actuar la Administración en relación con el otorgamiento del beneficio fiscal.»

«Considerando que de acuerdo con esta doctrina y con la naturaleza provisional y condicionada de la exención de que se trata, la consecuencia lógica que se deduce en el caso que ha de resolverse es que debió declararse exenta con el carácter indicado la compraventa objeto del documento presentado a liquidación al hacerse en otro posterior, presentado antes que se dictara el acto administrativo, la manifestación que el precepto legal exige, todo ello sin perjuicio de cuanto en el mismo se previene sobre la necesidad de obtener, en el plazo que asimismo fija, la calificación provisional y, por supuesto, del oportuno cumplimiento de los requisitos que exigen las disposiciones vigentes para esta clase de viviendas.»

**COMPROBACION DE VALORES: NOTIFICACION AL PRESENTANTE.
LA COMPROBACION ES ACTO ADMINISTRATIVO AUTONOMO Y
PREVIO A LA LIQUIDACION HABIENDO QUEDADO FIRME (Resolución de 28 de Mayo de 1975).**

Hechos.—Presentada una escritura de herencia en la Oficina Liquidadora de Sabadell, se incoó el oportuno expediente de comprobación, utilizándose el medio previsto en el artículo 117-1-12 del Texto Refundido, con el resultado respecto a un piso objeto de legado, de 873.400 pesetas de valor, aprobándose el expediente por el Abogado del Estado-Jefe en Bar-

celona y notificándose dicho resultado al presentador del documento, según diligencia firmada y con las reglamentarias prevenciones sobre recursos.

La Oficina de Sabadell, transcurrido el plazo de recursos contra la comprobación de valores, giró la correspondiente liquidación de la nuda propiedad a cargo de la legataria, notificada a la misma, la que interpuso reclamación económico-administrativa en la que alegó que era incomprensible que no se hubiese tenido en cuenta el valor catastral de 374.674 pesetas, recién comprobado, aparte de otras alegaciones.

El Tribunal Provincial acordó desestimar la reclamación, y la interesada interpone recurso de alzada alegando que si bien el expediente de comprobación fue debidamente notificado al presentador del documento, lo cierto es que la dicente, en su condición de legataria, no tuvo conocimiento del valor aplicado a la finca legada hasta el momento en que le fue notificado el importe de la liquidación recurrida.

Doctrina de la resolución.—El Tribunal Central desestima el recurso por lo siguiente:

«Considerando que, como se afirma en el fallo recurrido, habiéndose notificado el resultado del expediente de comprobación al presentador del documento el 19 de junio de 1974 (notificación que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 106-5 del Reglamento de 15 de enero de 1959, tiene el mismo valor y produce iguales efectos que si se hubiera entendido con el mismo interesado), y siendo dicho resultado, conforme tiene reiteradamente declarado este Tribunal, a la vista del artículo 85-6 del mismo Reglamento, un acto administrativo autónomo y previo a la liquidación, que por eso se notifica con anterioridad a los contribuyentes para que manifiesten su conformidad o hagan uso en su caso, oportunamente, de los recursos que el ordenamiento jurídico les ofrece—y que, en efecto, se ofreció en la notificación practicada por la Oficina Liquidadora—, la consecuencia que se deduce es la que asimismo ha tenido en cuenta el Tribunal Provincial, o sea, que habiendo transcurrido ampliamente cuando se formuló la reclamación, con fecha 29 de julio de 1974, el plazo de quince días hábiles previsto en el artículo 94 del Reglamento de Procedimiento Económico-Administrativo, la comprobación practicada y debidamente notificada era ya firme, consentida y sin recurso alguno para el contribuyente, tal como indica el apartado 2 del artículo 216 del Reglamento de 15 de enero de 1959.»

«Considerando que en nada obsta a esta conclusión que la recurrente, conforme dice, no tuviera conocimiento del valor comprobado y oportunamente notificado al presentador, afirmación irrelevante ante la Administración y que pertenece al ámbito de la relación del contribuyente, con quien asumió la función de presentar el documento, con el alcance que señala el precepto reglamentario antes citado.»

«Considerando que, limitada, pues, esta reclamación a la liquidación girada, teniendo en cuenta la base que resulta de la comprobación—conforme se reconoce en el escrito de alegaciones en primera instancia—, sin que se haya argumentado nada en contra de la corrección de la liquidación ni nada resulte, según también se afirma en el fallo de primera instancia, en orden al posible ejercicio de las facultades revisoras que confiere el artículo 46 del vigente Reglamento de Procedimiento, se llega a la conclusión de que el recurso debe ser desestimado.»

ACTOS JURIDICOS DOCUMENTADOS: LA DECLARACION DE OBRA NUEVA Y LA CONSTITUCION EN REGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL SON DOS ACTOS JURIDICOS DISTINTOS Y NO UNO SOLO
(RESOLUCIÓN DE 18 DE JUNIO DE 1975).

Hechos.—Se presentó en la Abogacía del Estado de la Delegación de Hacienda de Madrid una copia de la escritura pública de declaración de obra nueva y división horizontal de una finca urbana sita en Madrid, con fachada a las calles de Fernández de los Ríos y otras, otorgada por la Compañía «Parque del Oeste, S. A.», ante el Notario don Alejandro Bérnago Llabrés.

Dicha escritura dio origen a dos liquidaciones por el concepto de Actos Jurídicos Documentados, con un total a ingresar de 6.215.938 pesetas.

Se interpuso reclamación económico-administrativa ante el Tribunal Provincial, alegando que, prescindiendo de la denominación impuesta por la práctica notarial, el acto contenido es uno solo: la declaración de obra nueva en régimen de propiedad horizontal; que, al realizarse una declaración de obra nueva, lo que se efectúa es crear una propiedad, o más bien dar virtualidad jurídica a un derecho de propiedad que, con anterioridad a dicha declaración no existía a los efectos registrales; que la ley no exige, contra lo que pudiera aparentar en una primera y superficial impresión, el paso por el régimen de propiedad ordinaria como condición o requisito para acceder al de propiedad horizontal; que la expresión «división horizontal» que figura en la escritura no es para este caso correcta ni ajustada a la realidad, debiendo entenderse que se refiere a la creación o «constitución» de la propiedad horizontal.

El Tribunal Provincial desestimó la reclamación, contra cuyo acuerdo se interpone recurso de alzada.

Doctrina de la resolución.—El Tribunal Central acuerda desestimar el recurso y confirmar las dos liquidaciones, por lo siguiente:

«Considerando que, como se reconoce por el recurrente, no se discute en este expediente el concepto—Actos Jurídicos Documentados—por el que se tributa ni la tarifa aplicada ni siquiera la valoración; simplemente se rechaza en la reclamación y se reitera en el recurso que la escritura contenga dos actos jurídicos distintos e independientes—la declaración de obra nueva y la división horizontal—y que, por tanto, se liquide el impuesto por cada uno de ellos, sumando las bases correspondientes, integrada la de aquélla por el valor del suelo y la de ésta por dicho valor más el del suelo, entendiendo el contribuyente que el acto contenido en el documento es uno solo que denomina declaración de obra nueva en régimen de propiedad horizontal.»

«Considerando que, por lo pronto, ha de destacarse que la tesis que ahora se propugna está en franca y directa contradicción no sólo con la denominación dada a la escritura, sino—lo que todavía es más importante—con los términos utilizados en su otorgamiento, y así aquélla es nada menos que la de declaración de obra nueva y división horizontal, y éstos no pueden ser más categóricos e inequívocos a este respecto, hablándose en la exposición de que es aconsejable “una única declaración de obra nueva y la división horizontal del conjunto”, otorgándose en la cláusula primera la referida declaración—cuya inscripción registral, tal como se formula, se so-

licita—y luego en la cláusula segunda, con separación entre uno y otro concepto, la división horizontal, declarándose que “los edificios descritos en la cláusula anterior están destinados a pertenecer a distintos dueños, por lo que la Sociedad propietaria los divide en régimen de propiedad horizontal en las fincas que a continuación se describen, cuya inscripción en respectivos folios separados se solicita del señor Registrador de la Propiedad”; de suerte que, siendo los términos claros y no dejando duda sobre la intención de los contratantes (art. 1.281 del Código Civil) habrá que estar al sentido literal de las cláusulas, sin que se vislumbre motivo para entender que las palabras utilizadas por una Sociedad mercantil inmobiliaria bajo la fe y con la intervención de un técnico en Derecho son contrarios a la intención evidente de quien las ha utilizado.»

«Considerando que, por lo demás, las declaraciones hechas en la escritura por la Sociedad, atendidos los actos no sólo coetáneos y posteriores, sino también anteriores, las circunstancias del caso y las consecuencias que se deducen de la legislación civil, puesto que el impuesto se exige calificando con arreglo a Derecho (art. 7.º del Texto Refundido de la Ley de 6 de abril de 1967), llevan a la misma conclusión de que las declaraciones formuladas responden a su expresión literal; y, en efecto, ha de partirse del hecho de que la Sociedad compareciente, única propietaria de la finca, ha construido o está construyendo sobre el solar un conjunto urbanístico que, en virtud de un viejo principio, *superficie solo cedit*, que inspira nuestro Derecho vigente, ha pertenecido en pleno y normal dominio al propietario del terreno, sin necesidad para su adquisición en Derecho Civil de la declaración de obra nueva que responde fundamentalmente a exigencias de orden registral y que como tiene dicho este mismo Tribunal en sus Resoluciones de 17 de septiembre en 1965, de 2 de octubre de 1968 y 15 de diciembre de 1971, y reiterado en la de 22 de marzo de 1973, es una formal manifestación de un hecho del que se derivan consecuencias jurídicas; y claro está que esta declaración que la Sociedad interesada hizo en los términos usuales en la cláusula primera de la escritura no bastaba por sí sola para la finalidad más amplia—creación o constitución del régimen de propiedad horizontal—que se perseguía, por lo cual aquella primera manifestación hubo de ser seguida por otra, objeto de la cláusula segunda, dividiendo los edificios descritos en la cláusula anterior en régimen de propiedad horizontal en las fincas que a continuación se describen, como antes se ha expuesto.»

«Considerando que una vez establecido que son dos los actos contenidos en la escritura, a la vista del artículo 1004 del Texto Refundido de 6 de abril de 1967, según el cual “las primeras copias de las escrituras y actas notariales que contengan actos o contratos no sujetos a los conceptos tributarios señalados en el apartado 2 de este artículo, cuando tengan por objeto directo cantidad o cosa valuable susceptible de ser determinada, estarán además sujetas al número 38 de la Tarifa, *en cuanto a tales actos o contratos*”, se llega a la conclusión de que la Abogacía del Estado lo aplicó correctamente al exigir el impuesto por los dos actos, y de que el fallo dictado por el Tribunal Económico-Administrativo Provincial, confirmando la liquidación, se ajusta al ordenamiento vigente.»

«Considerando que el criterio seguido en la presente Resolución confirma el ya sentado en las de este mismo Tribunal de 1 de junio de 1971 y 24 de mayo de 1973, en la segunda de las cuales ni siquiera se puso en duda la existencia de los dos actos liquidables—declaración de obra nue-

va y división del inmueble en propiedad horizontal—, limitándose la pretensión a la comprobación de valores y determinación de base, y siendo también desestimada.»

IMPUESTO DE SUCESIONES: CARACTER PRIVATIVO Y NO GANANCIAL DEL PISO INICIALMENTE ADQUIRIDO COMO PRIVATIVO POR EL CAUSANTE Y READQUIRIDO POR EL DESPUES DE HABERLO VENDIDO, COMO CONSECUENCIA DE LA RESOLUCION DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA POR INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES DEL COMPRADOR (RESOLUCIÓN DE 19 DE JUNIO DE 1975).

Hechos.—Se presentó en la Abogacía del Estado de Oviedo una relación de bienes relictos por don Alfredo García-Bernardo, suscrita por su viuda, figurando entre ellos una casa sita en Oviedo, añadiéndose que tenía carácter ganancial, por lo que debería ser liquidada por la mitad de su valor.

La Abogacía del Estado giró las correspondientes liquidaciones calificando la casa como bien privativo, pues había sido adquirida en su día por el causante por herencia de su madre y readquirida después de haberla vendido, como consecuencia de la resolución del contrato de compraventa decretada judicialmente por incumplimiento de la obligación de pago de parte del precio aplazado.

