

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LV • Mayo - Junio 1979 • Núm. 532

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 Cabezero.
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

SUMARIO

Págs.

ESTUDIOS:

- «Apuntes histórico-reconstructivos acerca de la pretendida contraposición entre el pago indebido objetivo y subjetivo», de ENRICO MOSCATI. Traducción y notas de TOMÁS DE ZUMALACÁRREGUI Y MARTÍN-CÓRDOVA 557
- «Mayoría de edad por vida independiente en el Derecho Aragonés», por JOSÉ LUIS MERINO Y HERNÁNDEZ 587
- «El derecho de superficie en la Ley del Suelo y en la Legislación Hipotecaria», por PEDRO J. AMENGUAL PONS 621

JURISRUDENCIA:

II. Resoluciones y Sentencias:

- I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, TIRSO CARRETERO GARCÍA y EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO 657

II. Sentencias del Tribunal Supremo:

1. Jurisprudencia civil, por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, JOSÉ QUESADA SEGURA y CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ ... 667
2. Jurisprudencia contencioso-administrativa, por JESÚS GONZÁLEZ SALINAS 694
3. Jurisprudencia fiscal, por CARLOS MARÍN ALBORNOZ ... 714

- III. Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central, por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA 721

LIBROS:

- «La censura de cuentas en las Sociedades Anónimas», de FRANCISCO JAVIER ARANA GONDRA, por JUAN FERNÁNDEZ GUERRERO 737

	<i>Págs.</i>
«La <i>élite</i> burocrática española», de MIGUEL BELTRÁN VILLALVA, por JUAN FERNÁNDEZ GUERRERO	743
«Corrección monetaria y pago legal», por FERNANDO FUEYO LANERI, por EDUARDO VÁZQUEZ BOTE	747
«Lecciones de Derecho civil», de RICARDO RUIZ SARRAMALERA, por JOSÉ POVEDA DÍAZ	750
«El nuevo régimen legal de la adopción», de GERARDO TREJOS, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ	753

REVISTAS

II. Noticias de Revistas	759
---------------------------------	-----

ESTUDIOS

Apuntes histórico-reconstructivos acerca de la pretendida contra- posición entre pago indebido «objetivo» y «subjetivo»

PRELIMINAR

Las páginas de nuestra REVISTA se ven hoy honradas con la presencia, *por vez primera en lengua española*, del joven y brillantísimo profesor italiano ENRICO MOSCATI (*). Nacido en Roma el 14 de junio de 1941, el joven MOSCATI obtiene, en 1964, la máxima calificación en su Tesis Doctoral, defendida en la Facultad de Jurisprudencia de su ciudad natal, pasando inmediatamente a ocupar el cargo de Profesor Auxiliar de Derecho Privado. Profesor Adjunto en 1970, pasa, al año siguiente, a la Universidad de Perugia, a la Facultad de Agraria. Llegamos a 1972: el joven ENRICO, dentro de la Universidad de Perugia, pasa a la Facultad de Economía y Comercio, Cátedra de Legislación Bancaria, y, al año siguiente, a la de Instituciones de Derecho Privado. El 1 de noviembre de 1974 marca el anhelado hito de su vida: Catedrático *stabilizzato* de esta asignatura en su amada Perugia.

No concluye aquí, ni mucho menos, el impresionante *curriculum* de MOSCATI. Porque, paralelamente a su extensa y profunda actividad docente (Derecho Privado, Derecho Agrario y Legislación Bancaria), nuestro ilustre huésped ha venido desarrollando, desde 1968 hasta el momento

* *Spunti storico-ricostruttivi sulla pretesa contrapposizione tra indebito oggettivo e soggettivo* (CEDAM, Padua, 1975, extracto de la *Rivista Di Diritto Civile*, páginas 314 a 336). Esta traducción ha sido expresamente autorizada, *precisamente en favor de esta Revista*, por la Editorial CEDAM, el 13 de septiembre de 1976.

presente, otra intensa y nobilísima actividad jurídica, a saber: la judicial. Y con no menor brillantez. Porque, desde su primer y modesto destino en Comacchio, llega en 1977 a la Pretura de Roma, para, inmediatamente, alcanzar uno de los mayores galardones que Magistrado alguno pueda soñar: Vocal del Tribunal Constitucional.

Una trayectoria profesional de esta envergadura, por fuerza ha de ir acompañada de una extensa e intensa bibliografía, y MOSCATI no podía ser una excepción. Colaborador de la *Rivista di Diritto Civile*, y redactor ordinario de la revista *Giurisprudenza Italiana*, ENRICO MOSCATI ha colaborado decisivamente en la confección del *Novissimo Digesto Italiano*: los epígrafes «Sello», «Gastos», «Tiempo» y «Vínculos de la disponibilidad» son íntegramente suyos. Como lo son, en la *Enciclopedia del Diritto*, los epígrafes «Indebido», «Flete» y «Obligaciones naturales». Suyo, en fin, será, Dios mediante, un extenso volumen en torno al «Pago de lo indebido», como parte integrante de los Comentarios al Codice de SCIALOJA y BRANCA.

Enriquecimiento injusto. Pago de lo indebido. He aquí dos temas eternos en la civilística. He aquí dos temas que la doctrina española (con las dos o tres gloriosas excepciones que todos sabemos) ha descuidado lamentablemente. He aquí dos temas en los que alemanes e italianos han volcado lo mejor de sus conocimientos. He aquí, en fin, dos temas en los que MOSCATI, nuestro invitado de hoy, ha entregado lo mejor de su *ego* jurídico, con el aditamento de su sobrio y elegantísimo estilo literario. El tema que hoy ofrecemos a la inquieta curiosidad del lector es, en cierto modo, un preludio a otros dos trabajos del mismo autor, estudios que, Dios mediante, verán la luz a través de esta Revista.

Creemos, con toda honradez, que esta primera lección de MOSCATI puede ser de enorme utilidad para todos nosotros, por más que sus coordenadas legislativas y doctrinales se hallen más allá de nuestras fronteras geográficas. Porque esta primera lección va a ser la *cellula mater* de otras dos, más cercanas en el tiempo y, sobre todo, en el espíritu que, más o menos soterradamente, late en el articulado de nuestro primer cuerpo legal... Pero guardemos silencio y oigamos a MOSCATI, que bien merece la pena. Una última advertencia, antes de ceder la palabra al joven profesor italiano: la «letra pequeña» que el lector encontrará en el texto, es aportación del traductor, así como las notas a pie de página que vayan precedidas por la letra T.

SUMARIO: *Premisas generales. La distinción entre las dos tradicionales categorías del pago de lo indebido. La exigencia del error por parte del solvens y el principio de la causalidad del pago. El proceso de «tipificación» de las condiciones. El problema de la cualificación del supuesto de hecho en caso de pago «no espontáneo» (continuación). La progresiva ampliación del área de incidencia de la *condictio indebiti*. El fundamento «objetivo» de la repetición del pago de lo indebido en el Derecho moderno. El artículo 2.933 como norma fundamental en el sistema de la *condictio*. La irrepetibilidad de la prestación como «sanción» al comportamiento culposo del solvens.*

PREMISAS GENERALES. LA DISTINCION ENTRE LAS DOS TRADICIONALES CATEGORIAS DE PAGO DE LO INDEBIDO. LA EXIGENCIA DEL ERROR POR PARTE DEL SOLVENS Y EL PRINCIPIO DE LA CAUSALIDAD DEL PAGO

Parte de la doctrina italiana entiende que el vigente Codice ha acentuado la contraposición entre las dos tradicionales categorías del pago de lo indebido (1). Las respectivas rúbricas de los artículos 2.033 (*indebito oggettivo*) y 2.036 (*indebito soggettivo*), añadidas a la diversa regulación de ambas figuras, parecerían manifestar la intención del legislador de reconocer, incluso en el plano formal, una distinción enraizada en la conciencia jurídica desde mucho tiempo atrás. Otros, por el contrario, en base a esos mismos textos legales, y tomando argumentos de la literatura jurídica menos reciente, afirman que en el ordenamiento jurídico italiano sigue existiendo multiplicidad de *condictiones*, de origen romanístico (2),

(1) En tal sentido, *vid.*, por todos, RESCIGNO, epígrafe «Repetición de lo indebido», *Noviss. Digesto*, XV, Turín, 1968, págs. 1223 y ss., especialmente la página 1227. Actualmente, BRECCIA (*La repetición de lo indebido*, Milán, 1974, página 14) hace suya esta tesis.

(2) Como veremos en el epígrafe siguiente, se hallaba muy extendida, en el derecho clásico, la costumbre de distinguir, terminológicamente, las diversas hipótesis de recurso a la *condictio*, aunque sin un significado técnico muy preciso. Encontramos, así, en las fuentes clásicas, junto a la *condictio indebiti*, que supuso el modelo de todas las demás, la *condictio ex causa furtiva*, concedida al robado frente al ladrón y sus herederos; la *condictio ob causa datorum* (que en el derecho justinianeo sería la *condictio causa data causa non secuta*), que contemplaba el caso de quien, habiendo cumplido una prestación con objeto de obtener una contraprestación futura, no lograra este último objetivo; la *condictio ob turpem vel iniustam causam*, en favor de quien hubiera efectuado un pago inmorale o ilegal. Tenemos, en fin, la *condictio sine causa* cuando el *solvens* hubiere pagado más de lo debido o cuando hubiere sobrevenido falta de *causa solvendi*. En la época justinianea asistimos a una ampliación del campo de la *condictio* a través de la introducción de nuevas figuras como la *condictio ex lege* y la *condictio generalis* (encaminada, esta última, a la restitución de cualquier prestación injustamente ejecutada en favor de otro). Pero, sobre todo, asistimos al proceso de transformación de la primitiva *condictio*, que, de ser una acción abstracta en el sistema formulario, se fracciona en una serie de acciones típicas de carácter causal, acercándose más y más al principio general de prohibición de enriquecerse a costa de otro (acerca de este punto véase, sin embargo, F. GALLO, *Per la ricostruzione e l'utiliz-*

referidas, cada uno de ellas, a casos específicos y con su propio fundamento autónomo (3).

Art. 2.033 (*Indebido objetivo*): El que ha llevado a cabo un pago no debido tiene derecho a repetir lo pagado. Tiene, igualmente, derecho a los frutos e intereses desde el día del pago si el que lo recibió obró de mala fe o, en caso contrario, desde el día de interposición de la demanda.

Art. 2.036 (*Indebido subjetivo*): El que ha pagado una deuda ajena, creyéndose deudor en base a un error excusable, puede repetir lo pagado, siempre que el acreedor no haya sido privado (*non si sià privato*), de buena fe, del título o de las garantías del crédito.

El que recibe lo indebido está asimismo obligado a restituir los frutos y los intereses desde el día del pago, si procedió de mala fe, o, en caso contrario, desde el día de presentación de la demanda.

Cuando la repetición no sea posible (*non è ammessa*), el que ha pagado se subroga en los derechos del acreedor. (T-1.)

La lectura del artículo 1.442, que habla de «acciones» de repetición, haciéndolas en cierto modo compatibles con la imprescriptibilidad de la acción de nulidad, parecería confirmar la exactitud de este último plan-

zazione della dottrina di Gaio sulle «obligationes ex variis causarum figuris», en *Bull. Istit. di dir. rom.*, LXXVI, págs. 171 y ss. GALLO, comparando el sistema romano y el moderno de las fuentes de las obligaciones, pone de relieve que, mientras que los ordenamientos vigentes suelen clasificar las fuentes, los romanos, por el contrario, hasta la época de GALLO, preferían examinar las obligaciones en base a sus respectivas causas. Ello permitía reconducir las obligaciones *ex variis causarum figuris* a las normas generales de las obligaciones surgidas de contrato o de delito. (Acerca de las fuentes de las obligaciones en Derecho romano y en los ordenamientos vigentes, *vid. infra*, nota 61.)

Sobre el tema de las *condictiones*, la literatura romanística es ciertamente amplia; en esta materia vamos a limitarnos a señalar, junto a algunas obras de carácter general (por ejemplo, las *Istituzioni di diritto romano* de BONFANTE, Turín, 1957; las de ARANGIO RUIZ, Nápoles, 1957; las de VOLTERRA, Roma, 1967), algunas obras concretas como la de SANFILIPPO: *Condictio indebiti: il fondamento della obbligazione da indebito*, Milán, 1943; ASTUTI, epígrafe «Enriquecimiento», en la *Enc. del dir.*, III, Milán, 1968; DI IORIO, epígrafe «Conditiones», en el *Nov. Dig. it.*, IV, Turín, 1959; en la doctrina extranjera, *vid.*, por todos, VON LÜBTOW, *Beiträge zur Lehre der Condictio nach römischem und geltendem Recht*, Berlín, 1952, y SCHWARZ, *Die Grundlage der Condictio im klassischen römischen Recht*, Münster y Colonia, 1952.

(3) Así, por ejemplo, G. PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, Milán, 1970, pág. 244, que distingue sobre la base del art. 1.344 la *condictio sine causa de la ob iniustam vel turpem causam*, considerando que esta última es la sanción concretísima al negocio en fraude a la Ley. Una distinción parecida, pero esta vez entre la *indebiti* y la *ob turpem*, podemos hallarla en algún autor extranjero (cfr., por todos, DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, 1, 3, París, págs. 193-194). En la doctrina alemana, no obstante los amplios términos en que se halla redactado el parágrafo 812 del BGB, propende a buscar pluralidad de *condictiones* todo un VON TUHR, en el tomo II, 2, de su Parte general (versión española de T. Ravá, Buenos Aires, 1948).

(T-1.) Los preceptos transcritos se hallan en el Libro IV (de las obligaciones). Título VII (del pago de lo indebido).

teamiento. El hecho de que se hable de «acciones», y no de «acción» de repetición, se explicaría, en tal caso, de la siguiente manera: siendo dos las categorías del pago indebido, y siendo distintos sus respectivos supuestos de hecho, dos y distintos han de ser los medios de tutela dispensados al *solvens* (4).

Art. 1.442 (*Prescripción*): Las acciones de nulidad prescriben a los cinco años.

Cuando la anulabilidad radique en vicio del consentimiento o en incapacidad legal, el término ha de contarse desde el día en que cesó la violencia, o fue descubierto el error o el dolo, o cesado el estado de interdicción o inhabilitación, o desde el día en que el menor haya alcanzado la mayoría de edad.

En los demás casos, el plazo se computará desde el día en que se concluyó el contrato.

La anulabilidad puede ser alegada por la parte demandada para la ejecución del contrato, por más que haya prescrito la acción para hacerla valer. (T-2.)

En realidad, el Derecho civil vigente no ha aportado, en esta materia, novedades sustanciales respecto al sistema del Codice de 1865 (5). En efecto: la distinción entre pago indebido objetivo y subjetivo siempre ha estado viva en la conciencia jurídica: ya fue formulada por la doctrina roma, en forma harto clara (6), y, no siendo desconocida al Derecho

(4) Tal es la opinión de MESSINEO, en *Imprescrittibilità dell'azione di nullità ed effetti compatibile con essa*. (Riv. trim., 1966, págs. 1 y ss., especialmente la 6). Lo mismo, en *Il contratto in genere, perteneciente al Trat. di dir. civ. e comm.*, a cargo de CICU y MESSINEO (Milán, 1972, vol. 2, pág. 378).

(T-2.) Este artículo se halla inmerso en el citado Libro IV, Título II (de los contratos en general), Capítulo XII (de la anulabilidad del contrato), Sección III (de las acciones de nulidad). Es de destacar, para el lector español, la enorme extensión del citado Título: nada menos que *ciento cuarenta y nueve artículos*, desde el 1.321 al 1.469.

(5) El legislador de 1942 se ha preocupado más de reordenar la materia, por exigencias de técnica jurídica, que de incidir de plano contra la trama de la *condictio*. En realidad, no se pueden considerar novedades, en sentido absoluto, ni la codificación del viejo brocardo *in pari causa turpitudinis...* (art. 2.035), ni siquiera la introducción de una norma como la del artículo 2.039, que limita la responsabilidad del *accipiens* incapaz a lo que haya redundado en su favor. Efectivamente, el principio de irrepetibilidad de la prestación con causa torpe ha sido acogido, con los límites que ya trazara la tradición romanística. Por su parte, el criterio del «favor» (*vantaggio*) no es nuevo en nuestra legislación, pues a él hacían relación los artículos 1.243, 1.307 y 1.842 del viejo Codice. y que corresponden a los actuales 1.190, 1.443 y 1.769.

(6) En tal sentido, recordemos el conocido fragmento de PAULO (*Digesto*, XII, 6, 65 ap. 9): «indebitum non est tantum, quod omnino non debetur, sed et quod alii debetur, si alii solvatur, aut si id, quod alius debebat, alius, quasi ipse debebat, solvat».

común (7), fue acogida, sobre el modelo de los artículos 1.376 y 1.377 del Code (8), por el legislador de 1865, aunque con una sistematización de la materia que no acabó de satisfacer plenamente a los autores de la época.

Code, art. 1.376: El que, por error o conscientemente, recibe algo que no le es debido, queda obligado a restituirlo a aquel de quien lo ha recibido indebidamente.

Idem, art. 1.377: Cuando una persona que, por error, se creía deudora, ha pagado una deuda, tiene derecho a repetir contra el acreedor.

No obstante, este derecho se extingue (*cesse*) si el acreedor ha suprimido su título como consecuencia del pago, quedando a salvo el recurso del que ha pagado contra el verdadero deudor. (T-3.)

Ello no obstante, y aunque en el viejo Codice no se mencionasen expresamente las dos figuras (indebido por razón del objeto o del sujeto), la opinión más extendida era la de que los artículos 1.237-1 y 1.145-1.146 delineaban, en cierto modo, los requisitos típicos de una y otra. En definitiva: el vigente Códice se ha limitado a tipificar las dos hipótesis, utilizando una terminología ya arraigada en el lenguaje de la doctrina y de la jurisprudencia (9). Bajo este aspecto, los artículos 2.033 y 2.036 del vigente Códice pueden ser considerados como el punto final de una ininterrumpida evolución, que tiene lugar en el marco de una tradición secular en nuestra historia jurídica.

Al propio tiempo, es de advertir que el Códice de 1942 no ha conseguido deshacer el equívoco formado en torno a la trascendencia del error por parte del *solvens*, obstáculo principal a la hora de reconstruir la institución del pago indebido. El antiguo artículo 1.146, apartado 1, tenía en cuenta ese error, pero no quedaba claro si se trataba de un requisito de carácter general, o si se refería al caso concreto de error *ex persona debitoris*.

(7) Vid., por todos, POTHIER (*Traité de l'action condictio indebiti*, en sus obras, Bruselas, tomo III, pág. 70), y DUMAT (*Les lois civiles dans leur ordre naturel*, versión italiana de ALOY, Nápoles, 1839, II, pág. 275).

(8) Vid., al respecto, GIORGI, *Teoria delle obbligazioni* (Florenia, 1909, página 70). Es de notar que, según la vieja doctrina francesa, hubiera resultado más oportuno juntar las dos normas en una sola, toda vez que la separación de posiciones entre el *solvens* y el *accipiens* no ayuda, ciertamente, a la reconstrucción del supuesto de hecho. Cfr., al respecto, BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, y COLMET DE SANTERRE (cuyas obras son todas anteriores a 1908).

(T-3.) He aquí dos preceptos incardinados en el Libro III (de las diferentes maneras de adquirir la propiedad), Título IV (de los vínculos que se contraen sin previa convención), Capítulo I (de los cuasi contratos).

(9) Vid., al respecto, CARNELUTTI, *Prova dell'errore per la ripetizione dell'indebito*, en *Riv. dir. proc. civ.*, 1938, II, págs. 81 y ss., especialmente pág. 83.

(Si no interpreto mal el pensamiento de MOSCATI, creo que el autor alude a dos casos perfectamente diferenciables: a) el pago, por error, del que jamás deudor fue; b) el pago, igualmente erróneo, del que fue deudor y, por el motivo que sea, *ya no lo es*.)

Con anterioridad, no pocos autores, y la misma jurisprudencia, habían afirmado, hasta el momento de la nueva codificación, que los artículos 1.145 a 1.150 se referían a la *condictio indebiti* en sentido estricto, en tanto que el artículo 1.237-1 regulaba la hipótesis, más genérica, de la *condictio sine causa* (10). Ciertamente, no faltaban argumentos: según el artículo 1.237-1, la repetibilidad de la prestación se conectaba, bien a la falta (inicial o sobrevenida), o a la ilicitud de la *causa solvendi*, situando el error del *solvens* en otras distintas hipótesis (11). Esta pretendida heterogeneidad entre dos grupos de normas que, en buena lógica, tendrían que haber constituido la trama básica de la institución, quedó agudizada por razón de su diferente emplazamiento dentro del primitivo Código: De una parte, los artículos 1.145 a 1.150 en la sección de los cuasicontratos. De otra, el artículo 1.237, dentro de la rúbrica «del pago en general». Partiendo de estas premisas, y de otros argumentos de carácter histórico, se llega a la conclusión de que las dos figuras (indebido por razón del sujeto o del objeto) no tienen un fundamento unitario, de la misma manera que no es posible formular una teoría general de las *condictiones* en el Derecho romano (12).

En cualquier caso, el solo argumento histórico no parece suficiente punto de apoyo para una tesis de Derecho positivo, tanto más cuanto que la solución negativa es cualquier cosa antes que pacífica, dentro de la propia literatura jurídica romanística (13). Por lo demás, el pretendido

(10) En tal sentido, vid., entre otros, RUGGIERO, *Instituciones de Derecho Civil*, versión española de R. Serrano Suñer y J. Santa Cruz, Madrid, ed. Reus, 1931, tomo II, págs. 630 y ss.; BIGIARI, *La rivendicazione del venditore*, Padua, 1935, página 82 en nota; NICOLO, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milán, 1936, y otros muchos autores anteriores.

(11) Casación, 16 marzo 1943.

(12) De todas formas, éste es uno de los aspectos más controvertidos de la *condictio* en Derecho romano (vid., al respecto, la nota siguiente). SANFILIPPO, *obra citada*, págs. 13 y 14, se inclina decididamente por la tesis negativa; las distintas categorías de *condictio* no podrían reconducirse hacia una hipótesis unitaria, por cuanto el fundamento era, en cada caso, radicalmente distinto, dependiendo de la causa del *dare oportere* concreto. La característica común a todos los casos, es decir: el *dare oportet* de un *certum* no sirve para justificar una función común, ya que es una característica absolutamente extrínseca. SANFILIPPO se opone, especialmente, a la tendencia, muy extendida en la doctrina extranjera (vid. nota a pie de pág. 14 de su citada obra), que reconoce el fundamento unitario de las *condictiones* en la función de ser instrumento de reacción contra el enriquecimiento injustificado o como substitutivo de la *rei vindicatio*.