Los herederos promueven reclamación económico-administrativa, basándose en que la casa es ganancial, pues fue adquirida a título oneroso durante el matrimonio, y el dinero empleado en la adquisición tiene la consideración de ganancial conforme al artículo 1407 del Código Civil, debiendo advertirse que el bien readquirido lo ha sido por una causa de resolución y no por nulidad o rescisión, y en la resolución la causa sobreviene con posterioridad a la venta.

El Tribunal Provincial acordó desestimar la reclamación, por lo que los herederos interponen recurso de alzada, insistiendo en sus alegaciones.

Doctrina de la resolución.—El Tribunal Central desestima el recurso, por lo siguiente:

«Considerando que el único problema que se suscita en este recurso consiste en la calificación de un inmueble al que los recurrentes atribuyen la de ganancial en contra del criterio seguido por la Abogacía del Estado y confirmado por el Tribunal Provincial reputándolo bien privativo del marido causante de la sucesión.»

«Considerando que para la debida resolución de esta cuestión ha de partirse de lo que a este respecto prevé el Derecho privado—en este caso el Civil—de acuerdo con el sentido que inspira nuestra legislación fiscal y que se refleja en el artículo 25 de la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963 y en el artículo 7.º de la de los Impuestos de Sucesiones y Transmisiones de 6 de abril de 1967.»

«Considerando que esto establecido no ofrece duda y no se ha discutido, que la finca de que se trata, originariamente bien privativo del marido causante de la sucesión, vendida por éste a una Sociedad, durante su matrimonio, volvió a poder del vendedor en ejecución de una sentencia que declaró haber lugar a la resolución de la compraventa y condenó a

la Compañía demandada a estar y pasar por dicha resolución y a que otorgase a favor del actor escritura pública retransmitiéndole el dominio, recibiendo en el momento del otorgamiento la cantidad de ciento cincuenta mil pesetas que como parte del precio confesó haber recibido el actor.»

«Considerando que se pone, pues, de manifiesto que la finca vendida no fue adquirida por el marido en virtud de una nueva compraventa ni el primitivo contrato ha quedado sin efecto por el mutuo acuerdo de las partes contratantes a que se refiere el artículo 17-5 del Texto Refundido ya citado, sino que la readquisición se produce como consecuencia de la resolución decretada por la Autoridad Judicial en el correspondiente litigio, promovido por haber incumplido el comprador su obligación de satisfacer el precio estipulado.»

«Considerando que la resolución a que se refiere el artículo 1.124 del Código Civil supone la extinción de la relación contractual no sólo por el tiempo venidero, sino con carácter retroactivo, con la consecuencia del reintegro a cada contratante en las cosas y valor de las prestaciones que aportaron por razón del contrato, lo mismo que rige para los casos de nulidad y de rescisión y para el de condición resolutoria del artículo 1.123 (Sentencia de 10 de marzo de 1950), doctrina reiterada en la Sentencia de 21 de noviembre de 1963, según la cual el ejercicio del derecho de resolución extingue la relación contractual con efecto retroactivo, pues de no estimarse así carecería de explicación suficiente el párrafo cuarto del repetido artículo 1.124 y las remisiones que contiene.»

«Considerando que si el contrato primitivo se extingue y la extinción se produce con efecto retroactivo y con las recíprocas devoluciones de la cosa que fue vendida y del precio o parte del precio que se satisfizo, la consecuencia lógica es que el inmueble de esta manera reintegrado al patrimonio de quien lo había vendido, conservará el carácter que tenía de bien privativo del mismo, pues fue inicialmente adquirido por título lucrativo, al desaparecer por imperio de la Ley y en virtud de sentencia judicial el contrato en cuya virtud se enajenó, con tanto mayor fundamento que son bienes propios (art. 1.296, número 3, del Código Civil) los adquiridos por derecho de retracto o por permuta con otros bienes pertenecientes a uno solo de los cónyuges, y porque, en general, como enseña la doctrina más autorizada a la vista de los correspondientes preceptos del Código, son también bienes privativos, aunque no siempre representen verdaderas subrogaciones, los adquiridos o readquiridos en virtud del ejercicio de acciones o derechos que pertenecían privativamente a alguno de los cónyuges, ya se consigan judicial o extrajudicialmente, con mayor motivo en este caso en que el inmueble se recupera como consecuencia de una ejecutoria, sin que a criterio tan claro, apoyado en la calificación que a tales bienes confiere el Derecho Civil, obste en lo más mínimo lo argüido en el recurso, incluso con referencia a la naturaleza y extinción de una deuda garantizada con hipoteca sobre el inmueble de que se trata.»

FUSION DE SOCIEDADES POR ABSORCION. FIJACION DE LA BASE LIQUIDABLE: HA DE ATENDERSE AL HABER LIQUIDO DE LA SOCIEDAD ANEXIONADA, NO AL VALOR DE LAS ACCIONES ENTREGADAS. HECHO IMPONIBLE Y DEVENGO DEL IMPUESTO: EL COMPUTO DE PLAZO DE PRESENTACION EN LA OFICINA LIQUIDADORA ES DESDE LA FECHA DE LA ESCRITURA DE FUSION, NO

DESDE EL ACUERDO, SIN QUE A ELLO OBSTE QUE, A EFECTOS DE LA VALORACION DE LOS BIENES, HAYA QUE RETROTRAERSE A LA FECHA DEL ACUERDO (RESOLUCIÓN DE 18 DE JUNIO DE 1975).

Hechos.—Se presentó en la Abogacía del Estado de Santander con fecha 7 de junio de 1971 una primera copia de la escritura otorgada el 15 de mayo anterior ante el Notario de dicha capital don Antonio Vázquez Pinedo, comprensiva en esencia de las operaciones de fusión por absorción del Banco Continental por el Banco de Santander acordada en Junta General Extraordinaria de Accionistas de ambas Entidades de 5 y 6 de diciembre de 1970, así como de la ampliación de capital y modificación de Estatutos del Banco de Santander, como consecuencia de la citada fusión.

La Abogacía del Estado efectuó la comprobación de valores aplicando el apartado 16 del artículo 19 del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales, es decir, por el valor (entendido como valor efectivo) de las acciones emitidas por la Sociedad anexionante y entregadas a los antiguos accionistas de la Sociedad anexionada. Además, aplicó la multa del 30 por 100 por demora en la presentación del documento, teniendo en cuenta como fecha del devengo la del acuerdo de fusión y no la de la escritura pública en la que se formaliza la fusión.

Interpuesta reclamación económico-administrativa, el Tribunal Provincial la desestima, confirmando las actuaciones de la Abogacía del Estado.

Doctrina de la resolución.—Interpuesto recurso de alzada, el Tribunal Central lo estima, anulando las liquidaciones practicadas para que la comprobación se efectúe atendiendo al haber líquido de la Sociedad anexionada y sin multa por demora en la presentación. Todo ello por lo siguiente:

«Considerando que existiendo plena conformidad, tanto por parte de la Administración como de la Sociedad contribuyente en la determinación del hecho imponible consistente en la operación de fusión convenida entre el Banco de Santander y el Banco Continental llevada a cabo por absorción de este último mediante la entrega a los accionistas de la sociedad absorbida que hubieran aceptado la fusión de acciones creadas y emitidas por el Banco absorbente, y admitidos tales antecedentes la discrepancia surge en orden al tratamiento fiscal que tal operación pueda merecer y se fundamenta por la sociedad reclamante en dos órdenes de consideraciones, referente el primero como motivación de fondo a la forma de concretar y fijar la base liquidable por el expresado concepto de fusión y afectando el segundo al cómputo del plazo de presentación de los documentos generadores de la anterior liquidación.»

«Considerando en cuanto a la fijación de base en la liquidación a practicar por el concepto de fusión, la duda surge en orden a cuál sea la normativa legal aplicable a tal extremo, ya que el apartado 16 del artículo 19 del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales de 15 de enero de 1959 después de fijar con carácter general dicha base liquidable en el haber líquido de la sociedad absorbida autoriza igualmente en los supuestos en que dicho haber líquido fuese inferior al valor de las acciones entregadas a cambio del mismo a fijar la base liquidable por el valor de las expresadas acciones, mientras que el apartado 13 del Texto Refundido limita dicha normativa legal exclusivamente al haber líquido de la sociedad anexionada.»

«Considerando que tal colisión de preceptos legales y la decisión de cuál sea el de preferente aplicación ha de resolverse a la vista de las disposiciones generales de carácter fundamental constituidas por los siguientes preceptos: artículo 17 del Fuero de los Españoles al disponer que todos los órganos del Estado actuarán conforme a un orden jerárquico de normas preestablecidas que no podrán arbitrariamente ser interpretadas ni alteradas, artículo 41 de la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967, al establecer que la Administración no podrá regular, salvo autorización expresa de una Ley, aquellas materias que sean de la competencia exclusivamente de las Cortes, entre las que figuran, según el artículo 10 de la Ley reguladora de las mismas, el establecimiento o reforma del sistema tributario, el artículo 10 igualmente de la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963 ordenando que se regulen en todo caso por Ley la determinación de la base liquidable que constituye hecho imponible que se viene examinando en la reclamación.»

«Considerando que del contexto de las disposiciones anteriormente relacionadas claramente se deduce en términos inequívocos la conclusión de que tal competencia legal ha de ser necesariamente resuelta por imperativo de los principios de superior rango y jerarquía legal a favor de la norma contenida en el número 13 del artículo 70 del Texto Refundido que, como ya se indicó, fija la base en los supuestos de fusión de sociedades por absorción en el haber líquido de la sociedad anexionada impidiendo la aplicación del valor de las acciones entregadas a cambio, como propugnaba el Reglamento del Impuesto de Derechos Reales, que ha de estimarse derogado por el Texto Refundido tal como propugna la sociedad reclamante en su recurso, que ha de ser estimado con la consiguiente revocación del fallo apelado.»

«Considerando que llevando consigo toda fusión de empresas por absorción de una de ellas la transmisión de los elementos patrimoniales tanto activos como pasivos de la sociedad absorbida que son los componentes del haber líquido de la misma, dicha determinación de haber líquido como expresiva de una transmisión de Empresa o Sociedad Mercantil, ha de ser objeto necesariamente de comprobación del valor de los distintos elementos que la integran a través de los medios ordinarios que para estos casos se contienen en el apartado 15 del Texto Refundido y su correlativo del apartado segundo del artículo 80 del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales o del extraordinario de la tasación pericial reglamentaria, comprobación a cuya práctica habrá de acudir con carácter previo para la determinación del valor fiscal del expresado haber líquido la Oficina de Gestión, procediendo en su vista a la práctica de la correspondiente liquidación.»

«Considerando, en cuanto al segundo extremo de la reclamación, referente a la procedencia o improcedencia de la imposición de multa por falta de presentación en plazo reglamentario de los correspondientes documentos, la misma lleva como forzosa premisa la de concretar cuál sea o cuándo legalmente se produce el hecho imponible generador del devengo del impuesto y consecuentemente determinante del cómputo del plazo para su declaración a la oficina mediante la necesaria documentación.»

«Considerando que si bien la legislación fiscal reguladora de las distintas operaciones que pueden llevar a cabo las sociedades define el momento determinante del devengo del Impuesto (y de la práctica de la liquidación) cual sucede con referencia a la constitución y ampliación de

capital y a su disolución y liquidación, no sucede lo propio con las operaciones de fusión sea cualquiera la forma de llevarse a cabo, pudiendo encontrarse la razón de tales diferencias en la naturaleza y multiplicidad de formalidades que con arreglo a las disposiciones de carácter sustantivo llevan consigo tales fusiones como consecuencia de las distintas situaciones que pueden adoptar los accionistas de las sociedades fusionadas que obligan a un largo proceso formal de ejecución de tales operaciones suspensivamente condicionadas en cuanto a su perfección y eficacia al cumplimiento previo de tales requisitos aun cuando sus efectos incluso económicos puedan retrotraerse a la fecha de los acuerdos de las respectivas sociedades preparatorias de dichas fusiones las que han de entenderse perfeccionadas con plenitud de eficacia al otorgarse la correspondiente escritura de su formalización, consideraciones que, aplicadas a la normativa reglamentaria de presentación de documentos a liquidación, llevan a la conclusión de que en los supuestos de fusión de Sociedades como el que es objeto de la reclamación, el hecho imponible determinante del devengo del impuesto se produce con el otorgamiento de la escritura de fusión computándose a partir de su fecha el plazo reglamentario para su presentación en la Oficina Liquidadora competente, conclusión que no puede verse afectada por el hecho de referir la valoración de los bienes transmitidos, a la fecha de adopción del acuerdo de la sociedad anexionada, porque, según ha quedado anteriormente expresado, los efectos económicos de la fusión, aunque legalmente perfeccionada a la firma de la escritura, han de retrotraerse a la expresión de la voluntad de las partes reflejada en los correspondientes acuerdos y condicionada suspensivamente al cumplimiento de los requisitos formales legalmente exigibles para su ejecución, entre los que se cuenta el otorgamiento de la escritura.»