(13) Sostienen, entre otros, la tesis de una función general de las *condictiones*, al menos en el derecho clásico, DONATUTI, *Le «causae» delle «condictiones»*, en *Studi Parmensi*, págs. 33 y ss., especialmente 59 y 60; SOLAZZI, *Le «condictiones» e l'errore*, en *Scritti di diritto romano*, Nápoles, 1972, págs. 3 y ss. Con

fundamento *no unitario* (T-4) de las *condiciones* no implica, necesariamente, que se deba llegar a idénticas conclusiones en materia de repetición de lo indebidamente pagado. Antes al contrario: la investigación histórica revela un aspecto de la evolución de la *condictio* casi totalmente ignorado: en el transcurso de los siglos se ha ido modificando, progresivamente, su primigenia función (14). Así, las diferencias estructurales entre las dos figuras del pago indebido (objetivo y subjetivo), no serían tan graves como para impedir la formulación de un principio general, tesis, esta última, que sostenían cuantos, al amparo del antiguo Códice, negaban la existencia de una sustancial diversidad de fundamento en la repetición en las dos hipótesis (15). Lo cierto y comprobado es que la perplejidad de la doctrina menos reciente ha dejado en la sombra un problema distinto y mucho más complejo: la exigencia de reconocer, legalmente, un instrumento de carácter general, que permita actuar *contra todo tipo de desplazamientos patrimoniales injustificados* (T-5). Así las cosas, no parece casual la afirmación de los autores de la época, según los cuales, la normativa del pago indebido representaría, junto a la normativa de las expensas y las accesiones, una de las manifestaciones más significativas de la prohibición de enriquecerse a costa ajena (16), institución ésta aún no codificada (T-6).

menos decisión, ARCHI, *Variazioni in tema di «indebiti solutio»*, en *Estudios en honor de Arangio-Ruiz*, III, Nápoles, 1953, págs. 335 y ss. Por el contrario, ASTUTI, *obra citada*, pág. 58, y BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, Turín, 1964, página 587, sostienen decididamente que sólo en la época justiniana se llega a una función unitaria de las *condiciones*, a través de la *elaboración de una doctrina general de las acciones contra el enriquecimiento injusto* (el subrayado es del traductor).

(T-4.) El subrayado es del traductor. E igualmente la creencia de que, para MOSCATI (a quien, ciertamente, no faltan argumentos lógicos, históricos, bibliográficos y legales en su razonamiento), existe y ha existido un fundamento unitario de las acciones, ya desde el mismo Derecho romano, si no desde el clásico, sí, ciertamente, desde el justiniano.

(14) Sobre este punto, vid el epígrafe siguiente.

(15) Tal era la opinión, entre otros, de SCUTO, *Natura giuridica e fondamento della ripetizione dell'indebito nel diritto civile italiano*, en *Riv. dir. civ.*, 1917, páginas 1 a 65; de DEJANA, *Sul requisito dell'errore nella ripetizione dell'indebito*, en *Riv. dir. priv.*, págs. 1 a 37, año 1937, tomo II; de CARNELUTTI, *Prova dell'errore...*, cit., págs. 82 y 83; de ANDREOLI, *La ripetizione dell'indebito*, Padua, 1940, páginas 6 a 8, etc. En la misma línea, dentro de la literatura jurídica francesa, DEMOGUE, *Traité...*, cit., I, 3, págs. 151 y ss.; PLANIOL, RIPERT y ESMEIN, *Traité pratique de droit civil français*, VII, *Obligations*, 2, París, 1954, págs. 27 y ss., con abundantes citas bibliográficas.

(T-5.) Nuevo subrayado del traductor y nueva afirmación de su creencia en el *desideratum* de MOSCATI; desde luego, el vigente Codice da sobradamente pie a opinar así.

(16) En tal sentido, vid., entre otros, SCUTO, *ob. cit.*, págs. 146 y ss.; GRAZIANI, *L'azione di ingiustificato arricchimento*, en *Riv. dir. civ.*, 1922, págs. 1 a 26; CASTIONI, *Il divieto di ingiusto arricchimento come principio generale di diritto*, en *Riv. dir. comm.*, 1925, I, págs. 351 y ss.; PACCHIONI, *Dei quasi-contratti* Padua, 1938,

Todo lo que acabamos de exponer es, sin embargo, ajeno a la relación entre la *condictio indebiti* y la acción contra el enriquecimiento injustificado (17), y, en cualquier caso, no entraña una contribución decisiva a la materia (18). De todas formas, ya sancionada, en el vigente Código, la prohibición de enriquecerse con daño de otro (art. 2.041-1)

(A cuyo tenor textual: «El que, sin justa causa, se haya enriquecido en perjuicio de otra persona, se halla obligado, dentro de los límites de su enriquecimiento, a indemnizar a ésta por la correlativa disminución patrimonial.» (T-7.)

... y, consiguientemente, ya despejado el campo de investigación de posibles y peligrosas sugerencias (todo ello como consecuencia de la reunificación de la materia del pago indebido en el Título VII del Libro de las Obligaciones) (19), el problema puede ya ser planteado en sus justos términos.

páginas 88 y ss.; ANDREOLI, *ob. cit.*, págs. 55 y ss.; mismo autor, *L'ingiustificato arricchimento*, Milán, 1940, págs. 41 y ss.; en la época más reciente toma esta postura TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, Milán, 1962, y BARBIERA, *L'ingiustificato arricchimento*, Nápoles, 1964, págs. 105 y ss.

(T-6.) Pero sí ahora, en el vigente Código de 1942, Libro IV, Título VIII, bajo la rúbrica genérica «Del enriquecimiento sin causa», con dos únicos artículos: el 2.041, que inmediatamente será transcrito, y el 2.042, que proclama («atención, por favor!») el carácter subsidiario de la acción de enriquecimiento.

(17) Sobre este punto, permítaseme la remisión a mi epígrafe «Indebido» (adición del traductor: vid. el Preliminar de este trabajo).

(18) Sobre este punto, vid. *infra* la nota 46.

(T-7.) Transcribo, en relación con mi anterior nota, el apartado 2 de dicho artículo: «En caso de que (*qualora*) el enriquecimiento tenga por objeto una cosa determinada, el que la ha recibido está obligado a restituirla *in natura*, si aún existe al momento de la demanda»

(19) La actual sistematización no está, sin embargo, libre de críticas; vid., por todos, BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, Turín, 1965, II, pág. 800, para el cual hubiera sido más oportuno, desde el punto de vista sistemático, atribuir mayor «radio de acción» al remedio procesal contra el enriquecimiento injusto. En idéntico o parecido sentido. SIEGWAGT y ORTMANN en sus respectivos comentarios al Proyecto de *Código italo-francés de las obligaciones*, que dedicaba siete preceptos al enriquecimiento sin causa frente a uno solo al principio de prohibición de enriquecerse a costa ajena, cosa que, *en sustancia* (subrayado del traductor; frase del autor), ha sido acogida por el legislador de 1942.

Incluso GIORGIANNI, *L'obbligazione (La parte generale delle obbligazioni)*, Milán, 1968, I, pág. 7, opina que el encuadre del pago de lo indebido debe ser revisado. Y en efecto: estudiar la institución exclusivamente como fuente de obligaciones supone una visión unilateral del caso. Concretamente: el tema de lo indebido estaría mejor situado (y más útilmente) en la regulación del cumplimiento de la obligación o en la de la causa de la atribución. En sentido contrario, y dando por buena la titulación legal, RESCIGNO y BRECCIA en sus citadas obras. Y ello, por entender que el fundamento de la *condictio* radica en el cumplimiento de una prestación sin causa válida que la justifique. En otras palabras: es el hecho objetivo del pago (sin causa) lo que legitima al *solvens* a pretender del *accipiens* la restitución.

EL PROCESO DE «TIPIFICACION» DE LAS *CONDICIONES*.
EL PROBLEMA DE LA CUALIFICACION DEL SUPUESTO
DE HECHO EN CASO DE PAGO «NO ESPONTANEO»

Los razonamientos seguidos hasta ahora evidencian las razones que han permitido al legislador de 1942 llegar, en forma aceptable desde un punto de vista técnico-jurídico, a una tipificación de las dos categorías del pago de lo indebido. El Código de 1865, y, anteriormente, el Code, representaron sendas desviaciones en la evolución de la institución que tratamos, bien que (¿por qué no decirlo?) el sistema de la *condictio* había llegado a encontrarse en una postura harto incómoda. No hay que gastar demasiadas palabras para demostrar que aquel tipo de planteamiento era completamente opuesto al del Derecho romano, en donde el cuadro de las *condictiones* era bastante más rico, en función de la gran variedad de situaciones en las que faltaba, o resultaba injusta, la causa de la atribución (20). Es de advertir, no obstante, que, al menos durante algún tiempo, la costumbre de distinguir terminológicamente los múltiples casos referidos a la *condictio* no suponían indicio de una diferenciación bajo el aspecto causal (21). Las distintas denominaciones no tenían, en el Derecho clásico, un significado técnico muy preciso, y, por ello, no agotaban los casos de posible repetición. Solamente a través de la Compilación Justiniana vino a romperse este delicado equilibrio, transformándose la *condictio*, desde su primitiva concepción de acción abstracta en el proceso formulario (22), en una serie de acciones *típicas* que actuaban contra el enriquecimiento injustificado de una de las partes de la relación jurídica (23).

(20) Vid., *supra*, nota 2.

(21) En tal sentido, vid., entre otros, DI IORIO, *ob. cit.*, pág. 1.093. Todo lo contrario opina BURDESE, *ob. cit.*, pág. 589, para el cual, solamente en la época justinianea, y a través de la introducción de la *condictio sine causa*, se llega a la superación de la tipicidad de las *condictiones* y de los requisitos que para su ejercicio imponía el *ius civile*. Por su parte, no pocos autores entienden que la clasificación de las *condictiones* según el origen de la pretensión es obra de los juristas posclásicos; tal es el caso de SOLAZZI y DONATUTI, en sus ya citadas obras. Para este último, la rúbrica del *Digesto*, XII, 4, con su expresa alusión a la *causa data causa non secuta*, es demasiado oscura, incluso desde el punto de vista del léxico, como para ser clásica. Esta misma opinión la comparte el alemán PERNICE, *La-beo*, III, 1, Halle, 1892, pág. 234.

(22) Opinión de SOLAZZI, pág. 4 de su citada obra.

(23) En tal sentido, y sobre la huella de DUARENO, *De condictione indebiti*, en *Opera*, Francfort, 1592, pág. 902, se han pronunciado SAVIGNY (pág. 564 del tomo V de su *System...*) y WINDSCHEID (págs. 631 y ss. del tomo II de su *Pandektenrecht*, en la versión italiana—Turín, 1930—a cargo de FADDA y BENSÀ). Planteamiento que, posteriormente, ha sido objeto de atento reexamen por parte de SANFILIPPO, página 56 y ss. de su obra, ya citada. No obstante, en la doctrina romanística está muy difundida la idea de que el fundamento de las *condictiones* posclásicas se

Se crea, de este modo, el caldo ideal de cultivo para la formación de una nueva mentalidad «tipificadora», al cual han aportado ulteriores elementos de meditación las codificaciones de tipo francés, y que, gracias a este *obsequio*, perdura incluso hoy día en la doctrina italiana, dirigida hacia los tipos legislativamente previstos. Buena prueba de ello es la resistencia a ocuparse, por ejemplo, del pago indebido *ex latere accipientis*, ya que se trata de un supuesto de hecho no disciplinado expresamente en la *sedes materiae* (24).

Esta mentalidad «tipificante» ha contribuido a profundizar solamente algunos aspectos del problema (no siempre los más interesantes), terminando, a menudo, por perder de vista la evolución de la *condictio*. Una atenta investigación histórica daría la impresión de una progresiva ruptura entre la función a desempeñar por esta figura jurídica en la vida cotidiana, y los dogmas a los que nuestra doctrina sigue siendo tenazmente fiel. Así, la disputa en torno al error imputable al *solvens*, aún cuando no carezca de relevancia jurídica en orden al problema de la carga de la prueba, ni a la determinación del plazo de prescripción de la acción repetitoria (25), no contribuye en modo determinante a la clarificación del caso. La distinción entre el pago indebido objetivo y subjetivo solamente

apoyaba en el enriquecimiento injusto del *accipiens*. Vid., entre otros, las muy citadas obras de ASTUTI y BURDESE. Con todo, las transformaciones experimentadas por la *condictio* en el derecho posclásico y justinianeo continuarán siendo objeto de discusión; no en vano se ha hablado, refiriéndose a este tema y sus dificultades, de *selva impenetrable*. Es muy significativo, al respecto, el título de una obra de VAN OVEN, *Le «fôret sauvage» de la condictio classique* (publicada en *Tijdschrift voor Rechts-geschiedenis*, págs. 267 y ss., 1954).

(24) Así, entre otros, FERRARA junior, *Questioni in tema di pagamento indebito*, en *Banca, borsa, tit, créd.*, 1942, II, págs. 206 y ss.; G. ANDREOLI, *Appunti in tema di indebito soggettivo*, 1951, I, págs. 154 y ss. No pocos autores sin embargo, sostienen la autonomía dogmática del indebido subjetivo *ex latere accipientis* en base a los artículos 1.188, 2, y 1.189. Es el caso de GRECO, *Il pagamento indebito dei titoli cambiari e l'azione di ripetizione*, en *Riv. dir. com.*, 1950, II, págs. 241 a 243; SCHLESINGER, *La ratifica del pagamento effettuato al non creditore*, en *Riv. dir. civ.*, 1959, I, págs. 36 y ss.; ACHINA, *Il destinatario del pagamento e il pagamento al creditore apparente*, en *Riv. trim.*, 1966, págs. 76 en adelante. Recientemente han adaptado esta tesis MOSCATI, *Indebito soggettivo e attuazione del rapporto obbligatorio*, en *Riv. dir. civ.*, 1974, págs. 72 en adelante, y BRECCIA, *ob. cit.*, página 278.

(25) Tengamos en cuenta que, si el error fuese un requisito general de la *condictio*, el *solvens* habría de demostrar, en todos los casos, haber pagado por error excusable. El problema de la unidad de la institución se refleja, además, sobre el tema del término de la prescripción. Los que se inclinan por una pluralidad de *conditiones* saben que, en el indebido objetivo, la acción de repetición está sujeta a la prescripción ordinaria, mientras que en el subjetivo el plazo es de cinco años. (Así opina CAPOZZI, *Vizi della volontà e adempimento*, *Dir. e Giur.*, 1951, páginas 257 en adelante.) De esta suerte, la acción de repetición vendría inmersa en la de nulidad, en cuanto a hallarse dirigida a impugnar el cumplimiento de un tercero, con vicio excusable de error (séame permitido remitirme a mi artículo *Indebito*, cit., supra, pág. 77; vid., igualmente, BRECCIA, *ob. cit.*, págs. 308 y ss.).

tiene razón de ser si se orienta a aclarar la compleja situación de intereses que late en la base del mecanismo restitutorio en caso de relaciones trilaterales (26) (T-8), aunque, por otra parte, se corre el riesgo de no valorar debidamente la función de la *condictio* en el Derecho moderno, amén de perder el tiempo intentando hallar una solución que podría llevar a un círculo vicioso (27).

Pese a todo lo expuesto, la mayor parte de estos inconvenientes hubiera podido ser evitada. A fuer de justos, hay que confesar que el Code, y, en su misma huella, el Codice de 1865, aunque ninguno de los dos hubiera adoptado una fórmula como la que posteriormente llevaría a cabo el BGB en su parágrafo 812, apartado 1 (28),

A cuyo tenor: «Aquel que obtiene algo sin causa jurídica (*ohne rechtlichen Grund*) por medio de la prestación de otra persona, o de cualquier otra forma a costa de ésta, viene obligado a la restitución. Esta obligación (*Verpflichtung*) permanece incluso si, con posterioridad, la causa jurídica desaparece o no se logra el resultado previsto en el correspondiente negocio jurídico».

... ofrecían un punto de partida para una reconstrucción de más altos vuelos. El esquema del artículo 1.235-1 del Code

Según el cual: «Todo pago presupone una deuda: el que ha sido pagado sin serle debido, se halla sujeto a repetición». (T-9.)

(26) Vid. BRECCIA. *ob. cit.*, pág. 321, y mi *Indebito*, cit., pág. 72.

(T-8.) *Bravissimo, Professore MOSCATI! Ecco la vera impostazione del problema!* Las relaciones trilaterales, es decir: el deudor, el acreedor... y un tercero, llámese *solvens*, *accipiens* o, sobre todo, *subadquirente*, de buena o de mala fe.

(27) En efecto: si la *condictio* es una institución unitaria, y el error un presupuesto indispensable para la repetición, el *solvens* habrá de probar, en todo caso, el error y su excusabilidad. Por el contrario, si el error se refiere a lo indebido *ex persona debitoris*, ha de llegarse, necesariamente, a la tesis de que existen dos acciones de repetición.

(28) El sistema del BGB es más deseable que el de las codificaciones de tipo francés, precisamente por el rigor con que plantea el problema del error. Así, la *condictio* es negada al *solvens*, cuando éste tiene la certeza de no ser el verdadero deudor (par. 814. Vid., por todos, VON CAMMERER, *Grundprobleme des Bereicherungsrechts*, en *Gesammelte Schriften*, I, Tubinga, 1968, pág. 377). Evidentemente, en este caso concreto, el *solvens* no merece la tutela jurídica: lo contrario entrañaría ir contra su *proprium factum*. Así opina LARENZ en su *Derecho de Obligaciones* (versión española de J. Santos Briz, Madrid, 1959). Análogo planteamiento del problema hallamos en los Códigos suizo de Obligaciones (art. 63, 1) y austríaco (artículos 1.431 y siguiente), y en el Derecho anglo-americano.

(T-9.) Este precepto lo hallamos en el Libro III, Título III (de los contratos y de las obligaciones convencionales en general), Capítulo V (de la extinción de las obligaciones), Sección I (del pago en general, que comprende *treinta y seis artículos*: del 1.235 al 1.270). Es de notar, al respecto, que nuestro Código solamente dedica a esta disciplina *veinticinco artículos* (del 1.157 al 1.181), y que el Codice le dedica *cuarenta y dos* (del 1.176 al 1.217).

... y el del 1.257-1 del Codice de 1865, que contenían la solemne formulación del principio de la causalidad del pago, se presentaba especialmente idóneo para abarcar todas las hipótesis de falta, inicial o sobrevenida, de *causa solvendi* (29). La situación no se modifica en el Derecho vigente: el artículo 2.033 corresponde, en esencia, al 1.237-1 del Codice de 1865, cuya redacción era, en cierto modo, preferible a la actual, toda vez que la nueva rúbrica (Pago indebido, como rúbrica general; indebido objetivo, como rúbrica particular de este precepto) ha venido a acentuar la mentalidad «tipificante» de nuestra doctrina.

Los autores italianos más sensibles a las modernas exigencias del Derecho civil han advertido la evidente estrechez del sistema, desviando su atención hacia el problema de la *causa de la atribución* (T-10), que permite acoger mejor las numerosas implicaciones de la teoría general de la *condictio* (30). Nuestra jurisprudencia de los últimos años, no sin dificultades ni cambios de criterio, se ha encaminado en esa misma dirección (31). Prueba de ello es la tendencia general a reconocer al vigente artículo 2.033 el valor de una fórmula general, en la que convergerían una serie de hipótesis que, no siendo en puridad de pago indebido *ex persona debitoris*, vendrían caracterizadas por la falta de una justificación válida en el traspaso patrimonial (32). Se resuelve así un delicado problema de calificación del supuesto de hecho, tratándose de casos en los que el *solvens*, aun a sabiendas de no ser el verdadero deudor, cumple la prestación por razones de mera oportunidad, al solo objeto, por ejemplo, de evitar una declaración de quiebra, o el comienzo de una ejecución en contra de él, lo que podría acontecer (es mera hipótesis) como consecuencia de una sentencia condenatoria, y, como tal, inmediatamente ejecutable, emitida con-

(29) Así, expresamente, SCUTO, *Natura...*, cit., pág. 65.

(T-10.) *Touché!* A mi modesto entender, MOSCATI ha puesto el dedo en la llaga: un sistema como el italiano, causalista donde los haya, tanto en la legislación como en la doctrina, no podía ni debía descuidar esta esencial y atractivísima faceta del problema... que, como antes vimos, ya fue contemplada por los juristas romanos clásicos.

(30) Vid., por todos, GIORGIANNI, *ob. cit.*, pág. 7.

(31) Casación, 20 septiembre 1971, negando la *condictio* al *solvens* que, a sabiendas de no ser deudor, paga una deuda con el fin de evitar la declaración de quiebra del acreedor, pero permitiéndole subrogarse contra el verdadero deudor. Premisas contradictorias: si no ha lugar la remisión al 2.055, no habría otro remedio que reconducir el caso al art. 1.180. Volveremos sobre el tema.

(32) Tal la Sentencia Casación 14 junio 1967. En lo doctrinal, BRECCIA, *La ripetizione...*, cit., págs. 236 y ss., remite al art. 2.055 todos los casos de falta sobrevenida de *causa solvendi*. En la doctrina alemana, ESSE, *Schuldrecht*, II, Karlsruhe, pág. 332, se remite al conocido pasaje de Pomponio (*Dig.*, L, 16, 206: «Es justo, por Derecho de naturaleza, que nadie, en daño de otro y perjuicio, pueda enriquecerse»).

tra él por homonimia con el verdadero deudor (33). Análogas consideraciones serían aplicables al *pago con reserva*, ya que en este caso la voluntad del *solvens* no es libre (34).

La solución que proponemos no carece de repercusión práctica, ya que, en tales casos, y razonando en términos de error, el *solvens* no tendría medio directo alguno de tutela, debiendo contentarse con la acción por enriquecimiento injusto (35). En efecto: ateniéndonos rigurosamente al tenor del vigente artículo 2.036-1, tampoco cabría hablar de una subrogación real del tercero en los derechos del acreedor satisfecho, toda vez que el *solvens* sabe, perfectamente, que no es él el verdadero deudor. El pago indebido *ex persona debitoris* presupone, siempre, que el tercero cree cumplir una deuda propia (36); de ahí que no quede otra salida que calificar el hecho como cumplimiento, por parte del tercero, del artículo 1.180 (37) (T-11).

Art. 1.180 (*Cumplimiento por tercero*): La obligación puede ser cumplida por un tercero, incluso contra la voluntad del acreedor, a menos que éste tenga interés en que sea precisamente el deudor quien la cumpla.

No obstante, el acreedor puede rechazar el cumplimiento ofrecido por el tercero, si el deudor manifiesta su oposición.

Se halla muy extendida la creencia de que, cuando el *solvens* con su cualidad de no deudor, y, pese a ello, lleva a cabo la prestación, hay que pensar que lo hace al solo efecto de favorecer al verdadero deudor, o de

(33) (MOSCATI entra en un problema de Derecho Procesal italiano y en los correspondientes comentarios doctrinales. Disculpeme el querido e ilustre Profesor que, en obsequio al lector español, no transcriba esta nota.)

(34) Vid. muy especialmente DEJANA, *ob. cit.*, págs. 12 y ss.

(35) En tal sentido, vid. Sentencia Casación 10 diciembre 1954. En lo doctrinal, ANDREOLI, *Riflessioni sull'atto solutorio non dovuto (Studi in onore di F. Mes-sineo*, I, Milán, 1959, págs. 4 y ss.) y *Scienza dell'indebito, manifestazione volizionale adempitiva e difetto di intento* (Temi, 1960, págs. 371 y ss.). En efecto, siempre que el *solvens* no se subroga en el lugar del acreedor por voluntad de éste, expresamente y en el acto del pago (art. 1.201), el pago llevado a cabo por tercero ha procurado directamente al verdadero autor, sin justa causa, la ventaja patrimonial de la liberación de una obligación en relación con el *accipiens*. Vid., por todos, NICOLÒ, *L'adempimento...*, cit., págs. 229 y siguiente.

(36) Opinión muy extendida. Permítaseme, al respecto, remitirme a mi estudio *Indebito soggettivo...*, cit., págs. 82 y ss.

(37) (MOSCATI cita una serie de Sentencias de Tribunales de Apelación de Catanzaro, Roma, Milán, etc.)