«Considerando, por consiguiente, que admitido que en el supuesto de la reclamación la obligación de satisfacer el impuesto se produce con el otorgamiento de la escritura, a partir de cuya fecha se computa el plazo de presentación a liquidación y habiéndose producido tal presentación dentro del expresado plazo, es evidente que no procede la imposición de ninguna multa por morosidad en tal presentación, tal como lo afirma la sociedad reclamante, cuya pretensión debe ser acogida con la consiguiente estimación del recurso y revocación del fallo apelado en cuanto a este extremo.»

IMPUESTO TRANSMISIONES PATRIMONIALES. EFICACIA DE LA NOTIFICACION AL PRESENTANTE. LIQUIDACION FIRME. RECLAMACION EXTEMPOREA. EXENCION DE COOPERATIVAS: NO SE ENTRA EN EL FONDO DE SI PROCEDE EXENCION O NO EN EL PRESENTE CASO (RESOLUCIÓN DE 8 DE ENERO DE 1976).

Hechos. Se presentó en la Abogacía del Estado de Burgos primera copia de la escritura otorgada ante el Notario don Carlos Huidobro Gascón, en la que figuraban como otorgantes las entidades Unión Territorial de Cooperativas del Campo de Burgos y la Cooperativa de Crédito Caja Rural Provincial, conviniéndose entre ambas entidades los siguientes actos y contratos: A) Hipoteca a favor de la Cooperativa de Crédito Caja Rural Provincial de Burgos de una casa propiedad de Unión Territorial de Co-

operativas para garantía de préstamo recibido por aquélla por un importe de 27 millones. B) Hipoteca a favor de la misma Cooperativa sobre una finca sita en Briviesca para garantizar un préstamo de dos millones de principal. C) Cancelación de hipoteca sobre una finca propiedad de Unión Territorial sita en Briviesca, constituida en garantía de un préstamo otorgado por la Cooperativa de Crédito. D) Compraventa a favor de la Cooperativa de una finca y silos sita en Lerma en precio total de ocho millones de pesetas. E) Compraventa a favor de la misma Cooperativa en precio de cuatro millones de pesetas de la planta baja de una casa sita en Burgos.

La Abogacía del Estado de Burgos giró las correspondientes liquidaciones a cargo de una y otra entidad, sin aplicar ninguna exención. Dichas liquidaciones fueron notificadas individualmente al presentador del documento con fecha 18 de mayo de 1973.

Por escrito que tuvo entrada en el Tribunal Provincial el 27 de junio de 1973, la representación legal de una y otra Cooperativa, dándose por notificadas de las liquidaciones, promovió reclamación económico-administrativa, que fue resuelta por dicho Tribunal desestimando, por extemporánea, la reclamación.

Doctrina de la resolución.—Interpuesto recurso de alzada por la Cooperativa de Crédito Caja Provincial de Burgos, alegando la exención del impuesto por su condición de Cooperativa protegida, el Tribunal Central desestima el recurso, por lo siguiente:

«Considerando que estando probado en el expediente que las liquidaciones objeto de la reclamación fueron formal y eficazmente notificadas en 18 de mayo al presentador del documento, lo que, a tenor de lo prevenido en el apartado segundo del artículo 128 del Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales produce iguales efectos que si dicha notificación se hubiera hecho a la sociedad interesada y constando asimismo que el escrito de interposición de la reclamación económico-administrativa fue presentado en el Tribunal Provincial el 27 de junio de 1973, es visto que tal reclamación se ha interpuesto, transcurrido con hartó exceso, el plazo de quince días hábiles que previene el artículo 94 del Reglamento de Procedimiento Económico-Administrativo, por lo que, a tenor del mismo, y de lo dispuesto en igual sentido por el artículo 216 del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales, de vigente y supletoria aplicación, aquel acto administrativo debe considerarse firme y consentido a todos los efectos, procediendo la desestimación del recurso y la consiguiente confirmación del fallo apelado.»

COMPROBACION DE VALORES: MEDIOS. DICTAMEN DE INGENIERO JEFE DE CATASTRO DE RUSTICA. TIENE TITULO ADECUADO A LA NATURALEZA RUSTICA DE LA FINCA. EL DICTAMEN DEBE EXPRESAR LOS CRITERIOS O MOTIVOS DE LA VALORACION, NO LIMITARSE A SEÑALAR ESCUETAMENTE EL VALOR DE LA FINCA. NULIDAD DE LA COMPROBACION DE VALORES POR ESA RAZON (RESOLUCIÓN DE 8 DE ENERO DE 1976).

Hechos.—Se presentó en la Oficina Liquidadora de Arzúa una escritura otorgada ante el Notario de dicha localidad don Ernesto Alonso Rivero,

por virtud de la que don Jesús T. Lamas adquirió a título de compraventa y en precio alzado de ochenta mil pesetas un grupo de cuatro fincas rústicas, de ellas tres de monte, con un total de extensión de 3 hectáreas y 74 áreas.

Por la Oficina Liquidadora se utilizó para la comprobación de valores el medio consistente en el informe del Ingeniero Jefe del Catastro de Rústica, quien lo emitió valorando en total dichas fincas en la cantidad de 691.020 pesetas sin expresar las razones tenidas en cuenta para ello, valoración que fue aceptada como resultado de la comprobación y fijada como base liquidable, fue notificada al interesado.

Este último promovió reclamación económico-administrativa invocando la realidad y certeza de la cantidad fijada como precio, que debía en todo caso prevalecer, dada la condición rústica de las fincas transmitidas.

El Tribunal Provincial desestimó la reclamación, fundándose en la obligatoriedad de practicar la comprobación de valores y en la adecuada aplicación de comprobación utilizado.

Doctrina de la resolución.—El interesado interpone recurso de alzada y el Tribunal Central lo estima, anulando la comprobación de valores efectuada, para que se practique de nuevo reglamentariamente por dicho medio o por el que se estime adecuado. Todo ello por lo siguiente:

«Considerando que denunciada por el interesado como fundamento de su pretensión la falta de notificación y de expresión de las razones tenidas en cuenta por los funcionarios técnicos encargados de llevar a cabo la tasación pericial, con referencia a este último extremo ha de tenerse en cuenta que, como se razona en la Resolución de este mismo Tribunal de 27 de noviembre de 1973 (R. S. 256-1-1973), el mero examen del medio de comprobación empleado—artículo 117-1 del número 12 del vigente Texto Refundido de 6 de abril de 1967—pone de manifiesto que no se ha utilizado en la forma procedente, ya que, como afirma, entre otras, la Resolución de este Tribunal de 14 de noviembre de 1969—concorde con las de 13 de marzo y 19 de junio del mismo año y seguida luego por la de 7 de junio de 1973—, la valoración de que se trata no debe limitarse a la mera expresión del valor de los bienes transmitidos, sino que ha de ser razonada por el funcionario técnico que la practica, con tanto más motivo si se tiene en cuenta que es la única forma de que el avalúo pueda ser estimado o no por la autoridad de resolución, según las reglas de la sana crítica, conforme al artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicable como legislación procesal supletoria.»

«Considerando que no ofrece duda de que el señor Ingeniero del Catastro de Rústica de la Delegación de Hacienda tenía título adecuado a la naturaleza del bien que debía valorar como el precepto legal exige, pero en su dictamen o informe se ha limitado a consignar escuetamente el valor del inmueble, sin hacer constar los fundamentos en que lo apoya, por lo cual al carecer de los mismos es obligada consecuencia la declaración de nulidad, para que se compruebe el valor, bien por el referido medio ordinario por el que se decidió la Oficina de gestión, bien por cualquier otro de los procedentes, así como para acudir, en el supuesto de que se estimase que no reflejaba su verdadero valor, por iniciativa de la Administración o a petición de los interesados, a la tasación pericial.»

TRANSMISION DE LOCALES Y PLAZAS DE GARAJE DE EDIFICIO EFECTUADO EN ZONA DE URBANIZACION O POLIGONO DE URBANIZACION NO LLEVADO A CABO CON SUJECCION A LA LEY DEL SUELO, SINO CON ARREGLO A LA ANTIGUA LEY CASTELLANA DE 1953; NO PROCEDE LA EXENCION DEL IMPUESTO DE TRANSMISIONES PATRIMONIALES EN LA LEGISLACION VIGENTE (RESOLUCIÓN DE 8 DE ENERO DE 1976).

Hechos.—En la Abogacía del Estado de Madrid se presentó primera copia de una escritura otorgada ante el Notario de dicha capital don Felipe Gómez-Acebo Santos, por la que doña María del Carmen P. Aracil compró en precio total de 19.008.480 pesetas cuatro locales comerciales y 16 plazas de garaje pertenecientes a la casa señalada con el número 2 de la calle de Sor Angela de la Cruz y 59 de la avenida del Generalísimo, solicitándose por razón de la zona donde se encontraba situada la finca vendida, según se acreditaba con certificaciones de la Comisión de Planeamiento y Coordinación del Area Metropolitana de Madrid, los beneficios fiscales de la Ley Castellana de 3 de diciembre de 1953.

La Abogacía del Estado giró la correspondiente liquidación sobre la base del valor comprobado, que produjo un total a ingresar de 1.701.921 pesetas.

La interesada promovió reclamación económico-administrativa ante el Tribunal Provincial, que acordó desestimar la reclamación por estimar inaplicables al caso los beneficios de la Ley Castellana por haber perdido la misma su vigencia y no resultar aplicable tampoco la exención del número 37 del artículo 65 del Texto Refundido, por haber quedado la misma sin efecto en lo que se refiere a los locales comerciales y plazas de garaje por lo dispuesto en el Decreto de 27 de mayo de 1968.

Doctrina de la resolución.—Interpuesto recurso de alzada, el Tribunal Central lo desestima, por lo siguiente:

«Considerando que el problema planteado en el recurso consiste en determinar si es o no aplicable a la transmisión efectuada la exención reconocida en el número 37 del artículo 65 del Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales de 6 de abril de 1967.

«Considerando que dicha cuestión ha sido resuelta con carácter general por la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1973, en recurso extraordinario de apelación en la que sienta la doctrina siguiente: “la no vigencia de la exención del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales en las enajenaciones de construcciones efectuadas en zonas de urbanización no llevados a cabo con sujeción a la Ley del Suelo y habiéndose ejercitado el presunto derecho a la exención en momento posterior a la entrada en vigor del Texto Refundido del Impuesto de 6 de abril de 1967”.»

«Considerando que, como se sigue afirmando en la mencionada sentencia, es reiterada doctrina jurisprudencial la que antecede y en el presente caso en la fecha que la enajenación se produce—julio de 1971—el comprador no puede esgrimir con éxito la exención de pago del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales precisamente porque en la fecha de adquisición “los beneficios fiscales que pudieran disfrutar las viviendas pertenecientes a edificios sitos en polígonos de zona interior así calificados

con arreglo a la legislación anterior a la Ley del Suelo no pueden mantenerse por acaecer en un tiempo en que había cesado la protección fiscal de estas normas", por imperio de la nueva normativa tributaria vigente en la fecha de la enajenación, no pudiendo tampoco contarse con el derecho a la exención individualmente consolidada por el adquirente con arreglo a los términos de la 2.ª Disposición Transitoria del Texto Refundido de 6 de abril de 1967".»