(T-11.) El artículo que a continuación se transcribe se halla inserto en la normativa general del pago, Libro IV, Título I, Capítulo II. A destacar, para el lector no iniciado en el Codice, que el Capítulo I contiene solamente tres artículos: del 1.173 al 1.175, que contemplan, respectivamente: a) fuentes de las obligaciones. b) Carácter patrimonial de la *prestación* (subrayo la palabra, poco frecuente en nuestro Código y mucho en el Codice). c) Deber, común a deudor y acreedor, de comportarse *secondo le regole della correttezza* (Hará falta comentario a este último precepto?

llevar a cabo un acto de liberalidad en favor del acreedor (38). Esto nos deja un tanto perplejos: nos hallaríamos frente a una hipótesis en cierto modo anormal, toda vez que el tercero se encuentra constreñido a pagar (39). Se impone, en consecuencia, demostrar, o bien que la prestación *no espontánea* implica un pago ejecutado por error (en cuyo caso el *solvens* podría servirse de la *condictio*), o bien que el error no es presupuesto de la repetición, ni aun en el caso de pago indebido *ex latere solventis*, y que, en consecuencia, el tercero puede subrogarse en los derechos del acreedor, aun cuando éste, de buena fe, se haya desprendido de su título o de las garantías del crédito (40).

LA PROGRESIVA AMPLIACION DEL AREA DE INCIDENCIA DE LA *CONDICTIO INDEBITI*. EL FUNDAMENTO «OBJETIVO» DE LA REPETICION DEL PAGO DE LO INDEBIDO EN EL DERECHO MODERNO. EL ARTICULO 2.033 COMO NORMA FUNDAMENTAL EN EL SISTEMA DE LA *CONDICTIO*

La investigación histórica nos permite, por su parte, observar, en toda su claridad, un aspecto de la evolución de la *condictio* casi completamente olvidado por la doctrina. Paralelamente a la «tipificación» de las *condictiones* que las Compilaciones justinianeas llevaran a cabo, se ha venido acentuando un cierto perfil común, que exalta la función de la *condictio indebiti*, relegando a la sombra a otras figuras. Asistimos así a una progresiva expansión del área de incidencia de la *condictio indebiti*, que, desde su primitiva configuración como instrumento encaminado a la restitución de prestaciones cuyo objeto fuere una *res certa* o una suma de dinero (41), ha dado en transformarse en un medio de tutela de carác-

(38) La ausencia de error haría irrevocable la prestación efectuada, ya que la *causa solvendi*, ausente en este caso, vendría a ser sustituida por una nueva causa de la atribución, apta para justificar el desplazamiento patrimonial *inter partes*: la *causa donandi* (así opina la doctrina tradicional, sobre la huella del famoso pasaje del *Digesto*, L, 17, 53. Vid. en tal sentido y por todos, BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Traité...*, cit., XV, 4, pág. 479, y DEJANA, *Sul requisito...*, cit., págs. 3 y ss.).

(39) En efecto: no es lo mismo el caso de quien paga, sin más, una deuda ajena, que el de quien lo hace para evitar un daño injusto derivado de una posible declaración de quiebra o un procedimiento ejecutivo. El que, en ambos casos, el *solvens* sepa perfectamente que no es él el verdadero deudor, no autoriza a aplicar el mismo tratamiento.

(40) Salvo la repetibilidad de la prestación en caso de mala fe del *accipiens*. Permítaseme, al efecto, remitirme a mi estudio *Del pagamento dell'indebito*, en *Commentario al Codice civile...*, cit., pág. 72.

(41) La *legis actio per condictioem* fue introducida, como recuerda GAYO en la *Instituta*, IV, 19, por la *Lex Silis*, para los créditos que tuviesen por objeto una *certa pecunia*, y extendida por la *Lex Calpurnia*, a todo crédito encaminado a la restitución de una *certa res*.

ter general, *que opera una atribución en sentido inverso entre dos esferas jurídicas, impidiendo que los efectos del acto del solvens se consoliden en el patrimonio del accipiens* (42) (T-12) (subrayado mío).

En la práctica cotidiana, la *condictio indebiti* ha venido a absorber, poco a poco, a una serie de remedios de diferente naturaleza, hasta el punto de que ya a finales del pasado siglo, se había planteado el problema de la repetición de una prestación indebida cuyo objeto consistiere en un *facere*; problema hoy resuelto, al menos en parte, en virtud de la *relación de trabajo subordinado*, a través del artículo 2.126, apartado 1 (43).

A cuyo tenor: «(Prestación de *facere* con contravención de ley): La nulidad o la anulación del contrato de trabajo no produce efecto durante el período en que el contrato haya sido cumplido, a menos que la nulidad derive de ilicitud en el objeto o en la causa». (T-13.)

La multiplicación de casos de pago indebido, incluso más allá de la esfera del Derecho privado (pensemos en los enormes cambios económicos y sociales ocurridos en Italia como consecuencia de las dos guerras mundiales, y de la insuficiencia de otros instrumentos jurídicos, siempre elogiados, como la *gestión de negocios* y la *acción útil de reversión*), han llevado a la doctrina y a la jurisprudencia a una ulterior elaboración de

(42) En tal sentido, vid., sobre todo, la doctrina alemana, por ejemplo: SCHÖNINGER, *Die Leistungsgeschäfte des bürgerlichen Rechts*, Tübinga, 1906, págs. 217 y ss.; KOTTER, *Zur Rechtsnatur der Leistungskondiktion*, en *Archiv. f. civ. Praxis*, 1953, págs. 224 y ss.; BAELEZ, *Engriffsschutz und Opfersicherung im Haftungssystem des Zivilrechts*, Stuttgart, 1970, pág. 20. En la literatura italiana, vid. BRECCIA, *La ripetizione...*, cit., pág. 411. Este autor se basa en el hecho de que la *condictio* se dirige a *reipristinizar* (subrayado del traductor), al menos en su equivalente, la situación anterior al pago, para concluir afirmando que la entrega del valor del bien, perecido o deteriorado, no se identifica necesariamente con el resarcimiento del daño, ni aún en la hipótesis de mala fe. (En torno al derecho del *solvens* al resarcimiento del daño—*rectius*: del lucro cesante—, además de la restitución del valor, vid. MOSCATI, *Del pagamento...*, cit., págs. 100 y ss., especialmente a partir de la 123.)

(T-12.) El subrayado es del traductor. Y ello ha sido así ahora por entender que el profesor MOSCATI ha pulsado una de las muchas claves esenciales del problema: evitar la *consolidación* de una situación patrimonial doblemente injusta.

(43) La solución del problema ha venido facilitada por la interpretación extensiva del término «pago», considerado equivalente, en lenguaje legislativo, al más amplio de «cumplimiento». En tal sentido, vid., por todos, NILOLO, epígrafe *Adempimento*, en *Enc. del dir.*, I, Milán, 1958, pág. 554; GIORGIANNI, epígrafe *Pagamento*, en *Noviss. Dig. it.*, XII, Turín, 1965, pág. 321; RESCIGNO, epígrafe *Ripetizione...*, cit., pág. 1226. La tesis ha sido defendida, recientemente, por BRECCIA, *La ripetizione...*, cit., págs. 41 y ss., con abundantes citas bibliográficas. Para una interpretación más restrictiva, vid. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, II, Milán, 1964, pág. 363.

(T-13.) He aquí un artículo incardinado en el Libro V (*Del lavoro*), Título II (del trabajo en la empresa), Sección III (de la relación de trabajo), Epígrafe 5 (disposiciones finales). A destacar que el Título II del citado Libro V se refiere al contrato autónomo de trabajo.

los presupuestos de hecho necesarios, a fin de hallar *una acción, perfectamente delimitada, para la repetición de la prestación no debida* (el subrayado es del traductor). En consecuencia, la *condictio indebiti* ha entrado a formar parte de nuestro sistema jurídico en calidad de institución autónoma, *con una misión bien delimitada contra el enriquecimiento injusto* (44) (el subrayado es del traductor).

Como resultado de esta evolución, la *condictio indebiti* presenta la apariencia de un mecanismo dotado de una estructura rigurosamente unitaria, en base al hecho *objetivo* de la falta de causa en la atribución (45). En consecuencia, y tratándose de un instrumento encaminado a eliminar del mundo jurídico un traspaso patrimonial injustificado (46),

(44) Dado que la *condictio indebiti* se halla claramente orientada al objeto de la prestación del *solvens*, sin tener para nada en cuenta el resultado de la misma en la esfera del *accipiens* (salvo lo dispuesto en los arts. 2.037, 3, y 2.039), tal *condictio* aparece como un instrumento mucho más eficaz que la acción de enriquecimiento regulada por los artículos 2.041-2.042. (Vid., al respecto, en la literatura jurídica alemana, FLUME, *Der Wegfall der Bereicherung in der Entwicklung vom römischen zum geltenden Recht*, en *Festschrift für H. Niedermeyer*. Gotinga, 1953, págs. 103 y ss., especialmente la 150.)

La vitalidad de la *condictio indebiti* en el derecho moderno es por demás evidente. Y ello es así, no sólo por la remisión expresa de una serie de leyes especiales, que regulan la parte más «viva» del derecho privado, sino también por virtud de la creciente importancia del aspecto financiero del problema, en donde la acción de repetición ha llegado a ser, como efecto de algunas Sentencias del Tribunal Constitucional, uno de los puntos clave de las relaciones entre el ciudadano y la Administración (siguen una serie de referencias a Leyes especiales del Derecho Italiano, que el traductor no transcribe, dada la sustancial diversidad de enfoque entre el legislador italiano y el español).

(45) Ent al sentido, vid. MOSCATI, epígrafe *Indebito...*, cit., pág. 95. La doctrina romanística apoya entusiásticamente esta tesis: vid., por todos, SANFILIPPO, *Condictio indebiti*, cit., págs. 52 y 53, y SCHWARTZ, *Die Grundlage...*, cit., pág. 221. Más referencias en la nota 47.

(46) El hecho de que la prestación del *solvens* venga considerada *in se* y *per se*, sin referencia alguna al *animus solvendi*, replantea el problema de las relaciones entre repetición de lo indebido y acción general de enriquecimiento, sobre todo teniendo en cuenta la especial normativa de la restitución de cosa determinada (artículos 2.037-2.038, en relación con el 2.041. 2). En efecto, una gran parte de las normas vigentes está dirigida a impedir o eliminar situaciones de desequilibrio en la distribución de los bienes, y puede, por tanto, considerarse inspirada en el mismo ideal de justicia conmutativa, con la consecuencia, quizá, de que no existe un solo medio de tutela al que no le pueda ser asignado, como base, el enriquecimiento sin causa (tal es la orientación del citado trabajo de BARBIERA. *L'ingiustificato...*). De esta suerte, el pretendido fundamento unitario, común a diversas instituciones, desaparece sustancialmente al poner especial acento en la conformidad a un mismo precepto equitativo, y, por tanto, la observación aparece demasiado genérica y absolutamente inoperante a los fines del problema contemplado. Es de notar, en efecto, que la Ley reacciona contra los desequilibrios patrimoniales de muy diversas formas, desde la acción de invalidación del negocio hasta la responsabilidad por hecho ilícito; desde el régimen legal de la accesión, hasta la repetición de lo indebido, sin que esto quiera significar que tales remedios sean necesariamente aplicación de la prohibición de enriquecerse a costa ajena. Por lo demás, en las citadas instituciones, el criterio del enriquecimiento sirve (*entra*), o bien para indicar el fundamento de la responsabilidad, y, por tanto, para justificar la acción (ac-

el nacimiento de la obligación de restituir no puede subordinarse a factores de naturaleza subjetiva, caso del error (excusable o no) del *solvens*, o la mala fe del *accipiens* (47).

Por otra parte: si en otros ordenamientos, en los que existen pluralidad de *condictiones* (48), el fundamento de la repetición se halla en la falta de causa, con más razón aún debe afirmarse lo mismo en un ordenamiento como el nuestro, en el que las *condictiones* del Derecho romano han quedado reducidas, todo lo más, al dualismo entre pago

ción de responsabilidad), o bien para marcar los límites dentro de los cuales ese medio de tutela, nacido de otra fuente, ha de ser ejercitado (responsabilidad en los límites del enriquecimiento). En tal sentido, vid., por todos, TRABUCCHI, epígrafe *Arricchimento* (Dir. civ.), *Enc. del dir.*, III, Milán, 1958, págs. 64 y ss. En la doctrina menos reciente, vid. M. ROTONDI, *L'azione di arricchimento*, en *Riv. dir. comm.*, 1924. I, págs. 517 y ss.

(47) La irrepitibilidad de la prestación en caso de indebido subjetivo *ex latere solventis*, cuando el que la recibe ha inutilizado, de buena fe, el título o las garantías del crédito (art. 2.036, 1), es una excepción sólo aparente. En efecto, la prestación sigue siendo «no debida» (entrecorillado del propio autor); tanto es así, que el *solvens* se subroga *ex lege* en los derechos del acreedor satisfecho (art. 2.036, 3). En términos más generales, la exigibilidad de la pretensión del *solvens* no depende de que el *accipiens* conozca o no su cualidad de no ser acreedor, como lo demuestra el caso de que la restitución sea exigible incluso en caso de buena fe. La protección a la buena fe en sentido subjetivo, que representa una de las directrices fundamentales del sistema de la *condictio*, se manifiesta a través de un aligeramiento de la responsabilidad del perceptor para la restitución de frutos e intereses, que son exigibles sólo desde el día de presentación de la demanda (*retius*: desde el día de la *sciencia indebiti*). Por otra parte, el *accipiens* de buena fe no responde del deterioro o pérdida de la cosa específica; en tal hipótesis, más que de una atenuación cabría hablar de una verdadera y propia exoneración de toda responsabilidad, dada la imposibilidad, total o parcial, de restituir *in natura* (vid. arts. 1.256, 1. y 1.258), ya que la obligación de reembolsar en el patrimonio del *solvens* el eventual enriquecimiento (artículo 2.037, 1) se debe a la superposición de la prohibición de enriquecerse en daño de otro sobre la disciplina de la *condictio*. (Permitaseme remitirme a mi estudio *Del pago...*, cit., pág. 129 y notas 15 a 17.)

Es de destacar que, incluso bajo el imperio del vigente Codice, algún autor sostiene que el error es requisito esencial de la *condictio indebiti*; vid., en tal sentido, G. ANDREOLI, *Riflessioni...*, cit. pág. 4. y *Scienza*, cit., págs. 371. Es de notar, en este sentido inverso, que la doctrina francesa, tradicionalmente aferrada a la relevancia del error, tiende, cada vez más, a minusvalorar este requisito, que en su momento se consideró esencial: nada menos que en los *Discours* 13 y 15 de los trabajos preparatorios del Code, ante la Asamblea legislativa (huella posteriormente seguida, entre otros, por TOULLIER, *Le Droit civil français*, VI, Bruselas, 1838, núms. 60 y 61. y por BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Traité...*, cit., XV, 4, págs. 478 y siguientes). La nueva dirección, intuida por LOUSSOUARN, *La condictio d'erreur du «solvens» dans la répétition de l'indu*, en *Rev. trim. droit. civ.*, 1949, págs. 212 y ss. (especialmente pág. 228, en la que afirma que el error, en la repetición de lo indebido, desempeña el papel del *pariente pobre*), aparece decididamente en autores más recientes, como CATALA, *La nature juridique du paiement*, París, 1961, pág. 302, y en ROUILLER, *Répétition de l'indu: erreur du «solvens»*, en *Recueil Dalloz*, 1967, páginas 265 y ss.

(48) Tal es, según VON TUHR, *Parte general...*, cit., II, 2, el caso del Derecho alemán; el autor germano cita junto a la *condictio indebiti*, la *ob turpem causam finitam* y la *causa data causa non secuta*.

indebido por razón del sujeto o del objeto. Pero ni aún en estos límites es posible hablar de «acción» de repetición. Si cierto es que la *condictio* equivale a la reacción contra la falta de causa de la atribución, entonces su misión habría de ser idéntica en todas las hipótesis, importando poco, en cada caso concreto, la *ratio* de la pretensión del *solvens*. Bajo este aspecto, carecería de razón de ser una contraposición entre lo indebido objetivo o subjetivo, de la misma forma que no existe diferencia esencial entre causa inicialmente inexistente y causa posteriormente desaparecida, todo ello referido a la atribución (49). El hecho de que, en el primer caso, la causa de la atribución no haya existido jamás, mientras que, en el segundo, la causa ha desaparecido en un momento posterior, incide solamente en forma marginal sobre el mecanismo de la *condictio* (50), lo que pone de relieve el enorme campo de aplicación de esta figura jurídica.

La norma en torno a la cual gira la disciplina de la *condictio* es el artículo 2.033. De esta suerte, reduciendo a un común denominador los múltiples supuestos de hecho de pago indebido, se llega a un doble resultado. Primero: aclarar las normas concretas y específicas, a través de una constante referencia a la causalidad del pago. Segundo: interpretar en forma más satisfactoria el artículo 2.033, que, precisamente en virtud de su formulación genérica, suscita al intérprete no pocas dudas.

(49) (Citas jurisprudenciales italianas, de Casación y Apelación, que el traductor, bajo su responsabilidad, no transcribe.)

(50) La falta sobrevenida de *causa solvendi* comporta ciertas dificultades cuando se trata de nulidad de contrato, ya que hay que conciliar la eficacia retroactiva del pronunciamiento con el hecho de que la relación *ex indebito* no podía tener vida real antes de esa anulación. Ello comporta, a su vez, en los casos de restitución de una determinada suma de dinero, la exigencia de proteger al *solvens* de los riesgos de una devaluación monetaria. En efecto: la aplicación mecánica del principio nominalístico se resuelve en un daño para el acreedor, al cual no se podía jurídicamente obviar a través de una oportuna petición de restitución. Los mismos inconvenientes podemos hallar en caso de una suma de dinero recibida como consecuencia de una sentencia inmediatamente ejecutiva, pero posteriormente reformada. La solución aparece controvertida. Algunas sentencias hacen transcurrir los intereses desde el día de la *solutio indebiti*; otras, desde la fecha de la sentencia de anulación. Se trata, en todo caso, de fijar si la liquidación del crédito debe realizarse teniendo o no en cuenta el valor de adquisición de la moneda al tiempo de la sentencia. Acerca de este punto, vid., entre otros, ALLORIO, *L'incidenza della svalutazione nell'ibbligazione di restituzione del prezzo e una necessaria distinzione processuale*, en *Giur. it.*, 1950, I, 1, págs. 791 y ss.; otros autores, como LIBERTINI y BRECCIA, sostienen que la liquidación ha de tener lugar al tiempo de la *solutio indebiti* (LIBERTINI, epígrafe *Interessi*, en *Enc. del dir.*, XXII, Milán, 1972, págs. 95 y siguientes; BRECCIA, *La buona fede nel pagamento dell'indebito*, en *Riv. dir. civ.*, 1974, I, págs. 130 en adelante, y *La ripetizione...*, cit., pág. 433, nota 58. Sin embargo, estos dos autores proponen, para corregir los eventuales resultados injustos de esta solución, hacer correr a cargo del *accipiens indebiti* las consecuencias de la devaluación monetaria, aun cuando hubiese conocido la causa de la nulidad y no la hubiese comunicado a la otra parte (*rectius*: al *solvens*).

En efecto: hay que admitir que el citado precepto no es ningún modelo de claridad en lo que se refiere al problema de la legitimación pasiva (51). Quizá ello sea debido a que el legislador ha tenido presente, sobre todo, el arquetipo de la obligación pecuniaria, y de ello se deriva que, cuando la prestación no se resuelve en desplazamiento de un valor objetivamente individualizable (tal ocurriría en las obligaciones de hacer y en las negativas (52), la búsqueda del sujeto contra el cual haya de ser ejercitada la *condictio* presente serias dificultades (53).

Interpretando, por el contrario, el artículo 2.033 a la luz de los artículos 2.034 a 2.040.

Que contemplan, respectivamente, las siguientes hipótesis: a) *Obligaciones naturales* (no se admite la repetición de lo espontáneamente pagado, salvo que se trate del pago hecho por incapaz; los deberes morales no son jurídicamente exigibles, art. 2.034). b) *Prestación contraria a las buenas costumbres* (nadie puede repetir una prestación que, por parte suya, entraña ofensa a las buenas costumbres, art. 2.035). c) *Pago indebido subjetivo*: Me remito al comienzo de este trabajo, que reproduce textualmente este precepto. d) *Restitución de cosa determinada* (obligación genérica de restituirla; obligación de restituir el valor si la cosa ha desaparecido, para el perceptor de mala fe; si la cosa ha sido deteriorada, el *tradens* puede pedir o el equivalente o la misma cosa más la indemnización correspondiente a la pérdida de valor. Responsabilidad del receptor de buena fe: en cuanto se haya enriquecido, art. 2.037). e) *Enajenación de la cosa recibida indebidamente* (el perceptor de buena fe debe restituir el equivalente. Si la misma es aún debida, el que ha pagado se subroga en los derechos del enajenante. En caso de enajenamiento gratuito, el adquirente está obligado, frente al que pagó, a restituir hasta el límite de su enriquecimiento. Si ha habido mala fe, la obligación será *in natura* o en su equivalente. El adquirente está obligado, dentro de los límites de su enriquecimiento, hacia el que indebidamente pagó, por más que no prospere la excusión del enajenante, art. 2.039). f) *Expensas y mejoras* (corren a cargo del que obtiene la restitución de la cosa, art. 2.040).

... es posible interpretar, con verdadera exactitud, su exacto contenido.

(51) *Vid.*, al respecto, SCHLESINGER, *Il pagamento al terzo*, Milán, 1961, pág. 6, haciendo notar cómo el legislador no se ha preocupado tampoco de indicar contra quién surge el derecho a la repetición.

(52) Observación de SCHLESINGER, *ob. cit.*, pág. 7.

(53) La solución del problema de la legitimación activa y pasiva en la *condictio* se presenta aún más difícil en el subjetivo, y aún más en las relaciones trilaterales. Sobre este punto, *vid.* el estupendo trabajo de BIGIAMI, *Legittimazione attiva e passiva nella ripetizione dell'indebito*, en *Riv. dir. comm.*, 1929, II, páginas 273 en adelante. Recientemente, BRECCIA, en su muy citado *La ripetizione...*, páginas 321 y ss., ha replanteado el problema. En cuanto a la legitimación activa en el indebito subjetivo *ex latere accipientis*, permítaseme remitirme a mi trabajo *Pagamento dell'indebito, adempimento del terzo e legittimazione a ripetere la prestazione*, en *Riv. dir. civ.*, 1969, II, págs. 189 y ss., y a mi *Indebito...*, cit., páginas 99 y ss.

Ahora bien: el hecho de reunir, bajo un mismo común denominador, una serie de hipótesis diversas, no excluye el hecho de que, en algún caso determinado, la regulación de alguna de ellas pueda apartarse de la disciplina general del artículo 2.033. Tal es el caso de la prestación no debida de cosa determinada (54). Nos hallamos ante un caso que, por razón de su propia peculiaridad, asume una configuración autónoma respecto a la entrega de dinero o de una determinada cantidad de cosas fungibles (55). Efectivamente: en este caso concreto, las vicisitudes de la cosa adquieren una especial relevancia, dado que, en caso de pérdida, resulta imposible la restitución *in natura*, con la consecuencia de que, si el *accipiens* obró de buena fe, se halla obligado en los límites de su enriquecimiento. En caso contrario, está obligado a la restitución del equivalente pecuniario (art. 2.037, apartados 2 y 3) (56).

Esta remisión a los artículos 2.034 a 2.040 permite, no solamente una aportación de indicaciones y criterios para sentar una regla general a la hora de elaborar una «tipología» de las prestaciones indebidas, sino, además, la enucleación de otra de las directrices fundamentales del sistema de la *condictio*: precisamente la tendencia a conjugar el interés del *solvens* con el del perceptor de buena fe (57). Esto se deduce claramente de la po-

(54) *Vid.*, al respecto, BRECCIA, *La ripetizione...*, págs. 406 y ss.

(55) Sobre la imposibilidad de aplicar a estas dos hipótesis la normativa de los artículos 2.037-2.038, *vid.* MOSCATI, *Del pagamento...*, cit., págs. 79 y ss.