«Considerando que la misma sentencia que se viene comentando, fundamenta el anterior criterio en las de 10 de abril y 28 de junio de 1967, 7, 13 y 22 de noviembre, entre otras, añadiendo las siguientes consideraciones: "es importante acentuar que la implicación de la vieja legislación, entre la que ha de incluirse la de 3 de diciembre de 1953, viene impuesta por la forma en que ha quedado redactado el pertinente precepto contenido en el Decreto aprobatorio del Texto Refundido de la Ley del Impuesto—art. 65, núm. 37—, cuyo valor legal viene siendo reconocido reiteradamente por la Jurisprudencia y por el dictamen de la Comisión de Competencia Legislativa de las Cortes Españolas de 24 de junio de 1969, publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes*, número 1.075, de 19 de noviembre de 1969, en el que se estima que este Texto Refundido no ha excedido la autorización de las Cortes, condicionando tal precepto legal la exención del impuesto en estos casos a que la primera enajenación de edificios ya se haga por bloques o por viviendas que se construyan en polígonos de nueva urbanización o de reforma interior corresponda a urbanizaciones o reformas acogidas a la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956", razones todas más que suficientes para la desestimación del recurso, con la consiguiente confirmación del fallo apelado.»

En el mismo día 8 de enero de 1976, el Tribunal Central dicta resolución idéntica a la anterior, motivada por otra escritura otorgada por el mismo Notario a favor de la misma interesada.

COMPROBACION DE VALORES: MEDIOS. DICTAMEN DE ARQUITECTO DE LA DELEGACION DE HACIENDA. EL DICTAMEN DEBE EXPRESAR LOS CRITERIOS O MOTIVOS TENIDOS EN CUENTA, SIN QUE VALGA LIMITARSE A SEÑALAR EL VALOR. NULIDAD DE LA COMPROBACION DE VALORES POR ESA RAZON. EL PROBLEMA DE TITULO DEL TECNICO ADECUADO A LA NATURALEZA DE LOS BIENES (RESOLUCIÓN DE 15 DE ENERO DE 1976.)

Hechos. En la Abogacía del Estado de Sevilla se presentó primera copia de la escritura pública de compraventa otorgada ante el Notario de dicha ciudad don Diego Romero Pérez por la que don José J. Cabello adquiría una finca rústica sita en Dos Hermanas, de cabida 4,51 hectáreas, en precio declarado de 290.000 pesetas. La Abogacía del Estado solicitó la valoración del Arquitecto del Servicio de Valoración Urbana de dicha Delegación, el cual asignó a la finca un valor comprobado de 4.517.000 pesetas, sin hacer referencia a criterio de ponderación alguno y sin diferenciar las distintas partes del razonamiento en que tal valoración se apoyaba.

El interesado interpuso reclamación económico-administrativa fundándose en que la finca objeto de la transmisión era rústica y había sido parcialmente expropiada por la Administración, valorándola en el trámite de

justiprecio en 175.000 pesetas la hectárea, por lo que ahora la Administración no la podía valorar en un millón de pesetas a efectos fiscales, aparte de que hacía un año la finca había sido ponderada, a los mismos efectos, en 300.000 pesetas, que era el valor de tasación a efectos de utilización del procedimiento judicial sumario, habiendo pagado el Impuesto sobre dicha base el adjudicatario de la finca en dicho procedimiento actual tramitente.

El Tribunal Provincial desestimó la reclamación fundándose en que la base estaba fijada por uno de los medios ordinarios de comprobación y que frente al mismo no se había solicitado por el reclamante la tasación pericial extraordinaria, razón por la cual había de atenerse a la valoración en cuestión.

El interesado formula recurso de alzada por las mismas razones antes indicadas y, además, porque el técnico al servicio de la Administración que había practicado la valoración discutida no tenía título adecuado a la naturaleza de los bienes transmitidos, por lo mismo que la finca era rústica y el técnico era Arquitecto de Hacienda.

Doctrina de la resolución.—El Tribunal Central estima el recurso declarando en el fallo la nulidad de la comprobación de valores, debiendo reponerse el expediente de gestión al momento procesal correspondiente a la solicitud de informe al señor Arquitecto, a fin de que pueda interesarse la emisión de nuevo dictamen valorativo de la finca transmitida, en el que deberá hacer constar las consideraciones y especificaciones precisas para conocer eficientemente el criterio de valoración que aplique y sus fundamentos, comprendiendo todos los elementos tomados en consideración tanto para clasificar la finca como urbana como para valorarla—teniendo en cuenta que, respecto al primer extremo, se trata de una cuestión básica para definir su propia aptitud como «perito con título adecuado» para intervenir en la tasación—, procediéndose posteriormente como corresponda a tenor de las normas legales y reglamentarias.

Los razonamientos del Tribunal Central son los siguientes:

«Considerando que el problema que se debate en la presente reclamación se centra sustancialmente en determinar el valor del inmueble adquirido por el recurrente como consecuencia de la compraventa documentada en la escritura pública aludida en el primer Resultando de esta resolución y, con ello, si la Administración al fijarlo ha actuado correctamente a través del perfecto desarrollo de la actividad comprobadora, de tal suerte que el contribuyente estuviera, en toda ocasión, en disposición de contradecir los criterios o aclarar los puntos de hecho precisos para la defensa de su derecho y, además, si en algún momento, por omisiones procesales padecidas, pudo hacerse incurrir en indefensión a quien hoy recurre en segunda instancia ante este Tribunal.»

«Considerando que sobre tal planteamiento, el primer problema y la primera cuestión que resalta hace referencia concreta a los términos genéricos y absolutamente infundados con los que se emitió el dictamen pericial por el señor Arquitecto del Servicio de Valoración Urbana de la Delegación de Hacienda de Sevilla, que se limitó en su informe a señalar la cifra de 4.517.000 pesetas sin más, es decir, sin razonar criterios, módulos, datos, zonas, cultivos, etc., que tomaba en cuenta para basar su tasación (omitiendo incluir aludir a valor unitario alguno), con lo que se

hizo imposible para el contribuyente discrepar de extremos básicos para su defensa o para la contradicción de la base que se fijaba e incluso se hizo imposible también conocer la razón por la cual un técnico en valoraciones urbanas dictaminaba sobre el valor de una finca teórica y registralmente rústica.»

«Considerando que sentado lo anterior y de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 80, apartado 2, número 12, del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales de 15 de enero de 1959, así como en el artículo 59-1, letra d), de la Ley General Tributaria de 1963 y en el artículo 117-1, número 12, del Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales de 6 de abril de 1967, la Administración puede auxiliarse en el expediente de comprobación de valores a través del dictamen que formule un funcionario técnico a su servicio, con título adecuado a la naturaleza de los bienes, pero tal dictamen ha de ser necesariamente razonado y fundado en hechos concretos de evidente y fácil comprobación en cuanto a su realidad y a su objetividad, ya que es la única forma de que puedan ser conocidos los fundamentos, por un lado, por las autoridades llamadas a resolver sobre su procedencia según las reglas de la sana crítica, conforme al artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicable como legislación procesal supletoria, y por otro, por el contribuyente, que, de este modo, se coloca en disposición de discernir la procedencia no sólo del criterio de tasación, sino de los datos de hecho tenidos en cuenta por el perito oficial para su estimación, evitando así que, por vía de la omisión o del desconocimiento, se produzca la indefensión del administrado.»

«Considerando que de lo expuesto se sigue que al carecer la valoración inicial efectuada, en el supuesto debatido, de la precisión y concreción de la realidad de los hechos en que la misma se apoyaba (impidiendo formar un juicio exacto al contribuyente sobre si se habían tenido o no en cuenta las características del suelo como estrictamente rústico o como urbano—siendo así que de tal clasificación dependía la propia aptitud del técnico de la Administración para emitir su dictamen—), es obligada secuela la declaración de nulidad del acto administrativo de comprobación, así como la de la liquidación consecuencia del mismo, si se hubiera practicado—lo que no parece ocurrir en el presente supuesto, pues la que se ha girado, sobre el valor declarado, es la reglamentariamente procedente—, a fin de que se lleve a efecto en su caso nueva comprobación de valores atemperada a las formalidades reglamentarias de razonamiento y motivación del dictamen que se emita.»

«Considerando que la doctrina sentada en cuanto a la necesaria motivación y a la imprescindible fundamentación del dictamen del técnico al Servicio de la Administración, bajo pena de nulidad, ha sido reiteradamente proclamada por este Tribunal en múltiples resoluciones, entre las que destacan las de 6 de julio de 1970, 5, 12 y 19 de noviembre del mismo año, así como las de 6 de marzo, 10 de abril y 2 de octubre de 1975.»

J. M. G. G.ª

LIBROS

CENTRO DE EDAFOLOGÍA Y BIOLOGÍA APLICADA DE SALAMANCA: *La problemática regional agraria en España. Análisis sociológico para el cambio.* Ediciones Dilagro, S. A. Lérida, 1978. Un tomo de 459 páginas.

Los sociólogos, como tales, empezaron a trabajar por cuenta de la Administración en nuestros campos allá por el año 1964, cuando para poner en marcha la Ordenación Rural que se programaba en el I Plan de Desarrollo, fueron contratados por el que entonces se llamaba Servicio Nacional de Concentración Parcelaria y Ordenación Rural, después integrado en el IRYDA. Su labor estaba al principio poco definida, a caballo entre las técnicas agronómicas y las jurídicas empleadas en aquella ilusionada labor, que ocupó algunos de nuestros años juveniles, y que consistía en el intento de elevar en algo el nivel de vida de nuestros agricultores. Aún recordamos la afanosa tarea por los pueblos de las comarcas de Atienza y Molina de Aragón, codo a codo los Ingenieros y Letrados con aquellos primeros sociólogos que, puestos como peones de brega titulados en las cabeceras de comarca, en contacto directo con la gente del campo, desempeñaron su papel tan desinteresada y satisfactoriamente que, en pocos años, han sabido consolidar la prestigiosa peculiaridad de su profesión en auge.

Son los sociólogos los que en este libro proclaman que han llegado a conseguir la autonomía de su ciencia respecto de la Antropología y el Derecho Agrario y, por supuesto, de las técnicas agronómicas. Buscando el rigor en el tratamiento de los datos en lo que se refiere al mundo peculiar del campo, pretenden delimitar claramente la Sociología Rural construyéndola como ciencia auxiliar, pero autónoma, indispensable para conocer y tratar de resolver los problemas del sector agrario.

Según nos dicen, la evolución de la Sociología Rural en España refleja las alteraciones que esta ciencia ha seguido en los demás países occidentales. En una primera etapa, estos estudios tienen unas preocupaciones de carácter más reformista que científico, por lo que se identifica la Sociología con la Política Social, surgiendo instituciones interesadas en la solución de problemas agrarios. Entre las dos guerras mundiales hay una segunda época en la que el reformismo pierde vigor y se configuran tendencias interpretativas y descriptivas; en esta etapa el sociólogo hace generalizaciones sobre la vida rural, carece de método para estudiar científicamente los problemas y se desentiende de la acción política. El tercer periodo se inicia después de la Segunda Guerra, a la vez que se acelera el ritmo del cambio hacia la sociedad tecnológica y es cuando la Sociología Rural se interesa en los efectos del tránsito y en la conflictividad de los grupos humanos.

En noviembre de 1977 se celebró en Salamanca la I Reunión Científica de los Sociólogos Rurales Españoles para estudiar los problemas de la planificación agraria y analizar los cambios que se producen en nuestras sociedades, desde el prisma de las diversidades regionales. Y en este libro se recogen las ponencias y algunas de las comunicaciones presentadas en el simposio, distribuyéndose los temas en cinco partes o agrupaciones que vamos a resumir siguiendo, en parte, la misma disposición del libro.

Primera parte: «ASPECTOS REGIONALES DE LA ESTRUCTURA SOCIAL AGRARIA DE ESPAÑA».

Se incluye en, primer lugar, un «Estudio socio-jurídico del agro catalán» debido a J. L. Samaniego Rodríguez, en el que, tras mostrar la población rural activa, las explotaciones agrarias y el grado de mecanización, estudia los diversos y especiales contratos de llevanza de la tierra admitidos por su Derecho Foral (parcería, conreu, masovería, terratge, boiges, eixarmada, soccita, conlloch y rabbassa morta), examinando después la ordenación del territorio, la edad media y las ocupaciones de los campesinos catalanes, evolución de su agricultura y los medios de producción, así como los modos en que se comercializan e industrializan los productos agrarios. Termina haciendo un esbozo de la deseable regulación futura del contrato de «conreu», por el que el llevador o aparcero accede a la propiedad de la finca conreada.

«La gran propiedad rústica en la provincia de Salamanca» es estudiada por Sánchez López y Calabuich, en la etapa 1930-1940, tomando como fuentes el Catastro parcial de 1930 y el llamado «Registro de la Propiedad Expropiable», que fue elaborado precisamente por los Registradores de la Propiedad para la reforma agraria republicana y que se encuentra en el IRYDA, recogiendo los datos de cada uno de los partidos judiciales en una profusión de cuadros igual se hace respecto a la situación actual, tomando los datos del «Estado de dehesas» del Ministerio de Hacienda. Los autores concluyen, de la comparación de ambas épocas tomadas, que ha crecido moderadamente la importancia territorial de la propiedad «grande-media» y ha disminuido en la misma proporción la importancia de la propiedad «grande-grande».

«La estructura social agraria de la vega baja del río Segura», trabajo firmado por Zapata Nicolás y Egea Ibáñez, comprende las características físicas de la zona, con su infraestructura agraria, analizando la distribución de sus explotaciones y los componentes de sus sectores primario, secundario y de servicios para terminar con un extenso estudio de los aspectos sociológicos de la comarca, que se completa por veintiocho cuadros comprensivos de los distintos aspectos.

Gil Jurado y Sans Prats exponen unos «Apuntes sobre la estructura social agraria de Canarias», resaltando los dos rasgos fundamentales que, a juicio de los autores, caracterizan al agro insular: Su condición dualista y su naturaleza dependiente, para estudiar a continuación la dinámica de la agricultura canaria en los años 60 y en la actualidad, así como sus perspectivas para el futuro.

Hay también otros trabajos sobre diversos aspectos regionales que en el libro, no sabemos por qué, se incluyen en otros apartados distintos. Así tenemos «Análisis sociológico de la comarca Sierra Norte de Sevilla», de

Martín Ruiz; igualmente, «Análisis de estructuras de las explotaciones familiares instaladas en las zonas regables de la provincia de Cáceres; políticas de superación», de Beato Espejo; también «Niveles de consumo en las zonas de regadío de la provincia de Salamanca», escrito por Villanueva Marín y dos más, y, por último, Roiz Celix recoge la realidad asociativa de la comarca de Riaño (León) en su trabajo «Hipótesis sobre el modo de producción colectivista agrario», y Loring Miró, en «Planificación social y económica de los cultivos de una zona», se refiere a la campiña cordobesa.



Segunda parte: «EL ASOCIACIONISMO AGRARIO».

Sobre este apartado, siempre trascendente, se recogen dos trabajos en los que se contemplan aspectos de la agricultura de grupo en su situación actual, para preparar las posibilidades asociativas con perspectivas de futuro.

Juan José Sanz Jarque, catedrático de Derecho Agrario y Sociología de la Universidad Politécnica de Madrid, bajo el título «Asociacionismo agrario y sociedades agrarias», dentro de las cuales distingue los aspectos político y sindical y el netamente profesional que es el interesante, esboza un anteproyecto articulado de ley de sociedades agrarias, que después fundamenta y explica, desarrollando los principios contenidos en su regulación. Tiende a la consideración unitaria de todo el fenómeno asociativo agrario, aspiración común sentida por quienes deseamos que se reconozca de una vez las peculiaridades de las agrupaciones de agricultores.

Los trabajos del Seminario de la Cátedra que dirige Sanz Jarque se resumen por Calatayud Piñero, recogidos bajo el título «Aproximación a la realidad socio-económica y jurídica de las cooperativas de explotación comunitaria de tierras y ganados», en el que se reseñan los resultados de una amplia encuesta realizada y que constituye un utilísimo muestreo para conocer el arraigo y desenvolvimiento del fenómeno cooperativo en nuestra Patria.

Tercera parte: «EL CAMBIO EN LA SOCIEDAD RURAL».

Bajo el prisma de la transición política, García Ferrando examina los posibles problemas que pueden producirse en los diversos sectores de la sociedad, y especialmente el agrícola, en su artículo «Cambio social, conflictos agrarios y sociología rural».

Aparte la política, a la que los agricultores suelen ser poco sensibles por escarmentados, otro trabajo de San Martín Arce, «El cambio social en una comunidad rural», considera que al hablar de cambios sociales se da por supuesto que la vida va de prisa y que si la transformación en el comportamiento implica una reorganización global, generando distintos modos de pensar y de obrar, de manera que unos y otros no puedan compaginarse según pautas tradicionales, muy probablemente habrá cambiado también la configuración del grupo, sus valores y la experiencia de sus miembros. Como ejemplo práctico de sus afirmaciones muestra la evolución de la comarca de El Palmar, en la Albufera, desde el punto de vista sociológico

Cuarta parte: «PROBLEMAS DE POLITICA AGRARIA EN LA ESPAÑA ACTUAL».

Entre los diversos trabajos que se agrupan bajo este rótulo, hay uno interesante, debido a Ballester Pareja, y que titula «Introducción a un análisis de la política agraria en España», en que habla de la política agraria en el doble sentido de hecho sociológico que afecta al sistema de producción de los agricultores o como programa que aspira a regular ese sistema a corto o largo plazo, tratando de modificarlo en mayor o menor escala. Estos programas pueden ser de partidos, de sindicatos o de gobierno. Para que un programa sectorial de partido sea coherente, según el autor, debe reunir cuatro condiciones, que son: fidelidad a la propia ideología, compatibilidad interna con los programas paralelos, establecer criterios de prioridad y, por último, «etapacidad», curiosa palabra que en vano hemos buscado en el diccionario, pero que el autor explica en el sentido de que tales programas deben prever un escalonamiento en etapas, asignando a cada uno de estos objetivos que no colisionen con las restricciones. En los programas de sindicato, examina los propios de los sindicatos agrarios «de clase» y de los que se ha dado en llamar «amarillos», señalando el autor las características que los distinguen a su juicio. Tras estudiar los programas a nivel de gobierno, según sea éste liberal o intervencionista, pasa a exponer los programas agrarios de los diversos partidos políticos españoles y termina con la línea de gobierno en la política agraria española. Todo ello, repetimos, bajo una visión personal y opinable.

Otros aspectos parciales de la política agraria son contemplados por Díaz Patier («Actuación pública en los mercados de productos agrarios»), Castro Núñez («La política de precios dentro de la política agraria general») y Jiménez Díaz y otros («Economías de tamaño en explotaciones agrarias»).

Quinta parte: «LA SOCIOLOGIA RURAL EN EUROPA».

José Luis de los Mozos, Catedrático de Derecho Civil y agrarista, en su trabajo «Sociología y Derecho Agrario», estudia las relaciones entre ambas disciplinas, constatando que mientras el Derecho es, como conjunto de saberes, uno de los modelos más antiguos de la especulación humana, la Sociología es una ciencia relativamente reciente; pero su acoplamiento es necesario, puesto que el estudio del Derecho como fenómeno social o sociológico parece que se impone hoy sin discusión alguna. Lo más importante de la Sociología jurídica es contribuir al estudio de las reacciones del medio social ante una regla del Derecho; es decir, si recibe esta norma o la rechaza y si ha tenido efectos benéficos o perjudiciales.

Desde el punto de vista de la Sociología jurídica, dice De los Mozos, ésta aparece más como un método que como una ciencia, lo que no supone en modo alguno rebajar a la Sociología frente al Derecho, sino simplemente incorporar sus resultados a las propias tareas jurídicas, ya que aquélla se basa en la observación de los hechos o fenómenos sociales. Por ello, siguiendo a Carbonnier, define la Sociología jurídica como una rama de la Sociología general, que tiene por objeto una variedad de fenómenos sociales, los fenómenos jurídicos, añadiendo que no se diferencia del Derecho dogmático por razón del objeto, sino por su diferente punto de

vista, apreciándole, sobre todo, en su trascendencia externa como fenómeno social, lo que nos confirma en la observación ya apuntada del carácter complementario del aspecto sociológico del Derecho.

Poniendo ya en relación la Sociología con el Derecho Agrario, resalta su importancia, que viene impuesta por dos razones fundamentales, que son: 1.º Venir constituido el Derecho Agrario por un núcleo central que se relaciona íntimamente con la planificación económica y social. 2.º El hecho de tomar en consideración el Derecho Agrario categorías y conceptos que desde su propia peculiaridad descansan en datos tomados de la realidad empírica. Por eso, concluye De los Mozos, se unen y complementan Sociología y Derecho Agrario, pudiendo llegar aquélla donde éste no puede en su tarea de moldear convenientemente las estructuras agrarias, sobre todo, al pretender cambiar la mentalidad del agricultor como elemento más importante de tales estructuras y como objetivo último de una disciplina social y humana; el sociólogo, dice, puede hacer lo que el jurista no puede, pues, como decía Carnelutti, el Derecho, que se inspira en la justicia, es una virtud cardinal y se halla en lugar del amor o caridad, que es una virtud teologal.

Con dos breves trabajos de Jones y Boisseau, que tratan, respectivamente, de «La Sociología rural en Europa» y «Las ciencias sociales rurales en Francia», termina este libro.

Comprende, según hemos podido ver, trabajos de contenido un tanto heterogéneo y de distinto nivel, todo hay que decirlo. Con todo, sirve para reflejar una nueva faceta en los estudios sobre el campo, en este caso expuesta por quienes viven en el ambiente y están preocupados por los problemas socio-económicos de la agricultura española.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

Ciclo de conferencias sobre el nuevo título preliminar del Código Civil.

Ilustres Colegios de Abogados y Notarial de Barcelona y Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña. Barcelona, 1976.

Resulta muy difícil explicar cómo un libro que tengo en mi poder hace tiempo para hacer la recensión del mismo haya sufrido este considerable retraso. Y el libro, formado por diversas conferencias pronunciadas por ilustres juristas, no merecía ese trato. Quizá es que en mi «oficio» de recensionista haya surgido un desmayo o que haya sido inevitable poner un paréntesis, pues si mi memoria no me falla este año cumplo las bodas de plata del número de conferencias pronunciadas y eso empieza a exigir descansos y recreos. Además recensionar gasta enormemente. Proporciona muchos conocimientos, pero se asemeja mucho al columnista del periódico, aparte de que en alguna ocasión, afortunadamente en forma extraordinaria, suele salir la criada respondona que trata de precisar algo que no exige precisión y que adelantando el pico de la muleta con su afirmación de que admite toda clase de críticas luego deja al descubierto el engaño y resulta sólo partidario de la crítica «constructiva». ¡Qué relación tendrán los incensarios con la vanidad de las personas!

Pero vamos a lo nuestro, y lo nuestro resulta que es comentar el contenido de esta publicación que aborda trece temas relacionados íntimamente con la reforma del Título Preliminar del Código Civil basada en la Ley de Bases de 17 de marzo de 1973. En el fondo, el retraso sufrido por mi recensión resulta o puede resultar beneficioso, ya que aprobada y en rodaje la Constitución española, la problemática de ese Título Preliminar cobra cierta actualidad ante una serie de temas de los que ya la doctrina se está ocupando, y de los que cito a modo de ejemplo el trascendental problema de las fuentes del derecho y la posibilidad o no de considerar a la Constitución como tal, la distinción entre principios constitucionales e institucionales, etc.

En las publicaciones que reúnen a un conjunto de autores de niveles jurídicos horizontales resulta sumamente difícil para el recensionista adoptar un criterio de preferencias expositivas, basadas unas veces en el nombre y otras en las materias tratadas, y salvo el socorrido criterio del orden alfabético que lleva consigo esa especie de espesa forma de proceder burocrática y administrativa, sólo queda el del orden de aparición en escena, que fue un invento de los repartos en obras teatrales que trataba de superar los «celos mal reprimidos» y que solamente conserva el intencionado rescoldo de la «colaboración especial» o del «artista invitado». Aquí vamos a seguir el criterio de la aparición en escena, marginando, por supuesto, cuál puede resultar de mayor importancia, si la conferencia que abre el ciclo o la que cierra el mismo, si el estandarte que inicia la procesión o la presidencia que cierra la misma después de la imagen... Recuerdo en una aldea gallega cómo la mesonera, mujer fabulosamente rápida en sus contestaciones, se resistió siempre a seguir el orden normal de las comidas y en vez de sopa, pescado y carne, ella me ponía primero la carne, luego el pescado y, por fin, el caldo... ¿Pero, Pura, cómo me voy a tomar después de la carne y el pescado el caldo? Debe, debe tomarlo, contestaba, para rellenar huecos...