(56) La doctrina italiana más reciente suele distinguir una concepción «real» del enriquecimiento de otra que podríamos llamar «patrimonial», para indicar, en el primer caso, que la cosa *especifica* (subrayado del traductor) ha de ser restituida *in natura* y en las mismas condiciones en que fue recibida, toda vez que el enriquecimiento del *accipiens* coincide con la cosa misma. Por el contrario, en el enriquecimiento «patrimonial» se tienen muy en cuenta las repercusiones de la prestación y, por tanto, las ulteriores vicisitudes (pérdida, deterioro, etc.). El sistema de los artículos 2.037-2.038 contempla, sin duda, el enriquecimiento «real», en relación al *accipiens* de mala fe, sujeto a una responsabilidad más gravosa, por cuanto no se ve exonerado del pago del equivalente pecuniario de la cosa ni aun cuando la pérdida o el deterioro no le sean imputables. Naturalmente, en este último caso el perceptor no debe resarcir al *solvens* el lucro cesante (*vid. mi Del pagamento...*, citado, págs. 115 y ss.).

Esta distinción entre las dos concepciones del enriquecimiento se ha consolidado en nuestra doctrina tras el fundamental ensayo de FLUME, *Der Wegfall...*, citado, págs. 129 y ss., y explícitamente acogida por P. TRIMARCHI, *L'arricchimento...*, cit., págs. 117 y ss.; RESCIGNO, epígrafe *Ripetizione...*, cit., págs. 1253 y ss.; BRECCIA, *La ripetizione...*, cit., pág. 413, y MOSCATI, *Concezione «reale» e concezione «patrimoniale» dell'arricchimento nel sistema degli art. 2.037-2.038 del codice civile*, en *Studi in memoria di D. Pettiti*, II, Milán, 1973, págs. 991 y ss.

(57) SANFILIPPO, *Condictio indebiti...*, cit., págs. 87 y ss., considera que el nacimiento de la obligación por razón de lo indebido ha de ser valorado desde el punto de vista del interés del acreedor, dado que el derecho a la repetición nace no como consecuencia ni desde el momento de la *solutio*, sino del hecho y desde el momento de la falta (inicial o sobrevenida) de la *iusta causa retentionis* por parte del *accipiens*. La *condictio* sería, en esencia, no *indebiti soluti*, sino más bien *indebiti retenti*.

sibilidad, legalmente admitida, de que la pretensión del *solvens* sea rechazada cuando el *accipiens* demuestra (art. 2.036) haberse desprendido, de buena fe, del título o de las garantías. En este caso, la irrepitibilidad de la prestación *absuelve* al *accipiens* siempre y cuando la restitución haga imposible, o muy difícil, el ejercicio del derecho de crédito contra el verdadero deudor (58).

En efecto: de poco le servía al *solvens* demostrar su falta de culpa en el acto del pago si, posteriormente, el *accipiens*, confiando en el pago efectuado, hubiese destruido el título o renunciado a las garantías del crédito. La ausencia de culpa entra en juego solamente cuando no hay apreciable perjuicio del acreedor que, habiendo mantenido intacta su postura frente al verdadero deudor, conserva, por ello, todos los instrumentos para la realización de su interés. Solamente en caso tal la tutela dispensada al *solvens* sería preeminente respecto a la del perceptor (59).

BREVE RECAPITULACION DE TODO LO HASTA AHORA EXPUESTO, BAJO LA EXCLUSIVA RESPONSABILIDAD DEL TRADUCTOR

A) Lo primero que sorprende al lector español, llamándole poderosísimamente la atención, es el vivo interés de la doctrina italiana en torno a dos temas «clásicos» del Derecho civil: el pago de lo indebido y el enriquecimiento injusto. Prueba palpable de ese vivísimo interés es el considerable número de autores, títulos y páginas que MOSCATI nos brinda en sus notas... en la casi total seguridad de que el joven profesor italiano ha omitido, conscientemente, más de un autor y más de una obra.

B) *Pago de lo indebido. Enriquecimiento injusto.* Dos temas, como decíamos, «clásicos». Como clásicos, eternos. Y, como eternos, partes integrantes de la trama del cotidiano vivir jurídico. No se trata, en modo alguno, de meros bizantinismos: la incidencia, mayor cada vez, del Derecho público, en general, y del Derecho financiero, en particular, en las viejas instituciones civiles, hace necesario replantear, en todo su rigor, la eterna problemática del pago de lo indebido. MOSCATI, con toda agu-

(58) En tal sentido, *vid.* en la doctrina menos reciente C. SCUTO, *Natura giuridica...*, cit., págs. 177 y ss., y G. ANDREOLI, *La ripetizione...*, cit., págs. 141 y ss.

(59) Así opina F. FERRARA, Jr., *Questioni in tema...*, cit., pág. 212. La irrepitibilidad de la prestación tiene como extremos la tutela al *accipiens* que «recibe lo suyo» (entrecomillado del autor) y la reacción del ordenamiento ante el comportamiento culposo del *solvens* (*vid.*, al respecto, BRECCIA, *Note in tema di pagamento non dovuto, fatto illecito e irrepitibilità della prestazione*, en *Studi in onore di E. Graziani*, Milán, 1973, págs. 89 y ss.).

deza, nos habla de una «cuestión palpitante»: la fluctuación del valor de la moneda y su (posible) terrorífico impacto en el viejo tema de la repetición de lo indebido.

C) Quizá en ninguna otra institución jurídica cabría hablar, con más propiedad, de la necesidad de hacer realidad tangible los *tria iuris praecepta: honeste vivere, alterum non laedere et ius suum cuique tribuere*. Así lo pensaron, o, al menos, así lo intuyeron, los juristas romanos clásicos al crear la fórmula procesal de la *condictio*, es decir: una acción personal y *abstracta* (consecuencia, esta última, del carácter formulario del procedimiento) encaminada, en último extremo, a restablecer el equilibrio, injustamente roto, entre dos patrimonios, por virtud de una *atribución patrimonial* no ajustada a Derecho. Surgen así la *condictio certae creditae pecuniae*, la *certae rei*, la *ex causa furtiva*, la *ob turpem vel iniustam causam*, la *causa data causa non secuta*, y, sobre todo, la *condictio indebiti*. La propia evolución del Derecho romano nos muestra claramente una doble evolución: a) la *causalización* de las *condictiones*, b) su conversión en auténticas y verdaderas *actiones*. Evolución que, en el fondo, obedecía a un único propósito, que antes apuntábamos: *restablecer el equilibrio, injustamente roto, entre dos (o más) patrimonios*. Con otras palabras: *evitar que una persona se enriquezca injustamente a cuenta de otra*.

D) Esta genérica prohibición de enriquecerse, en detrimento y daño de una persona, por cualquier *razón jurídica* (evito deliberadamente el empleo de la palabra *causa*) no ajustada a Derecho, ha sido tenida en cuenta, en forma más o menos explícita, por todos los ordenamientos vigentes. Así, el artículo 1.235-1 del Code, por más que introduzca, innecesariamente, el elemento *error*, cosa que ha sido duramente criticada por la doctrina más reciente. Más elástica, y por consiguiente, con más posibilidades de ser elevada a «norma universal de conducta» es la regla contenida en el parágrafo 812 del BGB. Nuestro Código, dentro de la más pura línea francesa, regula el cobro de lo indebido dentro de los cuasi contratos, y siempre supeditándolo al error (arts. 1.895 a 1.901).

E) Planteada la cuestión en los estrictos límites del vigente Derecho italiano (que, por cierto, prescinde de la denominación genérica de los cuasi contratos, regulando, como figuras autónomas, la gestión de negocios ajenos, el pago de lo indebido y *el enriquecimiento injusto*, en sendos títulos del Libro IV), parte de la doctrina afirma que, en definitiva, el pago de lo indebido puede y debe ser estudiado desde dos puntos de vista opuestos e irreconciliables: a) el *subjetivo*, es decir: cuando el pago es llevado a cabo por persona distinta del deudor o/y en favor de persona distinta del acreedor, b) el *objetivo*, es decir: cuando se paga una deuda que jamás existió, o que, por la razón que sea, ya ha dejado de existir.

Ciertamente, no faltan argumentos a quienes así opinan. Las respectivas rúbricas de los artículos 2.033 (indebido objetivo) y 2.036 (indebido subjetivo) son el primer y más fuerte argumento, al que se añade, a efectos del cómputo de los respectivos plazos de prescripción, la doble hipótesis prevista en el artículo 1.442, apartados 2 y 3.

F) MOSCATI, por el contrario, sostiene que ambas figuras (indebido por razón del sujeto o del objeto) obedecen a un mismo y único principio, a saber: el de la *causalidad del pago*, uno de los principios más claramente expresados por el Derecho, desde el *Ius Romanum* hasta el vigente Codice, con su elemental secuela de repetición de lo indebido *sea cual fuere la razón de ese indebitum*. Así se desprende: a) del artículo 2.041, 1, del Codice, que no distingue entre una u otra categoría, ni hablar para nada de pago por error o por mera complacencia del *tradems*, b) de una interpretación conjunta de ambos preceptos (2.033 y 2.036) dentro del contexto general del Título en que ambos se hallan incardinados. Un título que marca, con absoluta precisión, los límites de la *restitutio* (obligaciones naturales, prestación contraria a las buenas costumbres, cosa genérica o determinada, buena o mala fe por parte del *accipiens*, caso de tercer adquirente a título oneroso o gratuito, pago recibido por un incapaz, reembolso de gastos y mejoras, etc.).

Se objetará que, pese todo, la *bona fides* desempeña un papel muy distinto en una y otra hipótesis, y que la *subrogación* no es idéntica en ambas figuras, y, en fin, que el artículo 1.180 permite el pago por tercero. Las objeciones, afirma MOSCATI, son más aparentes que reales. La buena fe, recuerda el profesor italiano, era algo consustancial al juego de la *condictio*, y de ahí las salvedades del Codice en caso de posteriores enajenaciones, o de que se trate de cosa genérica o determinada, etc. En pocas palabras: pese a la imposibilidad de codificar (nunca mejor dicho) la multiplicidad de hipótesis de pago de lo indebido, la formulación de un principio unitario y no dualista vendría a ser, en cada caso concreto, y siempre bajo el imperio de la equidad (no es lo mismo el caso del *solvens* que paga por mera complacencia, que el de quien lo hace para evitarse un perjuicio económico indirecto pero próximo), la llave maestra del sistema. Causalidad del pago, y *repristinización* en caso de falta de *iusta causa*, salva siempre la buena fe. Tal es, si no he interpretado mal, el pensamiento de MOSCATI.

SIGNIFICADO DE LA EXCUSABILIDAD DEL ERROR EN EL DERECHO VIGENTE. LA IRREPETIBILIDAD DE LA PRESTACION COMO «SANCION» AL COMPORTAMIENTO CULPOSO DEL SOLVENS

Dentro del marco que acabamos de trazar, se explica razonablemente esa referencia al error excusable en el pago indebido subjetivo *ex latere solventis*, toda vez que el vigente ordenamiento concede validez al cumplimiento llevado a cabo por tercero en interés del acreedor (art. 1.180, 1) (60). Por el contrario, en el pago indebido, *ex persona debitoris*, la prestación es *no debida*, no ya como consecuencia de un error del *solvens*, sino, sobre todo, porque se ha dirigido hacia una pretendida e inexistente relación obligatoria entre el tercero y el acreedor (61). Esto no quiere

(60) Fundamentales. al respecto, las páginas de NICOLÒ, *L'adempimento*, cit., 103 y 104.

(61) Para una explicación del indebido subjetivo *ex latere solventis* en clave causal, *vid.*, entre otros, OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milán, 1947, pág. 328; SERRAO, *Osservazioni sul fondamento dell'obbligazione da indebito*, en *Giur. comp. Cass. civ.*, 1949, III, págs. 7 y ss.; FIORENTINO, *La ripetizione dell'indebito nell'assegno bancario*, en *Foro it.*, 1949, I, c. 1250; SCHLESINGER, *L'indebito soggettivo ex latere solventis e la sua influenza sul rapporto obbligatorio*, en *Riv. dir. comm.*, 1957, I, págs. 58 y ss. En la doctrina menos reciente, G. ANDREOLI, *La ripetizione ..*, cit., págs. 5 a 15, entendía (incluso reconduciendo la *condictio indebiti*, legalmente tipificada por el anterior Codice, a la prohibición de enriquecerse con daño de otro) que la repetición había de fundarse en la nulidad de la atribución como efecto de la inexistencia o de la no realización de la *causa solvendi*. El error, en cuanto tal, no tenía relevancia propia, pero estaba encuadrado en tal perspectiva, es decir, inexistencia o falta de *causa solvendi*. Este planteamiento no es nuevo: ya en el Derecho romano la existencia de la causa de la atribución era valorada con independencia del error del *solvens*: acerca de este punto, *vid.*, por todos, SOLAZZI, *Ancora dell'errore nella condictio indebiti*, en *Scritti di diritto romano*. IV, Nápoles, 1963, págs. 405 y ss. SOLAZZI sostiene, en la pág. 147 de su *L'errore*, que éste, como requisito de la repetición de lo indebido, fue introducido por los compiladores justinianos. Haber reconocido en el error el fundamento de la *condictio* obligó a la doctrina postclásica a modificar la tradicional bipartición de las fuentes de las obligaciones, añadiéndoles las categorías de los cuasi contratos y cuasi delitos. Los ordenamientos modernos acusan esta superposición en el sistema que en su momento delineara GAYO en sus Instituciones (*vid. Digesto*, XLIV, 7,1: *Obligaciones aut ex contractu aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris nascuntur*). Efectivamente: mientras que el Code français se remite a la cuádruple clasificación justiniana, añadiendo, sin embargo, la Ley como fuente de obligaciones (art. 1.370, 2), el legislador alemán contrapone a las relaciones obligatorias nacidas de contrato las relaciones de naturaleza no contractual. En realidad, el sistema del BGB no se aparta demasiado de la clasificación gayana de las fuentes obligacionales en contratos, delitos y *variis causarum figurae*, toda vez que los actos ilícitos, delictivos o no, y regulados por los parágrafos 823 a 855, presentan una propia individualidad, no menor que la de los contratos, pero ahora caracterizados por el elemento común de la *culpabilidad*. Para ulteriores consideraciones, con particular atención al artículo 1.175 del vigente Codice, *vid.* F. GALLO, *Per la ricostruzione..*, cit., págs. 211 y ss.

decir que una prestación de este tipo sea siempre y en todo caso repetible: se trata, solamente, de demostrar que el error, incluso el excusable, no es elemento constitutivo del supuesto de hecho, ni siquiera en el caso de pago indebido subjetivo *ex latere solventis* (62).

Efectivamente: una prestación puede ser «no debida» y, al mismo tiempo, no susceptible de repetición, como ocurre cuando el *accipiens*, con buena fe, se ha desprendido del título o de las garantías del crédito (art. 2.036, 1) (63). En pura hipótesis, aun cuando el *solvens* haya pagado creyendo ser, con excusable buena fe, el verdadero deudor, la excepción a favor del acreedor paralizaría el ejercicio de la *condictio*. Todo cuanto hemos dicho, en orden a la irrelevancia del error del *solvens*, halla su confirmación en el artículo 1.185.

A cuyo tenor: «El acreedor no puede exigir la prestación antes de término, a menos que éste haya sido establecido exclusivamente en favor suyo.

Sin embargo, el deudor no puede repetir lo que ha pagado anticipadamente, aunque ignorase la existencia del término. A pesar de ello puede repetir, en los límites de la pérdida experimentada, todo aquello que haya redundado en favor del acreedor como consecuencia del pago anticipado.»

En el caso que contemplamos, y pese a la terminología legislativa, existe una verdadera y auténtica acción de repetición, si tenemos en cuen-

(62) En sentido contrario opina, sin embargo, la mayoría de la doctrina italiana. Así, por ejemplo, y bajo el imperio del anterior Codice, CARNELUTTI, *Prova dell'errore*, cit., pág. 83. Entre otros autores más recientes, vid. DISTASO, *Legittimazione attiva del creditore control' accipiens. Indebito oggettivo ed errore del solvens*, en *Foro it.*, 1950, I, págs. 1187 y ss.; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Nápoles, 1963, págs. 47 y 48; RESCIGNO, epígrafe «Ripetizione...», cit., pág. 1231. Menos claro se presenta el parecer de C. SCUTO, *Natura giuridica...*, cit., pág. 82, en cuanto afirma, tras haber precisado que el error del *solvens* es requisito indispensable de lo indebido *ex personae debitoris*, que tal error no supone el verdadero fundamento de la repetición, ya que, de otro modo, la *condictio* vendría a resolverse en una acción de nulidad. Ciertamente: los que ven en el error la causa de la impugnación reconstruyen la *condictio indebiti* como acción de nulidad del cumplimiento, viciado de error, por parte de tercero. Así, F. FERRARA, Jr., *Questioni in tema...*, cit., págs. 211 y ss.; CAPOZI, *Vizi della volontà...*, cit., págs. 266 y ss.; G. MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Nápoles, 1955, págs. 246 y ss. Interesante aparece el problema planteado por STOLFI, *Teoria general del negocio jurídico* (versión española de J. Santos Briz, ERDP, 2.ª edición, 1959), y, antes que él, COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, I, Parte General, Milán, 1929, pág. 386, para el cual el error no da lugar a la ineficacia de la *solutio*, aunque haga surgir, a favor del *solvens*, un derecho a la repetición que de otro modo no hubiera podido tener lugar.

(63) Para un examen (dentro de un intento de reconstrucción unitaria de la *condictio*) de las diversas hipótesis, más o menos susceptibles de repetición, reconducibles al artículo 2.036, vid. SERRAO, *Osservazioni...*, cit., págs. 9 y 10.

ta el artículo 2.041, 1 (64), aunque *ex lege* sea una simple demanda de indemnización.

Por lo demás, y contra lo que pudiera deducirse de los términos del artículo 2.036, 1 («el que ha pagado un débito ajeno, creyéndose deudor por error excusable...», etc.), solamente partiendo de una inexacta visión del problema cabría reconocer en el error el fundamento de la *condictio*, y la subordinación de la repetición al error (65). El error no es un elemento ulterior del supuesto de hecho, añadido a la falta de *causa solvendi* (66), sino, todo lo más, un medio para demostrar que el *solvens* no tenía intención de referir la prestación a la relación existente entre el *accipiens* y el verdadero deudor (67).

Releyendo el citado precepto, se obtiene la impresión de que el legislador ha tenido en cuenta el error bajo un aspecto distinto del causal, y que, más bien, ha querido proteger al *accipiens* (en este caso, el verdadero acreedor), el cual, a falta de una expresa declaración del *solvens*, mal podrá saber si este último actúa en calidad de tercero o por creerse el verdadero deudor (68). El hecho de que el tan repetido precepto legal haya

(64) En tal sentido, *vid.* NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, Milán, 1966, pág. 144. *Vid.*, igualmente, MORI-CHECCUCCI, *L'arricchimento senza causa*, Florencia, 1943, págs. 126 y ss.; P. TRIMARCHI, *L'arricchimento...*, cit., págs. 28 y 129; BARBIERA, *L'ingiustificato...*, cit., págs. 134 a 136. Incluso en el sistema del BGB la prestación anticipadamente cumplida no da lugar a repetición (parágrafo 813, 2). *Vid.*, por todos, al respecto, VON TUHR, *Parte general*..., cit., II, 2.

(65) Así, textualmente, OPPO, *Adempimento*..., cit., pág. 328, nota 2.

(66) La valoración del error como elemento constitutivo de lo indebido *ex persona debitoris*, o como hecho impeditivo de la *condictio*, ofrece enorme interés en un doble aspecto: la carga de la prueba y la incidencia de la duda del *solvens*. En el primer caso, la prueba del error corre a cargo de quien actúa directamente en la repetición, siendo de cargo del *accipiens* el demostrar la inexcusabilidad de dicho error. SCHLESINGER, *L'indebito*..., cit., propugna una equiparación entre la *scientia* de lo indebido y la excepción de pérdida, de buena fe, del título o de las garantías del crédito (*vid.*, sin embargo, las consideraciones críticas de RESCIGNO, epígrafe *Ripetizione*..., cit., pág. 1231 y nota 75 de este trabajo). Por lo que a la duda respecta (duda del *solvens*) si, efectivamente, el *solvens* debe probar su error, la incertidumbre en torno a la verdadera titularidad de la deuda hace inadmisibles el ejercicio de la *condictio*; muy al contrario, la duda le favorece si la *scientia indebiti* es un hecho impeditivo de la repetición. (Así opina CARNELUTTI, *Prova dell'errore*..., cit., pág. 82, y, en la doctrina menos reciente, RESCIGNO, op. últ. citado. Para un más profundo examen del problema de la «duda», *vid.* G. ANDREOLI, *La ripetizione*..., cit., págs. 105 y ss.)

(67) En tal sentido, *vid.*, bajo el imperio del anterior Codice, G. ANDREOLI, *La ripetizione*..., cit., págs. 81 y ss.; C. SCUTO, *Natura giuridica*..., cit., pág. 82 (*vid.*, en torno al pensamiento de SCUTO, *supra*, nota 62). En la literatura más reciente, *vid.*, entre otros, OPPO, *Adempimento*..., cit., pág. 328, nota 2; SERRAO, *Osservazioni sul fondamento*..., cit., pág. 14; SCHLESINGER, *L'indebito soggettivo*..., citado, pág. 68.

(68) Acerca de la necesidad de una referencia, expresa o tácita, por parte del *solvens*, a la relación existente entre el *accipiens* y el verdadero deudor, *vid.* las claras anotaciones de NICOLÒ, *L'adempimento*..., cit., pág. 136. Efectivamente, la falta de declaración, la referencia a la relación preexistente puede ser deducida de

recargado el acento, no ya sobre el error en cuanto a tal, sino en cuanto a la excusabilidad del mismo, es índice harto elocuente de la «degradación» del error, que, de ser un hipotético requisito del supuesto de hecho, ha pasado a ser un mero «límite externo» de la repetición, o dicho de otro modo: la Ley no subordina la *condictio* a la existencia de error, sino que solamente niega la posibilidad de restitución en caso de comportamiento culposos del *solvens* (69). O, en fin, con otras palabras: la norma, al exigir el requisito de excusabilidad del error, ha introducido un elemento de *autorresponsabilidad* (subrayado del traductor), en proporción al cual ha de ser valorada la conducta del autor de la prestación (70). Por otra parte, cuando *no existe relación obligatoria* (subrayado del traductor), a la cual se ha dirigido el pago, parece completamente fuera de lugar aludir al error del *solvens* para demostrar la inexistencia de *causa solvendi* (71). En tales casos, se trata de «prestación indebida» (el entreco-

los hechos concluyentes a través de un proceso interpretativo de la voluntad del *solvens*. (En tal sentido, *vid.* ZEISS, *Leistung, Zuwendungszweck und Erfüllung*, en *Juristenzeitung*, 1963, págs. 7 y ss.) A falta de tal referencia, expresa o tácita, la prestación del tercero puede ser considerada como cumplimiento de deuda ajena solamente teniendo en cuenta elementos objetivos que excluyan la intención del *solvens* de hacer efectiva una relación jurídica propia. Y esto podría acontecer cuando el acreedor haya subrogado al tercero, en el momento de recibir la prestación, en sus derechos hacia el verdadero deudor (art. 1.201), o cuando la relación entre el *accipiens* y el verdadero deudor tenga como objeto una cosa no fungible, o, de cualquier forma, distinto de uno eventual, según la relación existente entre el acreedor y el *solvens* (*vid.* NICOLÒ, *op. cit.*, pág. 144).

(69) Análogo proceso, con todo y con faltar una norma semejante al artículo 2.036, 1, tiene lugar, como vimos, *supra*, en la nota 47, en el Derecho francés, en el que, por tradición, siempre prevaleció la tesis de la trascendencia del error (*vid.*, *supra*, nota 28).