HERNÁNDEZ GIL, Antonio, inicia el ciclo con una conferencia sobre «La génesis y aportaciones del nuevo título preliminar del Código Civil». A mi entender, y así debió suceder con CASALS COLLDECARRERA, la persona más idónea para contar la génesis de una reforma es el Presidente de la Comisión General de Codificación que, como todos es sabido, recaía en el conferenciante. La génesis, las citas de ciertos nombres y la visión panorámica que el conferenciante realiza son piezas imprescindibles para comprender la reforma y situar la misma en el momento histórico que se produjo, pero con todo entiendo que lo más fructífero del trabajo son las precisiones que el autor hace sobre aquellos puntos en que se ha producido una transformación o una innovación. El primer punto que toca es el de las fuentes y aclara cómo la fórmula de «las disposiciones estatales de carácter general» no se aceptó y que siguió el tradicional de la ley, la costumbre y los principios. Quizá este punto sea muy importante para resolver el problema de la Constitución como fuente. La costumbre no se ha encerrado en la «del lugar» y a los principios se les ha dado una mayor proyección. Respecto de la jurisprudencia—cuenta el conferenciante—, cómo la palabra clave a la que responde la actual redacción está en la de «complementará», que supone un ordenamiento completo al que se le une algo, sin integrarse plenamente en su sustancia. Por lo que se refiere a la interpretación y a las reglas o medios para su logro, el autor dice que es de alabar el que no se haya establecido una escala jerárquica, por-

que la interpretación es, en verdad, un proceso unitario en el que concurren diversos factores. Acertadas, por último, son las consideraciones sobre el tema del abuso del derecho y de los derechos forales.

CASALS COLLDECARRERA, Miguel, aborda el tema de la interpretación y después de una hacer una serie de consideraciones de carácter muy general, pero muy profundas por su precisión e inteligencia, como pueden ser la afirmación de que la interpretación de las normas tiene contenido político y pueden ser dos los estilos: el liberal y el autoritario de interpretar la norma, haciéndolo libremente o inclinándose ante ellas y como también pueden ser el resumen esquemático de las posiciones de la ciencia jurídica, llega a dos o tres conclusiones que ofrecen una crítica trascendente respecto de la redacción del artículo 3 del Título Preliminar. El artículo citado, dice su autor, queda manco, no contempla más intérprete que al Juez, y esto no es así, ya que la vivencia de la norma es del pueblo. Igualmente, el artículo 3 es irreal, en cuanto incide en la ignorancia total de la estructura del proceso de aplicación de la norma por el intérprete, al dar a la norma tratamiento de *datum* y desconocer su actuación vitalista.

Cossío y CORRAL, Alfonso, tocaba el tema del Derecho común y los especiales en el nuevo Título Preliminar. La agudeza que siempre caracterizaba a este ilustre jurista lleva a plantear la cuestión que surge al estudiar el artículo 4, 3.º, y preguntarse ¿es lo mismo considerar al Derecho civil como Derecho común que como Derecho supletorio? Claro está que si se nos presenta como Derecho supletorio de «todas las leyes», cualquiera que sea su naturaleza pública o privada, ello no obedece a un arbitrarío capricho, sino a su peculiar naturaleza de Derecho común, pero entonces podemos preguntarnos nuevamente por qué razón el Derecho civil es considerado como Derecho común? Su respuesta a todo ello puede encerrarse en el siguiente pensamiento: el problema de las relaciones entre los Derechos especiales y el Derecho común no es tanto un problema de jerarquía de fuentes como de conexión entre sus distintos principios informadores, ya que son los mismos los que se muestran capaces de asegurar la debida congruencia entre ambas clases de Derechos.

FIGA FAURA, Luis, abre su estudio sobre la analogía entendiendo que el Título Preliminar presupone un conjunto de normas de alcance casi constitucional que llevan consigo la peculiaridad de la reflexividad. Divide la analogía en verbal y real y va apuntando la evolución que la aplicación analógica ha tenido, para concluir cómo la lógica moderna niega al razonamiento analógico cualquier clase de beligerancia, surgiendo como contraste la pregunta de cómo el legislador de 1974 autoriza al jurista y al Juez a que en la interpretación y aplicación de las normas, utilizara un procedimiento rechazado por la lógica. En su estudio llega a demostrar cómo la analogía no es un delicado toque de fantasía que el legislador se permite introducir en nuestro ordenamiento legal ni una concesión a la natural tendencia de los juristas hacia las formulaciones evanescentes o poéticas: es un elemento indispensable al Derecho para que éste pueda estructurarse como ciencia.

DÍEZ PICAZO, Luis, toca el tema de la costumbre ubicada en el artículo 1, 3.º, del nuevo Título Preliminar del Código Civil. Cuenta el origen del precepto arrancando del proyecto de Ley de Bases y las diferentes intervenciones e interpretaciones dadas al mismo dentro del seno de la Comisión de Justicia. Su estudio se basa en las cuatro precisiones que hace de la misma: a) La costumbre deja de ser local, para ser general, re-

gional o comarcal. *b)* Debe ser moral y ajustarse al orden público. *c)* Es preciso probarla. *d)* La admisión de usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de declaraciones de voluntad. Realmente—como el mismo autor declara—el tema más difícil y el que exige más esfuerzo en el estudio es el de los usos sociales, a los que el autor dedica la mayor parte de su trabajo. Su conclusión es que el Código no debió teorizar sobre los usos sociales o usos jurídicos, ya que lo verdaderamente jurídico no es el uso en cuanto tal, sino la función o funciones que al uso se atribuyen o que aquél pueda desarrollar.

ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis, al tratar del problema de la jurisprudencia como fuente del Derecho, precisa las acepciones que de la misma pueden darse rechazando la del *usus fori* y aceptando la de la pericia o conocimiento del Derecho y forma o modo de interpretar las normas jurídicas. Para el autor—después de un desarrollo minucioso de la materia—, la jurisprudencia de que habla el artículo 1, 6.º, del Código Civil es sólo la jurisdiccional establecida por el Tribunal Supremo, y, además, de sus antecedentes históricos y legislativos resulta que debe tener por objeto el Derecho civil y el Derecho sustantivo. La jurisprudencia no es fuente formal del Derecho. La frase «aplicación de las normas» que aclara el objeto de la jurisprudencia es excesivamente lacónica y, por ende, poco explícita para lograr dar sentido real a la misión y objeto de la jurisprudencia. El concepto de «aplicación del Derecho» refleja tan sólo un aspecto parcial o fragmentario de la labor jurisprudencial.

PUIG FERRIOL, Luis, disertó en las conferencias sobre el tema de los conflictos de leyes en materia de contratos y la sola enunciación de la materia lleva prendida la magia de lo importante. Divide el autor su estudio en diversas partes que tratan de la evolución del punto en el Derecho español, de las diferentes posiciones—únicas o plurales—y criterios de conexión, para terminar con el ámbito de aplicación de la ley contractual. En suma, el estudio aborda el gran tema de auténtica novedad en la norma sobre el principio de autonomía y los posibles subsidiarios de la ley acional común de las partes, la residencia habitual común y la regla tradicional de *locus regit actum*.

PUIG SALELLAS, José María, aborda un tema importantísimo en este mundo nuestro de la diversidad legislativa dentro de un mismo Estado. Para mí es un tema nostálgico, pues en mi última tentativa para el ingreso en el Cuerpo de Registradores el tema fue un cambio de regionalidad con su posible variación de normas sucesorias y la inalterabilidad del régimen económico matrimonial. El haber acertado entonces con la solución me permite escribir esta recensión con la alegre nostalgia del acierto y no con el posible rencor del tropiezo. Los aspectos que el autor examina son claros, pues, de una parte, se señalan los efectos del matrimonio en las tres esferas: personal, negocial y sucesorio, para luego, después de examinar las normas de conflicto, reproducir esas tres esferas en esos mismos ámbitos.

PINTO RUIZ, José J., estudia el problema de la equidad y su aportación está revestida del sentido monográfico de los trabajos. Lo digo porque se trata más que del texto de una conferencia de un trabajo en el que respaldece el aspecto de investigador, con amplias citas a pie de página que constituyen una gran aportación para el estudioso. Resulta dudoso para el recensionista el afrontar el contenido del trabajo, pues ello exigiría mayor espacio del que se dispone y podría producir un desequilibrio

—poco equitativo—con relación al resto de las aportaciones, por lo que me limito a señalar que las cuatro partes del trabajo suponen unas consideraciones generales sobre la novedad del precepto, la idea de falta de precisión sobre lo que debe entenderse por equidad, la parcialidad de su regulación y la precisión de que el momento en que puede entrar en juego es el de aplicación judicial de la Ley. La segunda parte del trabajo es la parte más amplia y en ella se aborda la problemática de la construcción unitaria de la equidad. La parte tercera está destinada al examen del articulado del Código Civil y de la norma que regula la equidad, dividiéndolo todo ello en tres fases de norma imperativa, permisiva y prohibitiva. La última parte está destinada a destacar el valor sintomático de la mención de la equidad.

MEZQUITA DEL CACHO, José Luis, se enfrenta con el tema de los conflictos de leyes en materia de capacidad y representación legal, destacando la gran importancia que ambos puntos tienen en el gran quehacer del jurista, y más en un país con diversidad legislativa y con amenazadoras autonomías (esto último es exclusivamente mío). Va señalando la razón del planteamiento de la cuestión si como una cuestión unitaria indivisible o como un requisito de otros tantos que cada institución requiere, inclinándose por el unitario. Dentro de dicho sistema los dos dilemas que se ofrecen son el de la territorialidad y el de la personalidad. El sistema español, basado en la ley personal, es estudiado por el autor destacando los problemas de la pluripersonalidad, el domicilio como recurso subsidiario y las excepciones territorialistas.

FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, Francisco, regresa al tema de las fuentes del Derecho, y digo regresa, pues en el avance progresivo que hemos ido examinando parecía como si el tema de las fuentes debiera haberse tratado al comienzo del ciclo de conferencias y no ya cuando los temas desmenuzados de ellas han ido apareciendo. Con ello quiero justificar la palabra regreso. Lo que sucede es que el trabajo tiene una peculiar especialidad y es el enfoque que del sistema general adoptado por el Código Civil al enumerar las fuentes se deriva, al afrontar el tema de las relaciones que los diferentes sistemas forales tienen al regular sus especialidades.

FRANCÉS Y DE MATEO, Antonio, enfoca la gran problemática de la nacionalidad y regionalidad a través de los conceptos de territorio, estado y unidad de destino. Nacionalidad, regionalidad y vecindad son términos que deben ser utilizados con gran esmero y cuidado por el legislador. El autor los precisa distinguiendo entre ciudadanía, vecindad civil y regionalidad, aunque en los momentos actuales—llenos de plétóricas reivindicaciones para lograr un Estado llano (me refiero a un solar sin posibilidad de cultivo)—quizá esa distinción administrativa sirva de poco. Cómo se adquiere la vecindad civil, la problemática del cambio de la misma por dependencia familiar, por residencia o por nacionalización son los temas clave que aborda el autor en su trabajo.

CONDOMINES VALLS, Francisco de A., cierra el ciclo de conferencias haciendo una especie de resumen de las habidas y aportando en una visión genérica un comentario de la reforma del Título Preliminar. Recorre en este estudio cada uno de los apeaderos en que la reforma ha insistido y sabe destacar las peculiaridades de cada una de las novedades introdu-

cidas. Al ser la conferencia pronunciada y no leída gana en la oportunidad del momento, pero exige para su lectura las notas y precisiones que el mismo autor pide se le disculpen.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

GORDILLO, Antonio: *La representación aparente* (Una aplicación del principio general de protección de la apariencia jurídica). Un volumen de 502 páginas. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1978.