(70) Tal RESCIGNO, epígrafe *Ripetizione...*, *cit.*, pág. 1232; SCHLESINGER, *L'indebito soggettivo...*, *cit.*, pág. 69. Tesis que, con ciertas reservas, admite BRECCIA, *Note in tema di pagamento...*, *cit.*, págs. 96 y 97, y en *La buona fede del pagamento...*, *cit.*, págs. 173 y 174. Existen, igualmente, casos análogos en el Tribunal de Casación (el traductor no los transcribe).

(71) En tal sentido, *vid.* SOLAZZI, *Ancora dell'errore...*, *cit.*, pág. 429, remitiéndose a un fragmento de PAULO contenido en el *Digesto*, XII, 6, 65, 2. En cuanto a la doctrina estrictamente civilística, *vid.* SCHLESINGER, *L'indebito soggettivo...*, *citado*, pág. 68. Entiende el citado autor que, para la validez de una atribución patrimonial, no basta la simple voluntad de atribución, toda vez que es necesario que la prestación lleve a cabo (*realizzi*) una causa reconocida como idónea por el ordenamiento jurídico. Obseiva igualmente SCHLESINGER que el legislador es el árbitro a la hora de determinar cuáles puedan ser las causas justificadoras de la atribución. En nuestro ordenamiento tales *causas* (subrayado del autor) son, junto a la preexistencia entre las partes de una válida relación obligatoria, la existencia de una obligación moral o social (art. 2.034), o de una relación obligatoria entre el *accipiens* y un tercero (*rectius*: el verdadero deudor), siempre que el *solvens* sepa ser un extraño en tal obligación y quiera referir su prestación a una relación ajena a él (art. 1.180, 1). En tal sentido, *vid.*, *supra*, nota 68.

millado es del autor. Y las palabras que siguen, adición del traductor: *faltando la causa, huelga aludir al error del solvens*).

En definitiva: La prevalencia del interés del *solvens* queda eliminada si éste ha ignorado culposamente la realidad. Con otras palabras: siempre que, actuando con normal diligencia, haya podido advertir que no era él el verdadero deudor. Que la relación obligatoria existía, sí, pero referida, en su aspecto pasivo, a persona distinta (72).

La relevancia (negativa) atribuida por el artículo 2.036, 1, a la inexcusabilidad del error, y que se traduce en la irrepetibilidad de la prestación, supone una especie de «sanción» al *solvens* por parte del ordenamiento jurídico (73). Esto es indudable: la *condictio* queda eliminada, incluso cuando no haya existido perjuicio por parte del *accipiens*. La culpa del *solvens*, insistimos, apareja la inadmisibilidad de la repetición, aun cuando el acreedor sepa que el autor de la prestación no es el verdadero deudor, y que no actúa en calidad de tercero (adición del traductor: vid., *supra*, artículo 1.180 del Codice).

En este último caso, si, por añadidura, el *accipiens* procede de mala fe, es evidente que la denegación de la *condictio* no puede, en modo alguno, conectarse a la exigencia de salvaguardar su confianza y seguridad (*affidamento*), que no subsiste (74). Solamente en forma refleja la irrepetibilidad de la prestación se traduce en un refuerzo de la protección al *accipiens*, reteniendo éste, en forma definitiva, la prestación (75). Naturalmente, el panorama varía cuando, junto a la culpa del *solvens*, coexista una actitud de engaño por parte del *accipiens* o del verdadero deudor. En caso tal, si el error, aun siendo excusable, no es imputable al *solvens*,

(72) Vid., por todos, SCHLESINGER, *L'indebito* ... cit., pág. 70.

(73) Tal opina SCHLESINGER, op. últ. cit., págs. 69-70. Vid., igualmente, *supra*, nota 70.

(74) Sobre este punto, vid., no obstante, las reservas de OPPO, *Pagamento invalido di titolo all'ordine, ammortamento, ripetizione d'indebito*, en *Giur. it.*, I, 2, págs. 497 y ss. Para este autor la no relevancia de la inexcusabilidad habría de limitarse al caso del *accipiens* sabedor de que la deuda satisfecha no le era debida.

(75) Muy al contrario, el principio de autorresponsabilidad, contenido en el artículo 2.036, 1, carga sobre el *solvens* la prueba de ausencia de culpa (textualmente; RESCIGNO, epigrafe *Ripetizione* ..., cit., pág. 1232). Tal solución parece justificada solamente cuando el perceptor no pueda determinar, a falta de una expresa declaración del *solvens*, a qué relación, propia o ajena, trata de imputar su prestación. En tales casos, la mejor solución es la de poner a cargo de quien actúa en repetición la prueba de no haber sido negligente. Cualquiera otra solución haría extremadamente difícil la postura del acreedor. Efectivamente, parece más equitativo que corra a cargo del autor de la prestación el demostrar que la ha cumplido sin culpa, que imponer a la parte contraria la prueba del hecho opuesto. Si, por el contrario, no se tiene en cuenta la seguridad del acreedor, hubiera sido más oportuno atenuar la responsabilidad del *solvens*, cargando sobre el *accipiens* la prueba del estado de las cosas y de informar de ello a la otra parte.

la repetición debe ser admitida sin límites de ningún tipo (76), salvo, en su caso, el derecho a resarcimiento de daños frente al autor del hecho ilícito (77).

ENRICO MOSCATI

Catedrático de la Universidad
de Perugia

Traducción y notas de

TOMÁS DE ZUMALACÁRREGUI
Y MARTÍN-CÓRDOVA

Doctor en Derecho
Registrador de la Propiedad

(76) Tal es la tesis de SCHLESINGER, *L'indebito soggettivo...*, cit., pág. 69. En el mismo sentido, *vid.*, en la doctrina francesa, LOUSSOUAURN, *La condiction...*, citado, págs. 215 y 216.

Para aclaración del texto, hágase constar que la repetibilidad de la prestación como consecuencia del dolo del verdadero deudor halla su límite siempre que el perceptor se haya desprendido, con buena fe, del título o de las garantías del crédito. En caso tal, y sobre la subrogación del *solvens* en los derechos del acreedor, se superpondría, acompañándolo, el poder de actuar contra el verdadero deudor por los daños consiguientes a la denegación de la *condictio*. El problema ha sido reconsiderado, *funditus*, referido al dolo o violencia moral proveniente del *accipiens*, por BRECCIA, *La buona fede...*, cit., págs. 174 y ss.

(77) Está por ver si, sobre la base de los principios generales, ha de responder por daños el perceptor que se ha limitado a recibir la prestación «no debida» cuando, incluso con conocimiento de la acción por el verdadero deudor, no haya sido informado de ello por el *solvens*.

Mayoría de edad por vida independiente en el Derecho aragonés^(*)

I. INTRODUCCION

El Derecho civil aragonés, uno de los siete sistemas jurídico-privados vigentes actualmente en España, ofrece al estudioso un vasto campo de actuación, algunas de cuyas parcelas, incluso, se encuentran totalmente vírgenes e inexploradas.

Y no es necesario remontarse al Derecho clásico, al de los Fueros y Observancias, para comprobar la veracidad de este aserto. El Derecho aragonés vigente, el de la Compilación de 1967—mucho más reducido, desde luego, que aquel otro histórico, pero mucho más amplio y rico que el que muchos pretenden derivar de la simple y escueta norma positiva—, brinda al jurista (al práctico y al estudioso, al profesional y al investigador) una muy variada gama de posibilidades en el siempre fascinante quehacer de la interpretación jurídica y de la investigación creadora.

En este orden de cosas, el tema de la edad, y con él todas cuantas situaciones jurídicas y sociales giran en torno a ella, es una de esas parcelas del Ordenamiento jurídico aragonés que conlleva mayor cantidad de autóctonas matizaciones y de especiales singularidades en relación con los demás sistemas de Derecho españoles.

Recuérdese, por ejemplo, cómo en Aragón la mayoría de edad no sólo se adquiere por el hecho de alcanzar los dieciocho años, sino también

(*) El presente trabajo ha sido presentado, en calidad de comunicación, a las Jornadas de Derecho Foral, celebradas en Jaca durante los días 27, 28 y 29 de agosto de 1978.

por matrimonio y, posiblemente, por concesión familiar (1); cómo el mayor de catorce años y menor de dieciocho—en otros tiempos, mayor de edad (2)—puede celebrar *por sí* toda clase de actos y contratos con la *asistencia* (que, desde luego, no es *consentimiento*) (3) de sus padres, del tutor o de la Junta de Parientes; cómo, también, el menor de edad aragonés detenta siempre no sólo la propiedad, sino también el usufructo de sus propios bienes.

Pues bien, en relación con ello, una de las situaciones jurídicas y sociales más interesantes hoy en Aragón, en relación con la problemática de la edad, es la del aragonés mayor de catorce años que, con beneplácito de sus padres o mediando justa causa, vive independiente de los mismos.

A él se refiere el artículo 5, 3.º, de la vigente Compilación de Derecho Civil de Aragón, al disponer que el mismo «tendrá la libre administración de todos sus bienes».

Precepto que, en apariencia, mantiene una cierta similitud con el

(1) *Vid.* mi trabajo «Mayoría de edad en Aragón por concesión expresa», en el *Boletín del Colegio de Abogados de Zaragoza*, núm. 68, enero 1978.

(2) Hay quienes entendemos que desde la Compilación de Huesca de 1247, y hasta la publicación del Apéndice Foral de 1925, los aragoneses adquirirían la mayoría de edad desde los catorce años. En este sentido, por ejemplo, el profesor SANCHO REBULLIDA (FRANCISCO DE ASÍS, *La edad en el Derecho aragonés*, en el Libro Homenaje a la memoria de don JUAN MONEVA Y PUYOL, Zaragoza, 1954, páginas 341 y ss.). Entiende este autor, con criterio que comparto plenamente, que las limitaciones establecidas a la libre actuación del mayor de catorce años y menor de veinte, por los Fueros de 1348, 1564 y 1585, no supusieron de ninguna manera la fijación de una nueva edad—la de los veinte años—para la mayoría de los aragoneses, sino que se trataba de meras limitaciones a la capacidad de obrar de los que, y desde los catorce años, eran ya mayores de edad.

En contra, otros autores, como MARCELINO ISABAL (*Exposición y comentario del Cuerpo legal denominado Fueros y Observancias del Reino de Aragón*, Zaragoza, 1926, pág. 150), LUIS MARTÍN-BALLESTERO Y COSTEA (*La mayoría de edad en Aragón*, Primera Semana de Derecho Aragonés, Jaca, 1942, pág. 117) y otros.

(3) El tema de la *asistencia* es realmente importante en el Derecho aragonés. Pese a las distintas interpretaciones doctrinales, no existe todavía un criterio firme en esta cuestión. Por mi parte, y aun cuando todavía no he madurado totalmente esta materia, he escrito ya en otro lugar que «asistir no equivale a autorizar o consentir, sino que es algo más simple»; que «la “asistencia” de la vigente legislación aragonesa es similar al “consejo” de los Fueros de 1348», y en este sentido presupone que las personas llamadas a prestarla estén presentes en el momento de realizarse el negocio de que se trate, para asesorar y aconsejar al menor, pero nunca para autorizar o consentir el acto o contrato, mucho menos, para otorgarlo en su lugar y representación; como consecuencia lógica, «que el acto que uno de esos menores llegara a realizar sin dicha “asistencia” podría ser considerado, en principio, como válido» («Derecho aragonés. Mayor a medias», *Aragón/exprés* del 11 de enero de 1978, sección especial dedicada a nuestro Derecho, que vengo manteniendo regularmente en el mencionado diario aragonés). Desde luego, el tema de la «asistencia» exige en nuestro Derecho un estudio profundo y acabado, que todavía no ha sido realizado.

artículo 160 del Código Civil. Ello ha llevado a algunos autores, a mi modo de ver erróneamente, a establecer una práctica equivalencia entre uno y otro (4).

Erróneamente, digo, porque, como tendré ocasión de exponer a lo largo de este trabajo, las diferencias entre ambos preceptos son muy importantes. Y ya no sólo en los términos de su propia redacción—que también las tienen—, sino, lo que es más importante, en las distintas situaciones reguladas por cada uno de ellos y en las consecuencias de todo orden que para las mismas se derivan de su específica reglamentación, en relación con el propio sistema jurídico en el que se hallan insertas.

No es mi intención, sin embargo, verificar un estudio del citado artículo 160 del Código Civil (5), ni tan siquiera establecer con detalle unos criterios comparativos entre este precepto y el foral.

Trato simplemente de realizar un análisis, lo más detallado y pormenorizado posible, del artículo 5, 3.º, de la Compilación aragonesa para extraer todas las consecuencias jurídicas y sociales que de él puedan derivarse, dentro de una visión de conjunto del especial sistema jurídico aragonés, en que el tema de la edad se desenvuelve.

De ello podrán deducirse, lógicamente, las específicas diferencias existentes en esta materia, entre el Código Civil y la legislación aragonesa, sin perjuicio también de las esporádicas referencias que pueda hacer al primero en el estudio de la segunda.

El artículo 5, 3.º, de la Compilación de Aragón plantea una serie de problemas de fundamental interés para nuestro Derecho. Las dudas más importantes en la interpretación del precepto surgen a la hora de determinar la clase de relaciones personales que estos aragoneses de vida independiente mantendrán con sus padres o protectores, el tipo de actuaciones jurídicas que en relación con sus bienes podrán o no realizar, y en qué condiciones, y, en definitiva, qué suerte de calificación jurídica debe dárseles en relación con el problema de la mayoría de edad.

A todo ello me referiré seguidamente.

(4) RODRIGO BERCOVIT Y RODRÍGUEZ-CANO dice expresamente que el artículo 5, 3, de la Compilación aragonesa es un «precepto equivalente al del artículo 160, segunda parte, del Código Civil» (*La vida independiente del menor no emancipado*, A. D. C. 1972, pág. 1125).

QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA decía que la «prescripción 3.ª (del art. 3 del Apéndice Foral de 1925) coincide, casi por completo, con la situación de emancipación tácita, prevista y regulada por el artículo 160 del Código Civil» (*Código Civil*, tomo III, 5.ª edic., Edit. Reus, Madrid, 1942, pág. 560).

II. ANTECEDENTES HISTORICOS

1. Ciertamente, en el Derecho aragonés histórico no se encuentra ninguna suerte de referencia a esta especial situación.

Quizá no hiciera falta tampoco, si tenemos en cuenta que en el Derecho de los Fueros y Observancias los aragoneses eran ya mayores de edad desde el momento en que cumplían los catorce años (6).

La vida independiente entonces no supondría ninguna situación especial, a la que hubiera de aplicarse criterios legales específicos, sino que la misma sería una consecuencia lógica del propio *status* de la mayoría de edad.

2. Desde el punto de vista legislativo, es el Apéndice Foral de 1925 el primer texto positivo aragonés en regular esta materia.

En su artículo tercero se disponía expresamente que «con respecto a los bienes de los hijos *menores de edad*, legítimos o legitimados, regirán las siguientes prescripciones: ... 3.^a Al hijo soltero mayor de catorce años y menor de veinte (7), que viva independientemente del padre o de la madre, con el beneplácito de éstos, o por otro motivo legítimo, le corresponderán la propiedad, el usufructo y la administración de sus bienes, arregladamente a lo es estatuido en este Apéndice y en el Código de Comercio acerca de la capacidad para contratar».

BERCOVITZ hace notar que el origen inmediato de este precepto (al igual que el art. 160 del Código Civil) debe buscarse en la Ley de Matrimonio Civil de 1870, cuyos artículos 66 y 67 hacían expresa referencia a la materia (8).

No creo que ello sea exactamente así para el Derecho aragonés. Ciertamente, como ya he dicho, que en el Derecho positivo anterior al Apéndice de 1925 no existió ninguna especial normativa que regulara esta materia. Sin embargo, la misma fue ya contemplada—quizá, por primera vez—en los Proyectos de RIPOLLÉS (9) y de GIL-BERGÉS (10), ambos

(5) Un detallado estudio puede encontrarse en el trabajo de BERCOVITZ citado en nota anterior.

(6) *Vid.* lo dicho en nota (2) y las obras en ella citadas.

(7) Hasta la publicación de la Ley de 15 de diciembre de 1943, la mayoría de edad estaba establecida en el Derecho aragonés en los veinte años.

(8) *Op. cit.*, pág. 1127.

(9) De 1899, fue elaborado por una Comisión nombrada por la Diputación Provincial de Zaragoza, en la que participaron los juristas aragoneses GIL BERGÉS, CASAJÚS, ISABAL y RIPOLLÉS, y que toma el nombre de este último como director que fue de los trabajos. Aparece publicado a continuación del discurso de GIL Y GIL de apertura del curso académico de 1928-29 de la Universidad de Zaragoza, titulado «Precedentes inmediatos y ligera crítica del Apéndice al Código Civil correspondiente al Derecho Foral de Aragón».

(10) Un Real Decreto de 24 de abril de 1899 nombra una Comisión oficial para Aragón, con Letrados de las tres provincias aragonesas, en la que participan

posteriores a la publicación del Código Civil, y anteriores al Apéndice Foral (11).

Siendo ambos Proyectos de clara inspiración centralista (12), preciso es afirmar que el verdadero antecedente del artículo tercero del Apéndice no fue la Ley de Matrimonio Civil, sino precisamente el propio Código Civil español, a través de su artículo 160.

Aparte del problema de su inspiración, interesa el análisis del contenido del transcrito artículo tercero del Cuaderno Foral, por cuanto del mismo podrán extraerse una serie de importantes consecuencias a la hora de interpretar el correspondiente precepto de la Compilación vigente.

Censuraba DE CASTRO aquel artículo porque, según decía, la remisión «a lo estatuido en este Apéndice... acerca de la capacidad para contratar», conllevaba necesariamente la aplicación del artículo 13 del mismo texto foral, precepto este último en el que se preveía la necesaria asistencia del padre, de la madre o del tutor, para que los menores del artículo tercero pudieran contratar. Con ello, concluía el insigne profesor, el precepto resultaba inoperante al eliminar la posibilidad de una administración autónoma por parte del menor (13).

BERCOVITZ hace notar igualmente que la adaptación de la preceptiva de la Ley de Matrimonio Civil al Apéndice Foral aragonés resultó fallida, al intentar encajarla en la situación descrita en el artículo trece del mismo, de auténtica raigambre aragonesa, en tanto que aquella carecía de todo tipo de antecedentes en el Derecho histórico aragonés (14).

Por mi parte, no veo tan equivocada, inútil y fallida la regulación dada por el Apéndice Foral de 1925 a la situación del aragonés mayor de catorce años de vida independiente. Por el contrario, la misma me parece bastante consecuente con los criterios entonces imperantes en relación a la edad, notablemente diferentes, según creo, a los actuales, como se irá explicando a lo largo de este trabajo.

El Apéndice Foral, en su artículo tercero, comenzaba por calificar de menores de edad a los que se encontraban en esa especial situación de

nuevamente GIL BERGES, CASAJÚS e ISABAL, y de la que surge el Proyecto, de 1904, que recibe en este caso el nombre del primero. Puede encontrarse en la misma obra citada en la nota anterior.

(11) Este fue aprobado por Real Decreto de 7 de diciembre de 1925.

(12) En su misma estructura, sus autores se preocuparon más de seguir la sistemática del Código Civil que de redactar un texto articulado específico del Derecho aragonés.

Era una época en la que el Código de Castilla influía poderosamente en los juristas aragoneses. El propio nombre de la obra legislativa nacida de aquellos Proyectos, el Apéndice Foral de 1925, demuestra claramente este aserto.

(13) *Op. cit.*, pág. 1127.

(14) *Idem.*

vida independiente. Era lógico, pues, que en orden a su capacidad para contratar no hubiera ninguna especial diferencia con aquellos otros que mantenían el ligamen personal de convivencia con sus padres. Para ambos, el artículo 13 exigía la especial asistencia de los padres o del tutor para cualesquiera actos de contratación.

El Apéndice no quiso establecer ninguna especial mayor capacidad de los menores de vida independiente. Se limitó pura y simplemente a atribuirles, desde el punto de vista meramente patrimonial, además de la propiedad y el usufructo de sus bienes, la administración de los mismos.

Esta era la única diferencia (insisto, que desde el punto de vista patrimonial solamente) con la otra clase de hijos. Mientras, respecto de éstos, la administración de sus bienes la detentaban los padres, para los de vida independiente, la administración se les confería a ellos personalmente.

De esta suerte, mientras los actos y contratos relativos a la administración de los bienes de los primeros eran realizados sólo y exclusivamente por sus padres, sin ninguna clase de intervención de los menores, los relativos a la administración de los bienes de los segundos eran realizados directamente por los propios menores, sólo que con la asistencia de sus progenitores. Y piénsese que, como se explicará más adelante, la *asistencia* no es ni mucho menos el *consentimiento*.

En realidad, el artículo 13 del Apéndice Foral podía interpretarse en uno de estos dos sentidos:

A) Que los contratos que *todos* los mayores de catorce años podían realizar por sí, aunque con asistencia de sus padres o tutor, eran solamente los relativos a actos de enajenación o disposición (es decir, de riguroso dominio), pero no los de administración que corresponderían a sus protectores (actuando en representación de los menores). En este caso la especial disposición del artículo 3, 1, tendría el importante significado de ampliar a los menores de vida independiente su capacidad para realizar también, y en las mismas condiciones, los contratos referentes a la administración de su patrimonio.

B) Que esos contratos del artículo 13 comprendía tanto a los referentes a actos de dominio como a los de mera administración. En este supuesto, el menor de vida independiente, y respecto de los negocios relativos a la administración de sus bienes, estaría en igualdad de condiciones que los demás menores. El *plus* del artículo 3 afectaría solamente al hecho en sí de la administración.

En cualquier caso, creo que el error de los autores antes citados parte de intentar aplicar unos mismos criterios interpretativos a la dis-

posición foral aragonesa (art. 3 del Apéndice) y a la castellana (art. 160 del Código Civil). El mismo BERCOVITZ lo reconoce expresamente. Con respecto al texto del Apéndice, dice que «no se trata de un precepto propio del ordenamiento aragonés, sino que, y al igual que el artículo 160, procede de la Ley de Matrimonio Civil y, consecuentemente, la interpretación conjunta resulta todavía más legítima» (15).

Cierto que uno y otro precepto—el foral aragonés y el castellano—tienen una misma fuente de inspiración; sin embargo, ello no implica, ni mucho menos, que su interpretación pueda correr paralela. Como el mismo autor reconoce, cada uno de dichos preceptos se inserta y entra a formar parte de un sistema de Derecho completamente distinto: el castellano, de mayor ambigüedad e integrado en un régimen de patria potestad de corte romanista (sumamente riguroso en sus planteamientos legales); el aragonés, de mucha mayor precisión y con un sistema mucho más liberal y progresista en lo que concierne a las relaciones parentales (16).

Siendo allí así, no veo cómo su interpretación pueda hacerse conjuntamente, ni cómo los criterios que se adopten respecto de uno, puedan servir para el otro.

En más de una ocasión he señalado y defendido que el Derecho civil aragones conforma y constituye un todo unitario y orgánico, que se rige por su propia normativa, y que en sí mismo encuentra los elementos suficientes—consuetudinarios y de principios esenciales—para colmar cualquier laguna o insuficiencia de que pueda adolecer (17).

Los principios esenciales en que el Derecho aragonés está cimentado son radicalmente distintos—y aún, a veces, contrapuestos—de los propios del Derecho común. De ahí que cualquier institución, por mucha identidad de antecedentes que tenga con otra similar de este último, habrá de ser interpretada a la luz de esos mismos principios, sin acudir para nada a los de cualquier otro sistema de Derecho.

La fuente de inspiración puede ser una misma para dos distintos ordenamientos jurídicos; sin embargo, su aplicación concreta, cimentada en el propio *substratum* socio-económico-cultural, no tiene por qué ser idéntica, mucho menos los resultados que de ella hayan de obtenerse.

Y esto es lo que entiendo ocurrió (y sigue ocurriendo hoy) con la figura del aragonés menor de edad de vida independiente.

3. Respecto de los Anteproyectos que precedieron y sirvieron de base al articulado de la Compilación (de obligada referencia en todo

(15) *Op. cit.*, pág. 1125.

(16) *Vid.* lo que se dice en este mismo trabajo, en el número 15 del epígrafe IV.

(17) *Vid.*, por ejemplo, la obra citada en nota (1), pág. 15.

estudio que quiera acometerse del Derecho aragonés vigente), entre ellos mismos y con respecto al texto positivo actual, pueden apreciarse algunas importantes diferencias, que creo trascienden de la simple variedad de redacción.

Así, en el Anteproyecto redactado por el Seminario de Jurisconsultos Aragoneses, de 1961, se hablaba del «*menor de edad*, mayor de catorce años», y se decía de él que, si llevaba vida independiente de sus padres, *conservaba* la administración de todos sus bienes (18).

El término «conservar» era a todas luces incorrecto, ya que el menor de edad, en el sistema del Anteproyecto, no tenía la administración de sus bienes, la cual correspondía ordinariamente a los padres. Y mal se puede conservar lo que antes no se ha tenido.

Más importante era la expresión «menor de edad»: con ella, el Anteproyecto en cuestión no hacía sino mantener el mismo criterio del Apéndice de 1925, entonces aún vigente, de calificar expresamente de menores a los aragoneses mayores de catorce años que llevaran (y aunque llevaran) vida independiente de sus padres.

El siguiente Anteproyecto del mismo Seminario, de 1962, sustituía el vocablo «conserva», por el más técnico «tendrá». De otra parte, seguía manteniendo la misma expresión «menor de edad» del Anteproyecto anterior (19).

El de 1963, también del Seminario aragonés, siguió igual redacción y criterio que su inmediato precedente (20).

Sin embargo, los términos cambian de forma importante a partir del primer Anteproyecto de la Sección Especial de la Comisión General de Codificación, de julio de 1965. En él ya no se habla del «menor de edad», sino del «mayor de catorce años». Por otra parte, no se hablaba en él solamente de «administración», sino de «libre administración» de todos sus bienes (21).

El siguiente Anteproyecto de la propia Sección Especial, de mayo de 1966, reproducía los mismos términos de su precedente (22).

4. A manera de resumen de lo hasta aquí expuesto, se puede concluir que el tema de los aragoneses de vida independiente, con anterioridad a su regulación en la vigente Compilación de 1967, pasa por las siguientes etapas:

En su primer estadio, el correspondiente al histórico Derecho de los Fueros y Observancias, la situación no presentaba ninguna diferenciación

(18) Artículo 5, 2, del Anteproyecto.

(19) Artículo 6, 3.

(20) Artículo 6, 3.

(21) Artículo 5, 3.

(22) Artículo 5, 3.

jurídica especial. El aragonés, por el hecho de cumplir los catorce años, era ya mayor de edad. Como antes señalaba, la vida independiente (la llevara o no) era una consecuencia lógica de su propio *status*.

Publicado el Código Civil español, algunos autores aragoneses cayeron en la tentación del criterio centralista y unificador que en algún momento había inspirado decisivamente a aquel Cuerpo legal, y orientaron sus obras hacia un sentido apendicista del Derecho aragonés, con referencia al castellano o común, con una profunda recepción de las instituciones previstas en éste. Esto es lo que ocurrió con los Proyectos de RIPOLLÉS y GIL-BERGÉS, a los que antes me refería. Sus autores pretendieron trasplantar al Derecho aragonés una regulación—la del menor de edad de vida independiente—que carecía de sentido en nuestro Ordenamiento, en unos momentos en los que, todavía vigente el Cuerpo de Fueros y Observancias, los aragoneses adquirían la mayoría de edad desde el momento de cumplir los catorce años (23).

En la redacción del Apéndice de 1925 debieron de influir de forma importante dichos autores, lo que, junto con la corriente de opinión que entonces empezaba a imperar en ciertos sectores de la doctrina, en el sentido de que el mayor de catorce años y menor de veinte no era propiamente un mayor de edad (24), determinó que en el Cuaderno Foral se estableciera la nueva mayoría de edad a los veinte años, al mismo tiempo que se introducía la figura importada del mayor de catorce años (25) de vida independiente, al que expresamente se calificaba de menor de edad.

En la última etapa, la de los Anteproyectos que precedieron a la vigente Compilación, se aprecia, como decía, una importante evolución. En tanto los redactados por el Seminario Aragonés siguen manteniendo el criterio del Apéndice, de la minoría de edad de los aragoneses de vida independiente, los emanados de la Sección Especial de la Comisión de Codificación eluden todo especial calificativo en este sentido, llamándoles simplemente «mayores de catorce años».

(23) *Vid.* nota (2) de este mismo trabajo.

(24) Varios juristas aragoneses anteriores al Apéndice de 1925 lo creían así. Entre ellos, PORTOLÉS, MOLINO, DIESTE, VIDIELLA, ORTEGA SAN INIGO, BLAS Y MELLENDO y FRANCO Y GUILLÉN. En contra, MARTON Y SANTA PAU.

Las tesis de SANCHO REBULLIDA (*vid.* nota [2] de este trabajo) vinieron a suponer una nueva y distinta interpretación de los antiguos Fueros y Observancias aragoneses, de gran valía para el estudio de nuestro Derecho histórico.

(25) Pese a que el criterio legal es de clara importación centralista, es de notar cómo los juristas aragoneses supieron adaptarlo, siquiera mínimamente, al Derecho tradicional aragonés, al establecer el límite de los catorce años, a diferencia del artículo 160 del Código Civil, del que no se deduce ningún límite al respecto.

III. LA VIDA INDEPENDIENTE

Muchas de las conclusiones que se adopten en este trabajo van a depender en gran medida del sentido que se le dé a la expresión legal «vida independiente».

Son varios los problemas que la misma plantea.

5. Una primera cuestión gira en torno a las relaciones que dicha expresión pueda conceptualmente tener con la «vida en común» o «vida en compañía» de los padres. Es decir, ¿cabe una vida independiente del hijo aún manteniendo éste un domicilio común con sus padres? ¿O, por el contrario, la vida independiente exige la existencia de domicilios separados de padres e hijo?

La doctrina científica española no es enteramente pacífica al respecto.

Así, MANRESA cree que la misma sólo existe cuando padres e hijo mantienen domicilios separados: «Pero téngase presente que, para que esa especie de emancipación (la llamada «tácita» del art. 160 del Código Civil) produzca dichos efectos, exige aquel artículo dos requisitos: Primero, que el hijo viva con independencia de sus padres; esto es, en casa aparte, por su propia cuenta, y no en compañía de los mismos, pues si sigue viviendo en su compañía, no se realiza tal emancipación, según el mismo artículo» (26).

En el mismo sentido, ROYO MARTÍNEZ: «Trátase aquí de la llamada emancipación presunta o de hecho, y, en consecuencia, por 'vivir' ha de entenderse no sólo morar fuera del hogar familiar, sino también proveer por sí a sus necesidades» (27).

Con criterio distinto, DE CASTRO señala que la «vida independiente» no supone «la separación familiar (domicilio), sino la económica: ejercer profesión, empleo, oficio, comercio o industria, administrarse por propia cuenta y beneficio» (28).

Del mismo parecer son también BERCOVITZ (29), DÍAZ-PICAZO y GULLÓN-BALLESTEROS (30).

6. Antes de pronunciar ningún criterio en esta materia, creo de interés analizar, siquiera brevemente, los antecedentes más importantes del precepto legal. Y como quiera que, según lo dicho más arriba (31), el

(26) JOSÉ MARÍA MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil español*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1957, tomo II, 7.ª edic., pág. 55.

(27) *Derecho de Familia*, Sevilla, 1949, pág. 299.

(28) *Compendio de Derecho civil. Introducción y Derecho de la persona*, 5.ª edic., Madrid, 1970, pág. 198.

(29) *Op. cit.*, pág. 1122.

(30) *Instituciones de Derecho civil*, vol. I, Edit. Tecnos, Madrid, 1975, pág. 72.

(31) Número 2 del epígrafe II.

texto foral entronca directamente con el artículo 160 del Código Civil en su origen histórico, preciso será acudir a las fuentes castellanas que en este caso se convierten, de algún modo, en antecedentes del propio artículo 5, 3.º, de la Compilación aragonesa.

En su origen parece que el precepto del Código Civil deriva de las leyes VI y VII del título XVII, cuarta Partida, de las de Alfonso X el Sabio.

En el epígrafe de la ley VI se lee literalmente: «Que los fijos pueden fazer lo que quisieren de las cosas que ganaren en castillo o en hueste, o en corte, maguer sean en poder de su padre».

El término «poder» está utilizado en la legislación de Partidas como equivalente del actual «patria potestad» del Derecho común. Es un «poder» que normalmente sólo se extingue con la emancipación (32).

En este sentido, ese «poder» no es el concepto simple de «convivencia», sino algo mucho más amplio, comprensible de todas las facultades inherentes a la «patria potestad», tanto en el orden económico cuanto en el personal.

Por ello, la advertencia «maguer» (equivalente al «aunque» actual) no puede significar en el texto clásico sino que las amplias facultades concedidas al hijo menor sobre los productos de sus ganancias (las que la ley señala específicamente) las tendrá «aunque no esté emancipado».

Nada induce a pensar, pues, que de la ley VI transcrita pueda deducirse ningún criterio de expresa referencia a la «compañía» o «convivencia». Precisamente, lo más probable es que en la sociedad castellana de la época, el hijo no emancipado siguiera conviviendo normalmente con sus padres, sujeto a la «potestad» de los mismos, salvo precisamente en lo atinente a las ganancias obtenidas por sus actividades militares o cortesanas.

7. En el Proyecto de Código Civil de 1851 parece que se altera sustancialmente el contenido de la legislación de Partidas. El artículo 154 establecía la pertenencia en propiedad y usufructo al hijo de los bienes que éste adquiriese con su trabajo o industria, «no estando en compañía del padre».

Seguidamente, el artículo 155 disponía que, respecto de dichos bienes, el hijo tendría también la administración, «para cuyo efecto se le considerará emancipado».

Resultaba así una doble variación importante con respecto al texto clásico. De una parte, se imponía la condición de no vivir en compañía del padre para que el hijo pudiera detentar la administración, usufructo

(32) Como expresamente se deduce de las Leyes XV a XIX, del Título XVIII, de la propia legislación de Partidas.

y propiedad de los bienes adquiridos con su industria o trabajo. De otra, y sólo en orden a la administración de tales bienes, se consideraba al hijo como emancipado.

Las diferencias estriban, como puede apreciarse, en el hecho de que la Ley de Partidas ni hablaba de emancipación en estos casos, ni exigía al hijo la no convivencia con sus padres.

GARCÍA GOYENA explicaba la innovación con las siguientes palabras: «El Derecho Romano y Patrio no reconocen esta excepción favorable al hijo, y que tiene por objeto dar alimento al trabajo y a la industria: sin embargo, era más importante y hasta necesaria en aquellos Códigos, puesto que ni la edad ni el matrimonio eran causas de emancipación» (33).

Aquellos preceptos, sin embargo, debían ponerse en conexión con el artículo 145 del mismo Proyecto, conforme al cual «el hijo no podrá dejar la casa paterna sin permiso de su padre, mientras estuviese en la patria potestad». De lo que se infiere que la falta de compañía familiar del artículo 154 debería estar siempre motivada en la expresa autorización o consentimiento del padre.

8. La Ley de Matrimonio Civil de 1870, recogiendo estos mismos criterios, disponía en su artículo 66 que «el padre, y en su defecto la madre, no adquirirán la propiedad, el usufructo ni la administración de los bienes adquiridos por el hijo con su trabajo o industria, *si no viviere en su compañía*».

Precepto que venía completado por el siguiente, el artículo 67, que afirmaba que «el hijo se reputará como emancipado para la administración y usufructo de los bienes comprendidos en el artículo anterior».

Se mantenía, pues, la expresa condición de la no convivencia con los padres, nada se decía sobre posible autorización para ello y, por otro lado, se ampliaba la consideración de emancipado también al usufructo de los bienes, y no sólo a la administración, como en el Proyecto de 1851.

9. En el artículo 160 del Código Civil se habla, en primer lugar, de los hijos sujetos a la «potestad y compañía» de sus padres, para contraponerlos seguidamente a los que «viven independientes» de éstos.

BERCOVITZ intenta explicar estas expresiones del Código considerando que los términos «potestad y compañía» hacen referencia al menor no emancipado, al que de alguna manera definen, en tanto que para los de vida independiente sólo el primero de ellos sería aplicable en sentido negativo, pero no el segundo. Es decir, que el menor de vida independiente sería el no sujeto a la «potestad» de los padres, aunque viviera en su «compañía» (34).

(33) *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Zaragoza, 1974, edición de la Cátedra del Prof. LACRUZ BERDEJO, págs. 154 y 155.

(34) *Op. cit.*, pág. 1123.

Resulta difícil admitir esta explicación.

Precisamente, a los resultados que este autor desea, es decir, la posibilidad de una «vida independiente» aún viviendo el hijo en «compañía» de sus padres, se puede llegar, a mi entender, más fácilmente por otros caminos que el propio sistema del Código brinda.

En efecto, el artículo 155, 1.º, dispone como deber fundamental de los padres, con respecto a sus hijos, el «tenerlos en su compañía». Deber que, en principio, parece irrenunciable, como inherente que es a la función de protección del menor en que la patria potestad ha de consistir.

Según esto, entonces, y ateniéndonos a una interpretación estricta de los textos del Código, podríamos llegar a una solución contraria a la de la generalidad de la doctrina: que la «vida independiente» de los menores exige precisamente una real «convivencia» con sus padres, una convivencia en «compañía» de los mismos.

Apunta, sin embargo, MANRESA que aun cuando la «convivencia» en cuanto deber de los padres no podría ser renunciada, sin embargo, «cuando sea contrario al interés del hijo, como el deber se impone precisamente en beneficio de éste, podrá el padre disponer que viva separado de su hogar, lo que acontece cuando lo exigen las necesidades de sus estudios o de su profesión» (35).

Y éste puede ser el supuesto del artículo 160.

Así, pues, y para el Derecho del Código me atrevería a concluir que la «vida independiente» del menor presupone, en principio, la convivencia con sus padres, y que sólo en supuestos especiales, y atendidos preferentemente los propios intereses del menor, aquella independencia, previo consentimiento de los progenitores, podrá ser total, es decir, con separación incluso de domicilios.

10. Para el Derecho aragonés, DELGADO ECHEVERRÍA, y siguiendo claramente la *communis opinio* manifestada para el Derecho común, parte de la base de que la «vida independiente» presupone normalmente la separación de domicilios, al afirmar que la misma «puede serlo, incluso, conviviendo en el hogar paterno» (36).

Desde luego, hay que partir de la base de que en el Derecho de la Compilación, aunque no existe un precepto taxativo similar al del artículo 155, 1.º, del Código Civil, en el que se imponga a los padres el deber de tener en su compañía a los hijos menores, esta obligación ha de entenderse implícita en el propio «deber de crianza y educación» en que la autoridad familiar aragonesa consiste, conforme al artículo 9 del texto foral vigente.

(35) *Op. cit.*, pág. 54.

(36) JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA, *El Derecho aragonés*, Alcrudo Editor, Zaragoza, 1977, págs. 79 y 80.

Deberes éstos de crianza y educación que no son fáciles de entender si no es precisamente sobre la base de la convivencia de padres e hijos.

Pienso, sin embargo, que en Aragón el problema debe plantearse en estrecha vinculación con el régimen de funcionamiento de las instituciones familiares.

En este orden de cosas, en los lugares de nuestra región en los que la Casa, como tradicional institución foral (37), mantiene todavía su pujanza, resulta muy difícil pensar en una «vida independiente» del menor «en compañía» de sus padres. La Casa aparece en dichas zonas como una entidad familiar fuertemente cerrada y jerarquizada. En ella, el «señor mayor», el padre de familia, detenta la suprema autoridad sobre ésta, tanto en el aspecto patrimonial como en el personal, y a ella quedan supe-
ditados todos sus miembros integrantes.

Cuando, por razones de matrimonio u otras, el padre hace dejación de su autoridad a favor de algún hijo (generalmente, el primogénito), se produce una suerte de subrogación o sucesión personal (unida, normalmente, a la patrimonial, a través de la típica institución contractual de heredero), mediante la cual el hijo asume esa autoridad que antes deten-
taba su padre, pasando éste a un segundo plano en el orden de las relaciones patrimoniales y jurídicas (si bien, manteniendo de forma impor-
tante una suerte de autoridad moral, que nunca perderá, en tanto con-
serve su natural capacidad de discernimiento).

Esta muy somera descripción de la institución aragonesa de la Casa incita a pensar en la práctica imposibilidad de que dentro de ella quepa el supuesto de un menor de edad con independencia de vida. Cuando ésta se produce, va unido a ella, casi indefectiblemente, el real abandono del menor del domicilio familiar, para formar por sí mismo un nuevo hogar y, en su caso, una nueva familia. Otra cosa iría contra la esencia misma de la institución familiar de la Casa (38).

Esa unidad de domicilios, pese a la vida independiente, sólo cabe pensarla para Aragón en las zonas en donde las tradicionales instituciones familiares no se conservan o no han llegado nunca a arraigar. Especial-
mente, en los núcleos urbanos, y no en todos.

Precisamente, las distintas condiciones sociales de vida de éstos, en relación con las zonas rurales tradicionales, pueden hoy abonar esta po-
sibilidad, y aún con ciertas reservas.

Las mayores dificultades de colocación que los jóvenes encuentran

(37) LUIS MARTÍN-BALLESTERO Y COSTEA, *La Casa en el Derecho aragonés*, Zaragoza, 1944.

Por mi parte, he expuesto un nuevo concepto de la Casa aragonesa, adaptado a la realidad de los tiempos actuales, en mi obra *El derecho de abolorio aragonés*, actualmente en vías de publicación.

(38) *Vid. op. cit.* en nota anterior.

en el medio urbano, unido a la consecuencia que de ello suele derivarse de un notable retraso en la edad de contraer matrimonio (y formar propia familia), por comparación también, a las otras zonas rurales descritas, puede hacer que el menor, aún teniendo una cierta autonomía patrimonial y laboral que le permita llevar «vida independiente» de sus padres, no sienta tanto la necesidad de apartarse del domicilio de éstos, manteniendo entonces una cierta convivencia y unidad domiciliar que, como los autores señalan, no es incompatible con la independencia de vida a la que me vengo refiriendo.

En todo caso, y especialmente en estos núcleos urbanos, toda esta cuestión es sumamente contingente, dependiendo como está de la evolución constante, y día a día acelerada, de los modos y modas sociales, sumamente cambiantes y mutables. Cada tiempo arrastra tras de sí sus propias premisas sociales, y a ellas debe acomodarse cualquier interpretación jurídica que en este orden de cosas haya de hacerse.

11. Dice BERCOVITZ que la «vida independiente» es siempre una «situación fáctica» (39).

Por mi parte, pienso que, si bien puede existir dicha situación fáctica de vida independiente, aquélla a la que la legislación se refiere, por venir matizada por unas más o menos importantes consecuencias jurídicas, adquiere un valor en el orden del Derecho que exige necesariamente se le califique de «situación jurídica».

La afirmación de BERCOVITZ creo que puede ser válida referida exclusivamente al Derecho aragonés y a un posible primer estadio en la existencia de la «vida independiente».

En efecto, y como tendré ocasión de exponer más adelante, conforme al artículo 160 del Código Civil, la «vida independiente» del menor no puede surgir si no es con el *previo consentimiento* de sus padres. La autorización prestada por éstos determina el momento en el que aquélla surge a la vida del Derecho. Pensar en otra cosa, hablar de «situación fáctica» de vida independiente de un menor sujeto al Derecho común, es tanto como admitir la violación del deber de convivencia que el Código exige a padres e hijos, en cuanto emanación directa de la patria potestad castellana.

Por el contrario, el Derecho aragonés, donde, según expondré seguidamente, ese «consentimiento» de los padres puede surgir con posterioridad al hecho real de la «vida independiente» del mayor de catorce años, es el único Ordenamiento jurídico español en el que cabe hablar de una posible «situación fáctica» como anterior a la «jurídica» del texto legal.

«Situación fáctica» que siempre habrá de ser de muy corta duración,

(39) *Op. cit.*, pág. 1123.

en aras de la propia inseguridad jurídica que la misma puede normalmente producir.

12. Vida independiente efectiva. No creo que sea necesario insistir demasiado en este punto. Para que se dé la situación jurídica que el artículo 5, 3.º, de la Compilación aragonesa plantea, y para que puedan producirse las consecuencias derivadas de ella, será preciso que el hijo lleve una *vida independiente efectiva*.

No bastará con que pase más o menos largos períodos fuera del hogar paterno (por estudios u otras causas). Precisamente, la ausencia del domicilio familiar, como más arriba se decía, no es la nota que más caracterice a la «vida independiente» del texto legal.

Como señala DE CASTRO, la separación más importante es la económica: que el hijo ejerza profesión, empleo, oficio, comercio o industria, que se administre por propia cuenta y beneficio (40).

En definitiva, que goce de una verdadera autonomía patrimonial, lo suficientemente amplia como para poder subvenir normalmente a sus necesidades ordinarias (41).

13. Queda una última cuestión en esta materia que me parece realmente importante. El artículo 5, 3.º, de la Compilación aragonesa, en igual sentido que el 160 del Código, habla de los hijos que viven independientes de sus padres.

Ante ello cabe plantearse si la situación jurídica de vida independiente, así como los efectos propios de la misma, pueden aplicarse en nuestro Derecho al aragonés mayor de catorce años sometido no a la autoridad familiar de sus padres, sino a la de otras personas.

Las situaciones en el Ordenamiento aragonés pueden ser muy diversas.

En primer lugar, la del menor sometido a tutela (única especialidad posible a este respecto en el Derecho del Código).

Si la vida independiente pretende plantearla el menor una vez ya constituida la tutela, entiendo aplicables a nuestro Derecho los criterios que BERCOVITZ expone para el Derecho castellano, y, en especial, la necesidad de que el «beneplácito» lo otorgue no sólo el tutor, sino también el Consejo de Familia (42).

Ahora bien, la cuestión se plantea en términos distintos en nuestro Ordenamiento si la tutela no ha sido constituida. Además del supuesto a que me referiré seguidamente de la posibilidad existente en Aragón de sus-

(40) *Op. cit.*, pág. 197.

(41) Precisamente, lo de ejercer profesión o trabajo, en general, me parece lo menos importante. También puede llevar «vida independiente», en los términos de la Compilación, el aragonés mayor de catorce años que detenta la titularidad de un muy importante patrimonio que le permite vivir holgando.

(42) *Op. cit.*, pág. 1148. *Vid.* las consecuencias de índole patrimonial que, para el supuesto de referencia, plantea el autor.

tituir dicha institución por la autoridad familiar de los abuelos, cabe también pensar en que el «beneplácito», a expresa solicitud del menor, lo conceda una especial Junta de Parientes constituida al efecto (43). El único inconveniente para ello provendría del hecho de que los abuelos recabaran para sí la autoridad familiar ejercida antes por los padres. Sin embargo, tal inconveniente desaparece si se piensa que, conforme al Derecho aragonés, esa especial Junta de Parientes vendría normalmente constituida por los propios abuelos, en todo o en parte (*vid.* arts. 20, 2, y 21, 3, de la Compilación).

Lo que no creo posible en Aragón, con arreglo a los planteamientos que aquí se hacen y a los resultados a que más adelante llegaré, es que se dé el supuesto, que BERCOVITZ también plantea, del menor que lleva vida independiente por concesión de sus padres y, fallecidos éstos, es sometido a tutela. Si, como entiendo, el aragonés de vida independiente es un mayor de edad (según explicaré más adelante), no cabe pensar en posibilidad alguna de someterlo a tutela.

Pero en Aragón, además, y como antes apuntaba, cabe que la autoridad familiar (la «patria potestad» del Código) la ejerzan también los abuelos. Conforme al artículo 10, 1.º, de la Compilación, «fallecidos los padres, o cuando éstos fueren privados judicialmente de la autoridad familiar o de su ejercicio, o de hecho no atiendan a sus hijos menores, los abuelos, por el orden señalado por el Código Civil para la tutela legítima, podrán tenerlos consigo y criarlos, asumiendo a tales fines la correspondiente autoridad».

Interesante precepto éste que plantea una serie de muy importantes problemas en los que ahora, desde luego, no puedo entrar (44). En este

(43) Quiero aquí recordar el supuesto de hecho que me movió en su día a escribir el trabajo antes citado *Mayoría de edad en Aragón por concesión expresa*. Se trataba de una menor de edad aragonesa, mayor de catorce años, que había quedado huérfana de padre y madre, y a quien, y a su instancia, sus únicos dos hermanos, mayores de edad y de comprobada solvencia, decidieron concederle los beneficios de la mayoría de edad anticipada, lo que efectuaron reunidos en Junta de Parientes aragonesa, en escritura autorizada bajo mi fe, y en un solo acto (*vid.* art. 21, 3, de la Compilación). Aquella concesión especial de mayoría estaba basada, en la práctica, no sólo en la necesidad que la menor tenía de poder actuar con absoluta libertad en el orden patrimonial, sino también en el hecho de que realmente la beneficiaria llevaba, desde el fallecimiento de sus padres, una auténtica vida independiente (*vid.* mi trabajo citado, pág. 11).

(44) Es un precepto muy especial de nuestra legislación, que merece la pena un estudio aparte, para tratar de solventar los numerosos problemas que presenta. Por ejemplo: ¿Cómo compaginar la remisión que el texto foral hace al Código Civil con la posible autoridad familiar compartida de los abuelos?; esta especial autoridad familiar ¿es voluntaria o forzosa para los abuelos?; ¿es una autoridad plena, como la que tenían los padres, o sólo limitada al cuidado y crianza de los nietos, pero no a su educación?; en orden a los problemas de interregionalidad, ¿cabe pensar que unos abuelos no aragoneses ejerzan esa especial autoridad sobre unos nietos que sí lo son? ¿Y con preferencia a otros posibles abuelos que sí sean

momento me interesa poner de manifiesto exclusivamente que en Aragón, en defecto de los padres, la autoridad familiar puede venir ejercida por los abuelos. Cuando este supuesto se dé, corresponderá a ellos conceder el «beneplácito» a que el artículo 5, 3.º, de la Compilación se refiere.

IV. REQUISITOS LEGALES

14. El artículo 5, 3.º, de la Compilación de Aragón, y con referencia a los aragoneses de vida independiente, comienza por exigir expresamente la edad de los catorce años.

Se mantiene así una constante que arranca ya del primer texto positivo en la materia, el Apéndice de 1925.

Desde entonces, y hasta el momento legislativo actual, el criterio no ha sido modificado.

Diferencia, pues, importante con el Derecho del Código Civil, respecto del cual, y ante la falta de especificación del propio artículo 160, la generalidad de la doctrina conviene en la falta de una edad determinada a partir de la cual pueda darse la situación jurídica especial derivada de la vida independiente (45).

La edad de los catorce años representa en Aragón un hito importante en tema de capacidad civil. En el período histórico de los Fueros y Observancias, como antes decía, determinaba el momento a partir del cual se entendía adquirida la mayoría de edad. Desde el Apéndice Foral hasta el momento actual, al establecerse como nueva mayoría de edad la de los dieciocho años (46), el período comprendido entre los catorce y los dieciocho, se han mantenido como una situación especial en la que el menor (cuando lo es) goza de unas amplias facultades de actuación negocial, muy superiores, desde luego, a las del emancipado castellano (47).

15. La Compilación no hace especial referencia al estado civil del aragonés de vida independiente, a diferencia del Apéndice en donde se hablaba expresamente de «hijo *soltero* mayor de catorce años».

Ello es lógico por el propio sistema aragonés, en el que el hecho del

aragoneses, por aplicación taxativa de las normas del Código Civil, a las que la Compilación se remite?; etc.

(45) BERCOVITZ, *op. cit.*, pág. 1133; DE CASTRO, *op. cit.*, pág. 197; Díez-PICAZO y GULLÓN-BALLESTEROS, *op. cit.*, pág. 72.

(46) En el Apéndice se estableció inicialmente la de los veinte años, siguiendo así el Derecho tradicional aragonés, en el que nunca se distinguieron más edades especiales que la de los catorce y la de los veinte años. Fue la Ley de 13 de diciembre de 1943, de aplicación general a toda España, la que estableció, también para Aragón, la nueva mayoría; y últimamente, el Decreto de 17 de noviembre de 1978, rebajándolo a los dieciocho.

(47) El artículo 5, 1.º, de la Compilación dispone expresamente que los mayores de catorce años pueden celebrar por sí toda clase de actos y contratos, con asistencia, en su caso, de su padre, madre, tutor o Junta de Parientes.

matrimonio determina automáticamente la mayoría de edad de los contrayentes (igual en el Apéndice que en la Compilación).

16. Las diferencias de sexo no influyen para nada en esta materia.

Distinta me parece la situación derivada de la regulación del Apéndice Foral. En él, su artículo 12, párrafo tercero, establecía la expresa prohibición a las hijas de familia (*sic*) mayores de edad, pero menores de veinticinco años, de abandonar la casa de sus padres, si no era con licencia de los mismos, o para contraer matrimonio o ingresar en religión, o cuando los padres hubieran contraído ulteriores nupcias o hubieran dado motivo de falta de moralidad o malos tratos para la separación de la hija.

Puesto en relación dicho precepto con el artículo tercero, regla tercera, del propio Apéndice, se aprecia un mayor rigorismo en lo que se refiere a las mujeres. En uno se habla de «licencia» para abandonar la casa paterna; en el otro, solamente de «beneplácito», término éste que parece mucho menos rígido y formalista que el anterior. El artículo tercero aludía a «otro motivo legítimo» como determinante de la vida independiente, en un sentido muy amplio y nada restrictivo; el artículo 12 enumeraba taxativamente las causas en virtud de las cuales la hija podía abandonar la casa familiar.

Eran, desde luego, otros tiempos.

17. Uno de los fundamentales requisitos exigidos por el texto foral vigente para que el aragonés pueda llevar vida independiente de sus padres es que cuente con el *beneplácito* de éstos o que exista justa causa.

Respecto de la primera alternativa, el Apéndice de 1925 empleaba ya la misma terminología que la Compilación.

El artículo 160 del Código Civil utiliza el término *consentimiento*.

¿Puede decirse que ambas expresiones, «beneplácito» y «consentimiento», son equivalentes? Y caso de no serlo, ¿qué diferencias existen entre una y otra?

Aparentemente, las dos son idénticas. Y, sin embargo, el hecho de que la Compilación aragonesa (igual que el Apéndice) utilice aquí este término, cuando en otros lugares de su texto emplea la palabra «consentimiento» (48), hace dudar de que el legislador foral quisiera usar un vocablo igual y un concepto idéntico a los del Código Civil.

A mi modo de ver, la distinción podría encontrarse en las propias diferencias existentes en uno y otro sistema—el castellano y el aragonés—en materia de autoridad parental.

La «patria potestad» del Código, en cuanto de inspiración romana que

(48) *Vid.*, por ejemplo, el artículo 51, a propósito de la enajenación por el marido de bienes inmuebles o establecimientos mercantiles de la sociedad conyugal; o el artículo 67, sobre actos de disposición, a título oneroso, de bienes de la comunidad conyugal continuada.

es, comporta un criterio de dominio y control de los padres (el padre y, sólo en su defecto, la madre) sobre sus hijos, y tanto desde el punto de vista patrimonial (usufructo y administración de sus bienes), cuanto del personal (derecho de corrección con internamiento, representación hasta los dieciocho años).

La «autoridad familiar» del Derecho aragonés, entendida tradicionalmente como función y deber de los padres, antes que como derecho y privilegio sobre sus hijos, tiene un sentido de mucha mayor flexibilidad y progresismo que en el Código Civil. La autoridad compartida de padre y madre, la posibilidad de atribuirle a los abuelos (incluso viviendo los padres), la mayoría de edad por matrimonio (y, quizá también, por concesión expresa y por vida independiente), la inexistencia de la emancipación, las grandes posibilidades de actuación negocial de los mayores de catorce años, la autoridad familiar referida exclusivamente a las relaciones personales, son otras tantas particularidades forales que denotan la existencia en Aragón de un sentido de autoridad parental mucho más flexible, como digo, que en el Derecho del Código.

Pero es que si nos remitimos al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, ambos términos no tienen idéntico significado.

Así, «consentir» significa «permitir una cosa», y «permitir» es, literalmente, «dar uno su consentimiento para que otros *hagan o dejen de hacer una cosa*».

De otro lado, la palabra «beneplácito» se equipara en el Diccionario con «aprobación», y «aprobar» significa exactamente «dar por buena una cosa».

El «hagan» o el «dejen de hacer» de la primera definición es un subjuntivo que hace acepción de futuro, se refiere a algo que todavía no se ha hecho o dejado de hacer. El «consentimiento» es así un acto de voluntad que levanta una limitación a la libre actuación del sujeto a que el mismo va dirigido. Entonces, parece que el «consentimiento» ha de ser necesariamente previo al acto que se pretende realizar o a la situación que se quiere establecer. Para nuestro caso concreto, el «consentimiento» del artículo 160 del Código Civil presupone una manifestación de voluntad de los padres, *previa* a la situación de «vida independiente»; si no hay consentimiento, no hay vida independiente (al menos, jurídicamente eficaz); aquél debe ser antes que ésta.

Por el contrario, «dar por buena una cosa» (equivalente a «beneplácito») significa precisamente que alguien aprueba lo que ya existe. La expresión hace referencia al pasado. Alude a una suerte de confirmación de algo que ya se ha producido (la «vida independiente»). El «beneplácito» surge así *a posteriori* de la situación que viene a «aprobar».

18. Ciertamente que ambos, «consentimiento» y «beneplácito», podrán ser expresos o tácitos (49).

Pero, insisto, en todo caso el primero habrá de ser previo a la vida independiente, en tanto que el segundo no tiene por qué serlo.

Por ello, me resulta difícil admitir la afirmación de algunos autores que entienden que el consentimiento del artículo 160 del Código Civil puede considerarse prestado por los padres del menor, cuando aquéllos conocen la vida independiente de sus hijos y no se han opuesto a ella (50).

Esto puede ser válido para el Derecho aragonés, en el que, como antes decía, la vida independiente puede surgir con anterioridad a ninguna manifestación, ni expresa ni tácita, de los padres. En él es donde la falta de oposición de éstos a una situación *ya creada* puede presuponer un «beneplácito», una «confirmación» tácita, de la misma.

Sin embargo, no creo que esa afirmación doctrinal pueda ser válida para el Derecho del Código Civil, en donde el «consentimiento» del artículo 160 ha de ser necesariamente *previo* a la propia vida independiente.

Previo que, como digo, no significa necesariamente que haya de ser expreso. Podrá ser también tácito, «deducido de una serie de actos concluyentes de carácter inequívoco», por lo que respecta a los padres, o «de una serie de actos que no habría posibilidad de realizar» en caso de no existir la vida independiente, por lo que atañe al menor.

19. Me parece muy importante deducir de todo lo dicho las consecuencias prácticas en orden a una posible actuación negocial de los hijos de vida independiente.

Porque puede ser frecuente (y cada día más, consecuencia de la propia evolución social de la juventud) la comparecencia en una Notaría (o ante cualquier otro funcionario público) de un aragonés mayor de catorce años, que manifieste llevar vida independiente de sus padres, con el beneplácito de éstos, y recabe una determinada actuación pública del funcionario, que el compareciente no podría realizar por sí solo, de no ser cierta la situación de vida independiente «dada por buena».

Estimo que, por la importancia que en Derecho civil tienen los temas relacionados con la capacidad civil de los otorgantes, el Notario no debe autorizar el acto de que se trate basado exclusivamente en las afirmaciones del compareciente. Y, consecuentemente, el Registrador de la Propiedad no deberá inscribir un documento notarial relativo a una determinada actuación negocial de un aragonés de «vida independiente», si no se le demuestra el «beneplácito» de los padres para la misma.

La forma más sencilla en que éste puede constar es mediante la expresa afirmación de los padres en sentido favorable a la «vida independiente»

(49) DE CASTRO, *op. cit.*, pág. 197.

(50) DE CASTRO, *idem*.

de su hijo, bien en el mismo documento en el que se plasme la actuación jurídica de éste, bien en otro distinto, anterior o, incluso, posterior a aquél.

Pero puede suceder que los padres no se presten a la firma de ningún documento en este sentido. Pienso que, entonces, cabe todavía acudir a un doble procedimiento notarial, a través de otras tantas clases de actas (51).

Una de ellas sería el acta de requerimiento en la que, a instancia del propio interesado (el hijo de «vida independiente»), se conmina a los padres para que manifiesten si dieron o no su «beneplácito» a la vida independiente del hijo. La respuesta afirmativa sería la más clara e interesante a este respecto. Sin embargo, creo que una falta de contestación por parte de los padres, dentro de un plazo de tiempo prudencial, podría entenderse también como concesión del «beneplácito», y ello por cuanto precisamente para éste puede aplicarse, según antes decía, el criterio de la falta de oposición de los padres (52).

Un segundo procedimiento estaría constituido por el acta de notoriedad, otorgada a instancias del hijo interesado, y en la que éste solicita del Notario autorizante que, previa la práctica de las pruebas que estime pertinentes y de los informes y asesoramientos que juzgue de interés, llegue a acreditar por notoriedad el doble hecho de la «vida independiente» del interesado y la existencia del «beneplácito» de sus padres (53).

Desde luego, y dada la importancia del tema, habrían de ser éstas dos actas en las que el funcionario autorizante pusiera el máximo celo en su realización (54).

(51) De las reguladas por los artículos 202 y ss. del vigente Reglamento Notarial, de 2 de junio de 1944.

(52) Por el contrario, creo que para el supuesto regulado por el artículo 160 del Código Civil, la falta de contestación de los padres al acta de requerimiento no debería ser considerada como «consentimiento», ni siquiera tácito, a la vida independiente del hijo requirente.

(53) «Las actas de notoriedad—dice el artículo 209, 1, del Reglamento Notarial—tienen por objeto la comprobación de hechos notorios sobre los cuales puedan ser fundados y declarados derechos y legitimadas situaciones personales o patrimoniales, con trascendencia jurídica».

Estas actas de notoriedad tienen la ventaja de que en ellas los padres pueden ser oídos, sobre la base de las notificaciones previstas en el artículo 209, segundo, 2, del Reglamento Notarial. Además, estas actas pueden no limitarse solamente a constatar el hecho de cuya notoriedad se trate (en nuestro caso, la vida independiente), sino que, incluso, el Notario puede llegar a emitir en ellas juicios de valor sobre derechos o legitimación de situaciones personales o patrimoniales del requirente cuando éste lo solicite de forma expresa (art. 209, cuarto, 2, del Reglamento Notarial). No considero exagerado, pues, que en los supuestos de aragoneses de vida independiente, el Notario pueda llegar a acreditar que, a su juicio, la situación (personal y patrimonial) de «vida independiente» del requirente es legítima y conformada a Derecho (por estimar que se ha dado el «beneplácito» de los padres) e, incluso, que el otorgante ha llegado a alcanzar con ello el derecho a ser tenido por mayor de edad, supuesto, para esto último, que se estimen válidas las conclusiones a que llevo en este trabajo.

(54) Así, en las de requerimiento el Notario debería esforzarse en la entrega

20. Justa causa. Esta es la segunda alternativa que el artículo 5, 3.º, de la Compilación aragonesa otorga al mayor de catorce años para poder llevar vida independiente de sus padres.

Con similar expresión, el Apéndice de 1925 hablaba de «motivo legítimo».

A diferencia del «beneplácito» que, como antes señalaba, hace referencia a una situación ya creada, la «justa causa» creo que alude a un hecho de futuro—la vida independiente—y debe ser previa al mismo.

Erróneamente, a mi modo de ver, BERCOVITZ entiende que «la '*justa causa*' opera para defender la '*subsistencia*' de la vida independiente del menor, pero no para imponer su nacimiento» (55). En este sentido, y partiendo el autor de que el «beneplácito» foral es revocable libremente por los padres, al igual que el «consentimiento» del Código Civil, considera que la mayor virtud del artículo 5 de la Compilación, por encima del 160 del Código, está precisamente en el hecho de que dicha revocabilidad no podrá producirse cuando medie una justa causa que autorice al hijo a mantener su «vida independiente» (56).

No lo creo así. El sentido que hoy se da en la Compilación a la «justa causa» no es distinto—no tiene por qué serlo—del que tenía en el Apéndice el «motivo legítimo». Y en el Cuaderno Foral estaba claro que tal motivo se situaba a la misma altura, y con el mismo valor, que el «beneplácito» paterno. «Que viva independiente del padre o de la madre, con el beneplácito de éstos o por otro motivo legítimo», decía textualmente el precepto del Apéndice. La cuestión estaba clara, no sólo por el uso de la disyuntiva «o», que determinaba una igualdad en el funcionamiento de ambos conceptos, sino porque, incluso, según se desprendía del propio texto, el mismo «beneplácito» quedaba incluido como un «motivo legítimo», uno más de los que pudieran existir («con el beneplácito... o por otro motivo legítimo»).

DELGADO ECHEVERRÍA mantiene este mismo criterio cuando afirma que «incluso contra la voluntad de los padres será legítima la vida independiente de este menor y, consiguientemente, la libre administración de todos sus bienes» (57).

Insiste BERCOVITZ en que «mientras que no exista previamente la si-

de la cédula a los padres, no contentándose con hacerlo «al portero del inmueble o a un vecino cualquiera» inmediatamente después del primer intento fallido de localización de los requeridos, como le autoriza el Reglamento Notarial vigente (artículo 202, 1). Y con respecto a las actas de notoriedad, la práctica de pruebas a que se refiere el artículo 209, segundo, del Reglamento Notarial, debería ser lo más exhaustiva posible, sin dejar de publicar, además, los edictos a que se refiere el mismo precepto.

(55) *Op. cit.*, pág. 1125.

(56) *Idem.*

(57) *Op. cit.*, pág. 80.

tuación de vida independiente del menor, que—no se olvide—es una situación fáctica, no se puede hablar de justa causa para su existencia. En efecto—añade—, la justa causa tiene que basarse necesariamente en la apreciación de dicha situación fáctica (a partir de la cual se puede apreciar primeramente si el menor se encuentra realmente en condiciones para gobernarse a sí mismo), que no puede existir sin el previo consentimiento de los padres... Con lo que se cae en un círculo vicioso del que sólo se sale contando inicialmente con dicho consentimiento, totalmente al margen de cualquier 'justa causa' del tipo requerido, inexistente hasta que se cree la situación fáctica de vida independiente» (58).

Me da la impresión de que el «círculo vicioso» se lo crea este autor él solo. Parte de la base de que la vida independiente sólo cabe con el «beneplácito» de los padres, y obtiene la consecuencia de que la «justa causa» sólo puede existir para justificar una situación ya nacida. Da también a entender que los jueces sólo podrán apreciar si el menor puede gobernarse por sí mismo, para vivir independiente de sus padres, si ya ha vivido de esa manera y ha demostrado la suficiente capacidad para ello.

Creo, sinceramente, que BERCOVITZ minimiza en extremo las facultades de apreciación de los jueces. Es como si, con respecto al Derecho común, para conceder la autorización de habilitación de edad al menor huérfano sujeto a tutela, el Presidente de la Audiencia precisase que dicho menor viviese previamente, una temporada, como habilitado de edad, para después poder enjuiciar sobre la conveniencia o no de la autorización.

Cualquier órgano judicial, por sí y con el uso de los medios técnicos y periciales hoy existentes, puede apreciar perfectamente acerca de la conveniencia o no de conceder la vida independiente de un menor.

Además, como trataré de demostrar más adelante, las consecuencias de la vida independiente de un aragonés mayor de catorce años no son las mismas que las derivadas para el menor del artículo 160 del Código Civil. Mientras éste, pese a la vida independiente, parece que sigue siendo menor de edad (equiparado, a lo sumo, a un menor emancipado), el aragonés, por el hecho de la vida independiente justificada, adquiere *ipso iure* la plena capacidad de obrar, la mayoría de edad.

Si ello es así, no tiene sentido hablar de «justa causa» para mantener la «subsistencia» de la vida independiente. Desde el momento en que ésta se tenga lícitamente, su irrevocabilidad es absoluta, como lo es cualquiera otra forma de adquisición o concesión (59) de mayoría de edad (o como lo es la emancipación en el Código Civil. Cfr. art. 319).

Por todo ello, entiendo como mejor criterio interpretativo del artícu-

(58) *Op. cit.*, pág. 1125.

(59) *Vid. mi trabajo Mayoría de edad en Aragón por concesión expresa*, citado en nota (1), págs. 26 y 27.

lo 5, 3.º, de la Compilación aragonesa, que la «justa causa» es determinante del nacimiento de la vida independiente, pero no de su subsistencia.

Otra cosa distinta será que en el momento de su apreciación el hijo viva ya, de hecho, independiente de sus padres. La situación fáctica puede haberse producido, pero su eficacia jurídica sólo será reconocida desde que la «justa causa» existiera (que puede ser posterior al inicio fáctico de la vida independiente).

Algo similar a lo que antes decía del «beneplácito». Este exige que la situación fáctica exista. Pero dicha situación no produce efectos jurídicos, sino desde el momento en que el «beneplácito» sea otorgado, expresa o tácitamente.

En todo caso, y como señala DELGADO ECHEVERRÍA, la «justa causa» habrá que entenderla «con gran amplitud y atendiendo sólo al bien del hijo, que es la finalidad exclusiva de la autoridad familiar en nuestro Derecho» (60).

Su apreciación, como antes se indicaba, habrá de corresponder, en todo caso, a los Tribunales.

V. EFECTOS DE LA VIDA INDEPENDIENTE

Para llegar a la consecuencia fundamental que entiendo se deriva de la vida independiente del mayor de catorce años en Aragón, y que, a mi modo de ver, es su plena equiparación con el mayor de edad, conviene estudiar por separado los distintos efectos jurídicos que, en sí mismo, provoca el precepto del artículo 5, 3.º, de la Compilación vigente.

Estos son de dos órdenes diferentes: patrimoniales y personales.

21. Administración de los bienes. Como se ha indicado ya más arriba, el comentado precepto del texto foral dispone expresamente que el mayor de catorce años que lleve «vida independiente» (con beneplácito o justa causa) «tendrá la libre administración de todos sus bienes».

Importante diferencia con el precepto del Código Civil, en el que esa administración se limita exclusivamente a los bienes que el hijo de vida independiente adquiera con su trabajo o industria o por cualquier título lucrativo.

En el Derecho aragonés la administración se extiende a *todos* los bienes del hijo, es decir, tanto a los adquiridos en el futuro, cuanto a los que ya fueran de su propiedad, y no sólo a los obtenidos con su trabajo o industria, o a título lucrativo, sino también a los adquiridos a título oneroso.