De los dos modos principales de hacer una tesis jurídica, esto es, o el estudio extensivo de un grupo de preceptos o una institución, analizando su problemática y construyendo el sistema; o bien el planteamiento de un principio y la afirmación de una regla por síntesis de diversos preceptos y problemas, el autor ha optado por este segundo camino, que algunos entienden ser el único legítimo (a mí, ambos me parecen válidos) y que, en cualquier caso, permite presentar unas conclusiones más breves y coherentes.

Para GORDILLO (conclusión octava), «la protección del tercero que de buena fe confía en la apariencia es un auténtico y propio principio general de nuestro Ordenamiento. Las situaciones de mediación posesoria, la consagración de la publicidad registral, la significación de la forma documental y la virtualidad de las situaciones de pública notoriedad, suponen otros tantos supuestos desencadenantes de una apariencia que—incluso cuando no se conforma con la verdad de los hechos—funcionará, por disposición de la ley, como módulo de la realidad para los terceros. El principio —pretendidamente opuesto y descalificador *a priori* del de la apariencia—del *nemo plus juris...* ve limitado su campo de vigencia al de las relaciones *inter partes*. Con la aparición en escena de la figura del tercero se antepone el que elípticamente se llama principio de protección de la apariencia».

El autor dedica la obra sobre todo al tratamiento específico de la representación aparente, pero hace un importante *excursus* sobre la protección al tercero de buena fe y el principio general de protección a la apariencia en el Código Civil, precisamente porque la validez de la representación aparente no es para él el resultado de una pretendida abstracción del poder de representación frente a la relación material subyacente, sino simplemente secuela de esa protección al tercero de buena fe que confía en la apariencia. «La apariencia de representación supone la implicación del *dominus* en la misma. En la apariencia de representación voluntaria tal implicación no consiste ni en la voluntad tácita de apoderar, ni en la creación voluntaria de la apariencia, ni en la permisión de hecho de la misma; basta con que la apariencia se haya producido en el área de riesgo del *dominus* (imputación objetiva). En la apariencia de representación legal de menores e incapacitados, la implicación del *dominus* resulta directamente de la objetividad de la *species facti*, sin necesidad de acudir a criterios de imputación de ningún tipo: apariencia pura» (conclusión cuarta).

En torno a estas ideas el autor ha escrito una obra extensa e importante, que se divide en tres partes.

Dedica la primera a la delimitación negativa del concepto de representación aparente, rechazando la concepción separada de la representación, y en particular la tesis de la total separación de la representación respecto al contrato-base, y su pretendida justificación por razón de la protección de terceros. En su opinión, «la representación, como efecto que es del apoderamiento, agota su virtualidad en el mero *poder* (*posse, Können*) del representante—legitimación indirecta—de actuar con relevancia en esfera jurídica ajena. Cualquier otro dato en función del cual haya de orientarse o limitarse la actuación del representante, no puede derivar del apoderamiento, sino de la relación gestoria, a la cual la representación se añade. El ámbito del *posse* del representante es, *natura sua*, neutro e indeterminado y cualquier recorte que al mismo se haga, o cualquier condicionamiento que a su ejercicio se imponga, al implicar limitación para el representante, requiere la aceptación del mismo; aceptación que, como ya sabemos, no encaja en la figura, esencialmente unilateral, del apoderamiento» (pág. 72). En consecuencia, para dar un contenido, una dirección y una base a la representación se requiere la relación causal, y singularmente el mandato: la representación—dice—es una modalidad o accidente del mandato y no puede presentarse aislada. Por eso, entre las causas de extinción del poder de representación se cuenta la propia extinción de su relación básica, y «a su vez, la revocabilidad del poder sólo se explica como el resultado de la influencia, sobre éste, de la causa atípica compleja que justifica el conjunto negocial en que el mismo se integra» (página 128). La accesoriedad del poder de representación respecto al mandato (contrato-base), y su dependencia causal en relación con el mismo, llevan necesariamente a la conclusión de que no es posible en el mandato representativo un poder de representación de contenido distinto al del mandato (pág. 85). Y la influencia de la relación causal no se detiene a consecuencia de una pretendida abstracción de la causa en relación al poder, sino exclusivamente como medio de protección de la buena fe: así ha de deducirse en nuestro ordenamiento en aplicación analógica de los artículos 1.734 y 1.738 del Código Civil y directa del 286 del Código de Comercio. Cuando el Derecho sanciona la eficacia, frente a terceros de buena fe, de aquellas actividades que se comprenden dentro de la esfera aparente del poder de representación, los efectos producidos tienen su origen en la ley: no, como sería el caso en la representación real y verdadera, en la voluntad privada creadora y configuradora del poder (página 94). «Siempre que tras la extinción de la relación causal se produzcan respecto de terceros los efectos propios del poder, no será porque éste se considere subsistente, sino porque la ley así lo dispone en función de un interés digno de tutela» (pág. 128).

Una vez rechazada la concepción abstracta de la representación, emprende el autor en una segunda parte la delimitación positiva de la representación aparente, dedicando sucesivamente tres capítulos al estudio de la figura del *dominus negotii* o representado; de la del representante; y de las cuestiones relativas al tercero. En cuanto al representado, afirma que si bien la representación aparente excluye la voluntad representativa del *dominus*, y ni siquiera exige voluntariedad de éste en la creación de la apariencia, sí exige una cierta «implicación» suya en la *species facti*, «de manera que suscite la confianza del tercero llevándole a actuar y permi-

tiéndole omitir razonablemente, por innecesaria, toda la comprobación sobre la realidad de los poderes del falso representante, ya que en fuerza de los hechos configuradores de la apariencia, la respuesta del *dominus* puede considerarse anticipada. No se trata, por tanto, de buscar una explicación en justicia a la obligación del *dominus*: se trata de delimitar en equidad las condiciones de confianza del tercero» (pág. 141).

«¿En qué casos, pues, se protege la apariencia de representación? Haciendo aplicación del criterio anteriormente mantenido hemos de responder que siempre y sólo cuando algún dato objetivo, distinto de la sola declaración del representante, permita al tercero hacer descansar sobre el *dominus* la confianza suscitada por la apariencia de representación. Dicho dato puede ser tanto el que, por seguir una terminología muy al uso en esta materia, constituya una apariencia artificial de representación: su publicidad registral, como el que fundamente una apariencia natural: comportamientos como son la declaración oral, su reflejo documental y su manifestación por *facta concludentia*» (pág. 157).

En la parte final de este primer capítulo rechaza el autor como criterio de imputación de la apariencia el subjetivo de la culpa, y se acoge al objetivo del riesgo. La implicación del *dominus*—dice—no significa voluntariedad ni culpa de su parte, ni respecto a la actividad representativa, ni respecto al dato determinante de la apariencia: se cifra en el simple hecho de que la apariencia se produzca dentro de la esfera de riesgos creada por el *dominus*... el riesgo, precisamente por ser un criterio objetivo de imputación, no requiere ni creación consciente de la apariencia, ni previsión de su posibilidad. La implicación, en suma, consiste «en la mera referibilidad objetiva al *dominus* de la apariencia de representación fundada, bien en el comportamiento del mismo, bien en actuación desarrollada en su ámbito de dirección y control (familiar o profesional)» (página 212).

El capítulo segundo, dedicado al representante, contempla la función de éste en la creación de la apariencia; su diferente responsabilidad frente al *dominus* y frente al tercero; la influencia de su buena y mala fe, y diversas e interesantes cuestiones relativas a los artículos 1.733, 1.734 y 1.738 del Código Civil.

El capítulo siguiente trata del tercero cocontratante y en particular de su buena fe, estudiada primeramente en sentido subjetivo, en su doble vertiente de *error* y *confianza*; luego en sentido objetivo, en su aspecto de diligencia, y finalmente en su significado y su necesaria esencialidad para la teoría de la apariencia.

En la última parte de la obra presenta el autor la protección al tercero de buena fe como un principio general de nuestro Derecho civil. Comienza por la casuística: una larga enumeración razonada de los supuestos singulares y específicos de protección del tercero de buena fe, de los cuales extrae, por síntesis, el principio general. Y en un capítulo segundo estudia las condiciones de aplicación de este principio de tutela de la apariencia, concluyendo que «la virtualidad de la protección de la apariencia (del tercero que de buena fe confía en la apariencia) se cifra en la equiparación instantánea y definitiva entre realidad y apariencia. Requisitos de su aplicación son: 1) La apariencia ha de referirse a una situación de hecho (no a una mera declaración: las discordancias entre voluntad interna y voluntad externa o manifestada corresponden al tratamiento de la voluntad negocial *inter partes*). 2) Dicha apariencia ha de llevar a

una situación de error y de confianza a un tercero (ajeno a la formación de la apariencia). 3) Sólo el tercero que, sin tacha de negligencia, haya sido efectivamente engañado por la apariencia (desconociendo la situación real contraria a ella); el tercero, por tanto, de buena fe, podrá invocar a su favor la oportuna protección legal. 4) Tal protección, salvo expresa disposición legal en contrario, sólo comprenderá la actuación del tercero a título oneroso. No es, en cambio, condición de aplicación de la protección de la apariencia la imputabilidad de la creación de la misma a la persona pasivamente afectada por sus resultados. No son infrecuentes los casos en que dichos efectos recaen sobre persona distinta a la creadora de la apariencia. El principio en estudio trata de proteger al tercero de buena fe; no de castigar a la persona afectada por sus resultados» (conclusión novena).

Se observa en este excelente libro la preocupación del autor por la lógica y la coherencia. Cuida la prueba de cada afirmación, y luego se apoya sobre la premisa ya demostrada para la construcción ulterior, llegando a un sistema sin fisuras. El libro rezuma una disposición mental que podríamos llamar escolástica y que cuando, como en el presente caso, va acompañada de una inteligencia aguda y sutil, es particularmente válida e iluminadora para la investigación jurídica. La documentación es muy copiosa, como puede observarse en la bibliografía que cierra el libro y que, según se advierte leyéndolo, ha sido realmente consultada y meditada.

El libro va precedido de un prólogo del profesor JORDANO BAREA, en cuya escuela ocupa el autor un puesto destacado. El prologuista pasa revista a la copiosa producción alemana e italiana sobre el tema, y a algunas aportaciones españolas, para ubicar e identificar la del autor. «¿Sería este libro—se pregunta—un exponente más de la llamada jurisprudencia de conceptos, cuyos resultados en nada afectan a la solución dada al conflicto de intereses en base al que se articula, más casi como pretexto que como acicate efectivo y único determinante?» Transcribo esta frase no porque la respuesta, tras cuanto llevo dicho, no sea evidente, sino como una muestra de la preocupación metodológica del profesor JORDANO, que ha sabido imbuir en sus discípulos, y que da lugar a obras tan logradas como ésta.

JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO

MILLER, Eric S.: *Desarrollo integral del medio rural*. Fondo de Cultura Económica. México, 1976. Un tomo de 160 páginas.

Si hay algún país que como verdadero «laboratorio» rural merezca la preferente atención de los agraristas es, sin duda, Méjico; fue el primero que inició una reforma agraria en sentido propio y, por paradoja, es también aquel donde dicha reforma está más diluida y pendiente de conclusión satisfactoria.

Zapata y Pancho Villa encabezaron a los hombres que al grito de «tierra y libertad» se alzaron contra el sistema de plantaciones propio del

gran capitalismo y plasmaron en la Constitución de Queretaro el principio de que la tierra pertenecía a la nación. Pero muerto Zapata y apagados los fervores de la revolución, hay periodos de altibajos e incertidumbres, según las tendencias políticas imperantes en cada momento, sin olvidar las inevitables repercusiones originadas por la vecindad del poderoso Tío Sam, que han marcado también su influencia en los diversos ciclos de la reforma mejicana.

Sabido es que la figura central de ella es el «ejido», lote de tierras que se adjudica a título indivisible e inalienable a una comunidad rural, aunque luego tales ejidos se distribuyen en parcelas para su cultivo por el antiguo sistema de explotaciones familiares. Esto supone en la mayoría de los casos la inevitable existencia de desfases económicos que con frecuencia hacen precisa la intervención pública, bien intentando corregir injusticias en casos aislados o ya para conseguir el desarrollo de los sectores deprimidos en una planificación más generalizada.