Y como quiera que, por ley, todo menor aragonés (cualquiera que sea

(60) *Op cit*, pág. 80.

su edad) ostenta la plena propiedad y el usufructo de sus bienes (art. 11 de la Compilación), el *plus* que concede el artículo 5, 3.º, del texto foral a los mayores de catorce años de «vida independiente», determina que éstos, respecto de todos sus bienes, detenten una titularidad jurídica total y absoluta, sin ninguna suerte de limitación.

22. Asistencia innecesaria. Especifica la Compilación aragonesa que esa administración por parte del hijo de vida independiente es *libre*.

Ello supone una matización muy especial, no contenida en el Apéndice de 1925, y cuya evolución hay que localizarla en los distintos Anteproyectos que precedieron al texto legal vigente (61).

La primera consecuencia que de ello se deduce es que el aragonés de vida independiente no precisa, para cualesquiera actos de administración de sus bienes (y tanto se trate de administración ordinaria como extraordinaria), de la *asistencia* de su padre, madre, tutor o Junta de Parientes, a que el artículo 5, 1.º, se refiere.

MARTÍN-BALLESTEROS todavía llegaba más lejos, cuando afirmaba que tampoco necesitaría de dicha asistencia para cualesquiera clase de actos, aunque fueran de disposición (62).

SANCHO REBULLIDA se oponía a ello con los siguientes argumentos: «No podemos compartir esta opinión (la de MARTÍN-BALLESTEROS), que adolece, a nuestro juicio, de un planteamiento inseguro del problema y de llevar a sus últimas consecuencias la denominación—meramente doctrinal—de *emancipación tácita*. El menor de edad que con el beneplácito del padre o de la madre vive con independiencia de ellos, sigue sujeto en Aragón a la autoridad paterna y conforme al Código Civil, a la patria potestad: si es requisito necesario el *beneplácito*—no inicial, sino continuativo—de los padres, es evidente que subsiste su autoridad. Por lo demás—continuaba—, el Código Civil, en su artículo 160 exige también para la vida independiente el *consentimiento de los padres*, y añade: ‘se le reputará *para todos los efectos relativos a dichos bienes* como emancipado’. La cosa nos parece clara: no es que se trate de emancipados y como tales no sujetos a la autoridad paterna o la patria potestad, sino que por habérseles concedido la administración de sus bienes o la administración y usufructo la ley los considera, sólo en lo relativo a tales bienes, *como* emancipados, y la doctrina habla de emancipación tácita» (63). Y concluía afirmando: «Y a los que se hallan en tales condiciones es aplicable, a nuestro juicio, el precepto del artículo 13 (se refería al Apéndice de 1925) en cuanto a la asistencia para contratar» (64).

(61) Vid. número 5, del epígrafe II, de este mismo trabajo.

(62) *La mayoría de edad en Aragón*, citada, pág. 122.

(63) *Op. cit.*, en nota (2), pág. 390.

(64) *Idem*.

Con el respeto que me merecen siempre las opiniones de quien considero un maestro, me permito disentir de las afirmaciones del profesor SANCHO REBULLIDA.

Me parece que el ilustre civilista, al escribir aquellas líneas se fijó demasiado en el precepto del Código Civil, y en la situación que el mismo viene a regular, a mi modo de ver, notablemente distinta de la correspondiente del Derecho aragonés, como ya he tenido ocasión de explicar más arriba.

Parte de una premisa que, a lo sumo, sería una consecuencia lógica de su tesis: que el «beneplácito» de los padres no es sólo inicial, sino, como él mismo dice, continuativo. De ello deduce, con toda lógica, que la autoridad familiar subsiste sobre el hijo de vida independiente. Sin embargo, en ningún texto foral (ni en el Apéndice de 1925, ni en la Compilación vigente) se dice nada semejante. Por mi parte, creo, de acuerdo con todo lo expuesto más arriba acerca del término «beneplácito», que éste se otorga al hijo de una sola vez, y que es irrevocable. La misma inseguridad que supondría el estar siempre pendiente, en las actuaciones negociales del menor, de una posible revocación del «beneplácito» paterno, aconseja que ello sea así, y no a la inversa.

Además, con sus afirmaciones finales, el profesor SANCHO REBULLIDA daba a entender que no sólo para los actos de disposición, sino también para los de administración, el aragonés de vida independiente necesitaría de la asistencia paterna. Lo cual me parece notoriamente exagerado. Quizá la expresión «libre administración» de la Compilación vigente haya querido venir a solventar las dudas que sobre el particular pudiera plantear el Apéndice.

De otra parte, SANCHO REBULLIDA parece entremezclar los conceptos de «autoridad familiar» y «relaciones patrimoniales». Parece deducir la continuada necesidad de la «asistencia» parental para los actos del hijo de vida independiente, relativos a los bienes cuya administración se le confiere, del hecho de no ser propiamente un emancipado pleno, y estar así sujeto a la autoridad de sus padres. Criterio que no es aceptable si se tiene en cuenta que en nuestro Derecho, como bien dice LACRUZ BERDEJO, «la autoridad familiar se refiere exclusivamente a la persona del menor, sin que represente ningún acceso a sus bienes» (65). Si ello es así, si todo lo relativo a las relaciones patrimoniales de los hijos es una cuestión independiente de la «autoridad familiar», no tiene sentido afirmar que el mayor de catorce años de vida independiente continúa necesitando de la «asistencia» paterna, precisamente por el hecho de seguir sujeto a la autoridad de sus padres. Ambos conceptos no guardan lógica correlación.

(65) LACRUZ Y SANCHO, *Derecho de Familia*, II, Librería Bosch, Barcelona, 1975, página 165.

Ignoro si el profesor SANCHO REBULLIDA ha cambiado o no de opinión al respecto. Lo cierto es, sin embargo, que en su obra, compartida con el profesor LACRUZ BERDEJO, se dice textualmente que la asistencia del artículo 5, 1.º, de la Compilación vigente es «innecesaria si, con beneplácito de sus padres o mediando justa causa (el mayor de catorce años) vive independiente de ellos» (66).

Criterio que se reitera con gran expresividad en otro momento de la misma obra cuando ambos autores hablan del artículo 5, 1.º, de la Compilación, con arreglo al cual el aragonés mayor de catorce años precisa de la *asistencia* de su padre, madre, tutor o Junta de Parientes para celebrar por sí toda clase de actos y contratos. Y añaden: «*En su consecuencia*, el mayor de catorce años que, con beneplácito de sus padres...» (transcriben el art. 5, 3.º, del texto foral) (67).

Este «en su consecuencia» y aquella otra afirmación rotunda transcrita anteriormente no dejan lugar a dudas sobre la opinión actual de tan importantes foralistas, como son LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (o, por lo menos, del primero).

Opinión que, desde luego, comparto plenamente y que me parece de todo punto lógica y consecuente dentro del propio sistema jurídico aragonés.

La flexibilidad y el sentido funcional con que está concebida la autoridad familiar en Aragón hacen pensar en la no necesidad de la *asistencia* del artículo 5, 1.º, de la Compilación cuando el hijo lleva vida independiente de sus padres.

Es, además, de todo punto lógico pensar que ello sea así. Si esa vida independiente se lleva fuera del hogar familiar, no parece consecuente que el hijo, para cada acto negocial de su vida, tenga que contar con esa asistencia que, por definición, presupone la presencia de los padres o de los organismos protectores. Presencia y ausencia (falta de «convivencia») en este caso, parece que son, en cierto modo, contradictorias o, al menos, nada fáciles de compaginar.

Para quienes hablan de «emancipación tácita» en el supuesto de vida independiente aún habría otro argumento de índole legal en favor del criterio que se propone. Me refiero al artículo 5, 1.º, de la Compilación. En él se dice literalmente que «el menor de edad, cumplidos los catorce años, *aunque no esté emancipado*, puede celebrar por sí toda clase de actos y contratos, *con asistencia, en su caso*, de su padre, madre, tutor o Junta de Parientes».

Como ya he defendido en otro lugar (68), la expresión «en su caso»

(66) *Derecho de Familia*, cit., pág. 179.

(67) *Op. cit.*, pág. 201.

(68) *Mayoría de edad en Aragón por concesión expresa*, cit., págs. 6 y ss.

para exigir la asistencia, está estrechamente vinculada a la anterior, «aunque no esté emancipado». Lo que, a mi juicio, significa claramente que la mencionada asistencia la precisa el menor cuando no está emancipado; y a la inversa, que la misma no es necesaria cuando sí que está emancipado.

Así, pues, para los que afirman (69) que la vida independiente conlleva un supuesto de «emancipación tácita», el expuesto sería otro argumento para defender la no necesidad de la asistencia parental para el aragonés mayor de catorce años en la situación del artículo 5, 3.º, de la Compilación.

23. La autoridad familiar. En cierto modo, y salvando las distancias existentes entre una y otra legislación (70), supone en nuestro Derecho lo que la llamada «patria potestad» en el castellano.

Tradicionalmente, en Aragón se viene entendiendo que aquella autoridad hace referencia exclusivamente a las relaciones personales entre padres e hijos, y que las relaciones de índole patrimonial quedan al margen de dicha autoridad (71).

Modernamente, LACRUZ y SANCHO lo explican así: «La autoridad familiar se refiere exclusivamente a la persona del menor, sin que represente ningún acceso a sus bienes... Como concepto heterogéneo y separado, la administración de los bienes del menor, no demasiado distinta de la tutela: en realidad, históricamente, forma de tutela *ad bona* ejercida por el padre o la madre, pero que también podría corresponder a otras personas, de modo que quien se encuentra bajo la autoridad familiar de sus padres puede tener un tutor o administrador respecto de ciertos bienes» (72).

Este es el sentido que la vigente Compilación quiere dar al concepto de «autoridad familiar». Aunque dentro de un mismo título, el II, del Libro Primero, «De las relaciones entre ascendientes y descendientes», las llamadas «relaciones personales» vienen reguladas por separado de las patrimoniales. A las primeras alude el capítulo I, y a las segundas, el II, bajo la rúbrica «De los bienes de los menores».

El mismo artículo 12 de la Compilación regula la posibilidad histórica a que LACRUZ y SANCHO se refieren, al disponer que «el padre y, en su defecto, la madre, tendrán la administración de los bienes del menor, excepto la de aquellos para los cuales haya ordenado otra cosa quien se los transmitió por título lucrativo» (73).

De otra parte, y lo que me parece verdaderamente importante a los efectos de este trabajo, la autoridad familiar viene configurada en Aragón,

(69) MARTÍN-BALLESTERO, *La mayoría de edad en Aragón*, pág. 122.

(70) *Vid.* número 17, del epígrafe III, de este mismo trabajo.

(71) *Vid.* el trabajo de GERMÁN ALBALATE, *Relaciones jurídicas entre ascendientes y descendientes legítimos*, Libro Homenaje a don JUAN MONEVA Y PUYOL, Zaragoza, 1954, págs. 249 y ss.

(72) *Derecho de Familia*, cit., pág. 163.

(73) *Idem.*

tradicionalmente, no como un derecho y un privilegio de los padres sobre sus hijos, sino como una función ejercida en provecho y beneficio de éstos.

Así lo expresa, unánimemente, la doctrina de nuestra región.

SAINZ DE VARANDA dice de ella que es una «autoridad ejercida en beneficio de los hijos y supeditada, por ende, a los deberes paternos» (74).

LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA recogen este mismo criterio (75).

Recientemente, DELGADO ECHÉVERRÍA afirma que la de los padres es, en Aragón, «una autoridad funcional en interés de los hijos» (76).

Autoridad que, conforme al artículo 9 de la Compilación, se concreta a los deberes de «crianza y educación de los hijos menores».

Una autoridad, además, que, como acertadamente señala SAINZ DE VARANDA, tiene «carácter accesorio... como medio de cumplir un fin» (77).

En efecto, la autoridad familiar en nuestro Derecho sólo tiene sentido en tanto en cuanto beneficie al hijo y cumpla su auténtica finalidad de criarlo y educarlo.

Cuando dicha finalidad desaparezca y/o cuando el ejercicio de la autoridad no produzca ningún especial beneficio al hijo, sino, al contrario, le suponga una importante traba en su libre actuación negocial y jurídica, atendidas las circunstancias del caso, entiendo como mejor criterio que dicha autoridad debe dejar de existir.

Y éste, creo, puede ser el supuesto del aragonés mayor de catorce años que lleva vida independiente de sus padres. Y especialmente si la independencia es total, en el sentido de mantener el hijo domicilio separado de sus protectores.

Porque si bien es cierto que la vida independiente «en compañía» de los padres podría presentar alguna duda al respecto, a mí no me la ofrece en absoluto cuando el hijo, además de su autonomía patrimonial plena, tiene también autonomía domiciliar, habiendo formado un hogar distinto y separado del de sus progenitores.

Creo sinceramente que el aragonés que lleva vida independiente en los términos del artículo 5, 3.º, de la Compilación, además de poder gozar de una independencia patrimonial y de una plena capacidad negocial, sin precisar de la asistencia de sus padres o protectores (78), queda también desligado de las relaciones personales en que la autoridad familiar consiste.

No tiene mucho sentido pensar que dicho aragonés pueda realizar por sí solo toda clase de actos y contratos, y tanto de administración, cuanto

(74) Citado por LACRUZ Y SANCHO, *op. cit.*, pág. 164.

(75) *Op. cit.*, pág. 164.

(76) *Op. cit.*, pág. 80.

(77) Citado por LACRUZ Y SANCHO, *op. cit.*, pág. 164.

(78) *Vid.* número 22, del epígrafe V, de este trabajo.

de disposición, y que, en el aspecto personal, tenga que seguir sujeto a las decisiones de sus padres en lo concerniente a su educación y crianza.

Al contrario, pienso que, desde el punto de vista sociológico, el que en Aragón vive independiente de sus padres es porque ha llegado a alcanzar no sólo unas claras posibilidades de desenvolvimiento económico, sino incluso una madurez mental y psicológica lo suficientemente amplia como para no precisar en el futuro de la actuación protectora de aquéllos.

Piénsese que cuando los padres dan su «beneplácito» a la vida independiente del hijo, han sopesado ya cuidadosamente las posibilidades que éste tiene para desenvolverse por sí solo en la vida, sin necesitarlos a ellos. Al menos, en mi práctica notarial, esto es lo que vengo constatando últimamente.

Y si la vida independiente se lleva mediando justa causa, piénsese que la autoridad judicial que entienda de ella es muy libre para, de oficio, y mediando el Ministerio Fiscal, dar por buena esa plena autonomía del interesado, someterlo a la autoridad de los abuelos (*vid.* art. 10, 1.º, de la Compilación) o proveer lo que estime más oportuno en orden a la guarda, educación y crianza del menor, conforme a la legislación vigente en esta materia.

A mayor abundamiento, no veo nada fácil que ante un supuesto de vida independiente (y especialmente, si además hay separación domiciliar), los padres puedan seguir «educando» y «criando» a unos hijos que voluntariamente se han separado de ellos. Pienso que la «educación» y «crianza» comportan una estrecha vinculación personal de educador y educando, y que ninguna de las dos pueden darse, al menos con facilidad y en términos normales, si hay una separación permanente y continuada entre padres e hijos. En el orden familiar, no creo, sinceramente, que pueda pensarse en una «educación a distancia».

Educar y criar conllevan la necesidad de un cierto control por parte del que educa y cría hacia el beneficiario. Dificilmente puedo concebir a unos padres tratando de inspirar normas de conducta al hijo que permanentemente vive ausente del hogar paterno. Ni tampoco creo en la posibilidad de criar, ni siquiera en la necesidad de hacerlo, a quien, por estar separado de sus padres y tener una propia autonomía económica, subviene por sí a su propia crianza, y ni necesita, ni normalmente desea, que otro lo haga por él, aunque se trate de sus propios padres.

Creo, y así lo puedo constatar a través de mi cotidiana actuación notarial (79), que cuando se produce una de estas situaciones de vida inde-

(79) En mi despacho, y desde hace ya algún tiempo, vengo autorizando regularmente escrituras de concesión de mayoría de edad (*vid op. cit.* en nota [1] de este trabajo), basadas, en muchos casos, en una situación real de «vida independiente» por parte del beneficiario (*vid.* lo que se dice en nota [43] de este mismo trabajo).

pendiente, ni los hijos desean seguir sometidos a la «autoridad familiar» (relaciones personales) de sus padres, ni éstos hacen excesivo hincapié en mantenerla.

Piénsese que esta ausencia de autoridad familiar que aquí se defiende no sólo beneficia al hijo (que es quien, normalmente, más la desea), sino, incluso, a sus padres. No veo justo que, ante una de las dichas situaciones de vida independiente, haya que mantener hacia los padres la exigencia de sus anteriores deberes parentales de educación y crianza, en unas circunstancias de especial dificultad en su cumplimiento.

Por todo ello, concluyo que, a mi juicio, el aragonés mayor de catorce años que, con beneplácito de sus padres o mediando justa causa, vive independiente de éstos, no sólo goza de plena autonomía patrimonial y de total capacidad de actuación negocial por sí solo, sino también de total y absoluta libertad en el orden de las relaciones personales con sus padres. Los deberes paternos de educación y crianza desaparecen para con él, pasando a gobernarse, personalmente, por sí mismo. La autoridad familiar, consecuentemente, deja de existir.

24. El aragonés de vida independiente es un mayor de edad. Es la lógica conclusión a que hay que llegar después de todo lo dicho más arriba.

La autoridad familiar sólo existe sobre los menores de edad, y solamente éstos deben de estar sometidos a aquélla. Ambas, minoría de edad y autoridad familiar, están indisolublemente unidas. Si una falta, la otra desaparece. Y a la inversa. Si la autoridad de los padres (o la patria potestad en el Derecho del Código) deja de existir (sin que se dé causa de privación, y viviendo los padres), es porque los hijos antes sometidos a ella han alcanzado la mayoría de edad.

Este criterio fue ya defendido hace tiempo por el profesor MARTÍN-BALLESTERO. Con referencia expresa al aragonés de vida independiente, este foralista explicaba así su postura: «Tenemos una situación de absoluta mayoría de edad antes de llegar a los veinte años (se refería al Derecho del Apéndice, antes de la Ley de 1943) o de haber contraído matrimonio. Esta situación obedece a la siguiente gradación lógica: El aragonés soltero y mayor de catorce años que vive independiente de sus padres es, según el Derecho común, un emancipado; el aragonés emancipado no está para nada sujeto a la autoridad paterna según el Apéndice y por el tradicional carácter restrictivo de la patria potestad en Aragón; exigiéndose tan sólo la asistencia del padre o de la madre en la contratación de los aragoneses mayores de catorce años y menores de veinte cuando aquéllos conserven la autoridad sobre sus hijos; en caso de que éstos vivan independientes y tengan la consideración de emancipados, tácitamente este requisito habrá desaparecido y, por tanto, aunque el Apéndice llame a quienes están en estas condiciones menores de edad, es lo cierto que tie-

nen una capacidad plena, idéntica a la de los mayores de veinte años, que permite llamarlos, por encima de la letra de la Ley, mayores de edad a todos los efectos» (80).

Cualesquiera que sean las objeciones que puedan hacerse a las afirmaciones de este autor (y, especialmente, por el uso de una terminología —«emancipación», «patria potestad»— nada adecuada a nuestro Derecho aragonés), lo cierto es que ya en 1942, y pese a las dificultades que el texto del Apéndice presentaba (por el uso expreso de los términos «menores de edad» con referencia, incluso, a los mayores de catorce años de vida independiente), un estudioso del Derecho aragonés, al mismo tiempo que práctico del mismo en nuestra región, defendía el carácter de mayores de edad para los aragoneses de vida independiente (81).

Desaparecida del texto foral vigente la antigua expresión del Apéndice (lo que, desde luego, puede suponer un cambio importante en la mentalidad de los legisladores) (82), hoy aquella tesis de MARTÍN-BALLESTERO resulta mucho más fácil de defender, de acuerdo con los argumentos que he venido exponiendo a lo largo de este trabajo.

Como final, quisiera añadir a lo ya dicho que si en nuestra región está ya hoy cuajando una nueva forma de adquisición de la mayoría de edad por los aragoneses que han cumplido los catorce años, cual es la de la concesión expresa de sus padres o protectores (83), cabe pensar que la defendida ahora en este trabajo no sólo no se contradice con esa otra, sino que, de algún modo, le sirve de lógico complemento. Si los padres pueden conceder de forma expresa la mayoría de edad a sus hijos menores de dieciocho años, no cabe la menor duda de que también podrán hacerlo de forma más o menos tácita. Y bien puede pensarse que el «beneplácito» del artículo 5, 3.º, de la Compilación representa, en alguna medida, cierta suerte de concesión tácita.

Concluyo, pues, afirmando que, a mi juicio, en Aragón, y conforme al Derecho vigente y con base en los principios históricos que lo rigen, y

(80) *La mayoría de edad en Aragón*, cit., pág. 122.

(81) En el supuesto de hecho que motivó mi trabajo citado en nota (1), y al que expresamente me refiero en nota (43), el informe del Ministerio Fiscal que precedió al Auto del Presidente de la Audiencia de Zaragoza, y en el que se dictaminaba favorablemente hacia la obtención de la mayoría de edad anticipada por vía de concesión, fue obra precisamente del profesor MARTÍN-BALLESTERO.

(82) *Vid.* la evolución experimentada por los sucesivos Anteproyectos que precedieron a la vigente Compilación, a la que se hace referencia en el número 5, del epígrafe II, de este mismo trabajo.

(83) Como decía en la nota (79), son ya numerosos los casos de concesión de mayoría de edad autorizados en mi despacho. Me consta, además, el otorgamiento de similares escrituras en alguna otra notaría, así como del interés que va desperdiciando esta posibilidad entre los Abogados aragoneses.

en consonancia con la realidad social que sus normas vienen a regular, los aragoneses pueden adquirir la plena mayoría de edad a través de cuatro formas o procedimientos: por haber cumplido los dieciocho años (84), por haber contraído matrimonio (85), por expresa concesión de sus padres o protectores (86) y por llevar vida independiente de éstos, con su beneplácito o mediando justa causa.

JOSÉ LUIS MERINO Y HERNÁNDEZ

Doctor en Derecho

Notario

2

(84) Que es de suponer quedará reducido pronto a los dieciocho años, una vez aprobada definitivamente la Constitución española, hoy en proyecto.

(85) Supuesto especial del Derecho aragonés de todos los tiempos, hoy regulado por el artículo 4 de la vigente Compilación.

(86) *Vid.* mi trabajo citado en nota (1).

El derecho de superficie en la Ley del Suelo y en la Legislación Hipotecaria ^(*)

Permitidme, antes de empezar «el tema», unas palabras de explicación.

Hace más o menos un mes me llamó el director de este Seminario para invitarme a comparecer aquí a exponer unas notas sobre el pacto de sobrevivencia en las compras conjuntas entre marido y mujer, ésta figura oriunda del Ampurdà, y extendida ya hoy a toda Cataluña, sobre la que tengo un recurso pendiente ante la D. G. R. N.

Tuve que excusarme y declinar su invitación por estar preparando entonces a marchas forzadas estas notas sobre el derecho de superficie que tenía que exponer y expuse el día 15 pasado en Madrid, en un cursillo sobre la nueva Ley del Suelo.

Yo daba el asunto por olvidado, pero conozco a JOSÉ MARÍA CHICO hace muchos años y sé que, humanamente hablando, consigue siempre lo que se propone, y si no con el pacto de sobrevivencia, aquí me tiene con el derecho de superficie.

Es indudable que para este lugar y para este auditorio las notas que vais a soportar tendrían otro aire y contenido. Espero que lo comprendáis y hagáis un poco por vuestra cuenta la adaptación