ERIC S. MILLER, inglés, fue nombrado asesor de la Dirección de Inversiones Públicas de Méjico y nos cuenta en el libro sus experiencias en este órgano de la Secretaría de la Presidencia. A partir de 1973 se emprendió un Programa de Inversiones Públicas para el Desarrollo Rural, PIDER, afectando a cinco mil comunidades rurales de 75 microrregiones mejicanas y que quiere ser una respuesta práctica a la cuestión de si puede el gobierno de un país en desarrollo iniciar un proceso de mejora en el ámbito rural que se mantenga por sí solo.

El mundo campesino es tan complejo que bien puede decir el autor que la mayor dificultad consiste en que nadie sabe lo suficiente respecto a la multitud de cuestiones, algunas generales y otras locales y específicas, que en su conjunto constituyen lo que se ha dado en llamar el «problema rural». Por eso, por haber trabajado en él, trata de explicar el porqué del Programa y sus connotaciones sociológicas y económicas.

Nos dice que, aunque en Méjico el panorama económico general es de progreso y prosperidad, la distribución de estos resultados favorables ha sido extremadamente desigual entre la industria y la agricultura, porque los trabajadores industriales reciben ingresos mucho mayores que los rurales. La inversión en desarrollo rural puede reducir la disparidad, pero además debe establecerse un proceso autosostenido de desarrollo como única fórmula para lograr que se modifique realmente a largo plazo la tendencia a la disparidad ya apuntada.

Como objetivo, el Programa de Inversiones Públicas para el Desarrollo Rural, PIDER, obedece a la necesidad de acudir a las poblaciones del medio rural, con objeto de mejorar sus condiciones de vida a través de acciones capaces de establecer la infraestructura económica y social que proporcione ocupación permanente y productiva a la fuerza de trabajo campesina. Responde el programa también, según la Dirección de Inversiones Públicas, a la necesidad de acelerar todas las acciones que permitan una más conveniente integración del territorio nacional, aprovechar mejor los recursos aturales y distribuir más equitativamente la riqueza nacional, según documento de febrero de 1973.

El texto anterior, tomado de la documentación oficial, nos recuerda a nuestra Ley de Ordenación Rural de 1968, anterior, por tanto, en cinco años a la normativa mejicana, por lo que ésta no supone en absoluto ninguna novedad. Al igual que se dice en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario española, bajo el título de Ordenación de Explotaciones, el pro-

grama mejicano no sólo pretende acelerar el desarrollo económico, sino también un cambio efectivo en el género de vida de los habitantes del campo, con acceso a la educación, a la salud y, en general, al bienestar. Se persigue el desarrollo agrícola sólo como un medio para conseguir una mejoría sustancial de quienes hacen posible esa mayor producción y para ello enlaza los proyectos productivos con todas las demás acciones capaces de propiciar un cambio positivo en los habitantes de las pequeñas comunidades rurales. Repetimos que los principios y hasta las mismas frases nos parecen calcadas de la planificación española en el tema.

Siguiendo con el libro y con Méjico, la magnitud inicialmente propuesta para el PIDER era ambiciosa. El documento de abril de 1973 hablaba de que se atenderían doce mil centros de población, o sea, unos doce millones de personas, equivalentes al 24 por 100 de la población nacional. En septiembre del mismo año se elevó el número de personas a favorecer hasta los dieciséis millones, o sea, la tercera parte de la población del país. La inversión para el período cuatrienal de 1973-1976 es de unos 25.000 millones de pesos (unos 150.000 millones de pesetas), contando para ello obtener créditos de 100 millones de dólares del Banco Mundial y otros 50 millones de dólares del Banco Interamericano de Desarrollo.

Para la realización práctica del plan, el autor parte de la idea de que debe tomarse la comunidad como base del desarrollo; dice que como la comunidad agrupa a individuos y a grupos de familias en ciertas formas de organización social y de afiliación que son importantes para ellos, las transformaciones de la comunidad son una condición necesaria para un cambio progresivo y comprensivo; y prefiere el término «comunidad», que implica gente en relación con gente, al término «localidad», que tiene carácter territorial.

Pero el sistema ejidal en Méjico puede contribuir a la idea errónea de que la comunidad necesariamente implica intereses comunales, pues ya hemos dicho que en muchos ejidos la tierra se encuentra totalmente subdividida y los ejidatarios obran en sus propias parcelas como si fueran agricultores independientes o pequeños propietarios, hasta el punto de que sólo el 3 por 100 de la tierra ejidal (si se descuentan montes y pastos) se cultiva de hecho sobre bases comunales. La ley permite la parcelación de la tierra cultivable, pero al concederse tan sólo derechos de disfrute, prohibiendo su venta o arrendamiento; significa que los ejidatarios encuentran muchas dificultades para obtener créditos al no poder registrar sus tierras. Por eso el PIDER, aunque preferentemente acude a los ejidos, tiene un ámbito mucho más amplio, acudiendo también a todos los pequeños propietarios en general.

Como modelos teóricos de desarrollo rural, el autor contempla en principio dos, que llama gráficamente de «arriba hacia abajo» y el opuesto de «abajo hacia arriba», para continuar con otros transaccionales o intermedios.

En el modelo A, de desarrollo desde arriba hacia abajo, o de control nacional, su filosofía, tan extendida en Méjico como en otros lugares, es que el desarrollo rural constituye un medio para incrementar la prosperidad económica nacional, por lo que la tarea principal es organizar las comunidades rurales para que puedan cumplir con metas nacionales de producción. Según este modelo, coinciden los objetivos económicos del gobierno y las necesidades de la comunidad rural y los programas nacionales beneficiarán a estas comunidades al incrementar su prosperidad;

en consecuencia, cualquier resistencia de las comunidades ha de ser interpretada como irracional; con educación y persuasión llegarán a ver que su propio interés coincide con el nacional. Este es el sistema imperativo de la agricultura colectiva en la URSS.

En el modelo B, de desarrollo desde abajo hacia arriba, o mediante revolución, se pretende restaurar en los campesinos la confianza en sí mismos que les dará, según esta teoría, la energía y la motivación suficientes para su desarrollo autónomo. Sus partidarios han calificado a las comunidades rurales en las que trabaja el PIDER de desmoralizadas, apáticas, fatalistas y sumisas, porque se encuentran atrapadas en un círculo vicioso del que se consideran incapaces de salir. El enfoque de este modelo propugna que los campesinos deben ser ayudados para hacerles ver que su impotencia no es una causa, sino más bien una consecuencia del estado de cosas; en Méjico, sigue diciendo el autor, pese a la revolución y a las reformas agrarias, los beneficios no les han alcanzado y por ello deben darse cuenta que las ayudas del gobierno no son un privilegio por el cual deban estar agradecidos, sino algo que tienen derecho a exigir y deben pelear por obtenerlo; así tendrán potencia y podrán descargar la energía en un desarrollo autónomo y constructivo.

Apartándose de estas dos posiciones contradictorias, el PIDER adopta lo que el autor llama «modelo C» o de paternalismo moderno, aceptando una transacción que hiciera viable el plan de inversiones, con el fin de asegurar el compromiso con la comunidad de un programa integrado de desarrollo rural. Se trataba de encontrar el punto común entre las dos contrarias tendencias anteriores y por ello el programa federal en cuanto a las metas del desarrollo se veía muy restringido por la necesidad primordial de obtener la aprobación de todas las partes involucradas. De nuevo viene a nuestro recuerdo el sistema español de la Ordenación Rural, cuyos planes se elaboraban y proponían en el seno de las Comisiones locales, comarcales y provinciales respectivas, sirviendo de base a los órganos del IRYDA que después aprobaban y llevaban a cabo.

Pero... estamos comentando este libro y se refiere sólo a Méjico. El documento de abril de 1973 (repetimos, cinco años después de nuestra Ley de Ordenación Rural que decía lo mismo), ya citado, señala como criterios para la selección de los proyectos del PIDER:

1. Tienen la más alta prioridad los proyectos productivos que garantizan una mayor ocupación permanente y utilizan para su ejecución preponderantemente mano de obra local y materiales de la región.
2. En lo social, los programas habrán de favorecer un cambio positivo en el género de vida.
3. Se atenderán con prioridad obras complementarias que permitan el mayor aprovechamiento de las inversiones ya realizadas.
4. En todos los casos se procurará satisfacer las necesidades sentidas por la población, a cuya petición expresa se realizarán las obras.

El resultado que se espera de este enfoque es que el campesino, además de percibir un salario, aprenderá a trabajar en equipo, consolidará así su conciencia social y participará en la toma de decisiones que afectan a la comunidad a que pertenece. En el documento citado de la Dirección de Inversiones Públicas se hace énfasis en la participación de las agrupaciones campesinas y, en general, los habitantes interesados, lo que

significa que sólo habrán de realizarse las obras solicitadas expresamente por ellos.

Sin embargo, el autor reconoce que con bastante frecuencia, precisamente por razones de efectividad, la realidad no coincide con las intenciones. El dilema del PIDER y de otros programas como éste es que, aun cuando la importancia de inculcar una ética de autodesarrollo se reconoce, el propio proceso de realizar un gran número de inversiones rápidas en proyectos productivos tienden a colocar a la comunidad en una situación de dependencia poco acorde con el autodesarrollo proclamado.

El pronóstico que hace MILLER de la aplicación de este modelo por el PIDER es que conduciría a algunas mejoras en el uso de la tierra, a alguna expansión y diversificación de la producción rural y algún incremento en los ingresos. Muchas comunidades tendrían también acceso a sistemas de crédito más elaborados. Parecía probable, sin embargo, que la mayoría de las comunidades no saldrían de su postura pasivo-dependiente hacia las posiciones más activas, autónomas y empresariales que se esperaban. La prosperidad mejoraría hasta cierto punto, pero entonces se estabilizaría en una meseta: en otras palabras, dice el autor, la brecha entre la prosperidad urbana y rural se reduciría temporalmente y después crecería de nuevo.

Por eso cree el autor que la solución adoptada por el PIDER, aun mejorando las anteriores, no es la óptima para conseguir el desarrollo, ya que otro modelo, el D, que abiertamente reconociera las divergencias, así como la comunión de intereses, sería de verdad el más indicado. El hecho de que una comunidad logre hacer una evaluación de su propio interés, aun cuando no esté de acuerdo con la evaluación hecha por una dependencia gubernamental, no significa que la comunidad deba ser acusada de irracionalidad terca o alabada por promover su independencia. Es, simplemente, un hecho que no debe esconderse bajo el tapete: algunas cuestiones deben ser examinadas y negociadas. En definitiva, lo deseable es suministrar los recursos para ayudar a cada comunidad, formular, negociar e implantar su propio programa de desarrollo.

El autor concluye afirmando que el desarrollo no es un proceso de una sola dirección. Aquellos de nosotros, dice, que trabajamos en la interfase con una comunidad o cualquier grupo o institución, traemos con nosotros nuestros propios valores y conceptos que estructuran nuestra forma de interpretar la situación de la comunidad. Debemos intentar hacer a un lado nuestras ideas preconcebidas por un tiempo, mientras escuchamos lo que nos dice la gente de esa comunidad, directa o indirectamente; cómo perciben ellos su propio predicamento, cómo estructuran la comprensión de su propia situación, qué valores y conceptos los sostienen.

Este autosacrificio tiene más valor si se tiene en cuenta que se trata de comunidades de escaso desarrollo, por lo que resulta axiomático que sus valores y conceptos serán diferentes de las de los técnicos. Pero si no se empieza por reexaminar y modificar las propias reconcepciones y dejar un lugar a los puntos de vista de la comunidad, esa gente no podrá reconsiderar sus propios puntos de vista. Del diálogo y el aprendizaje mutuo pueden derivarse, dice el autor, el desarrollo y el cambio.

El libro suministra datos de interés para conocer un aspecto de la inacabada reforma agraria mejicana, orientada ahora, según vemos, en

la tendencia general de la planificación y el desarrollo. Constituye un valioso ensayo de métodos de colaboración para llevar a cabo programas de ordenación rural. Por sus concomitancias con parejas instituciones españolas, el estudio es doblemente interesante.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS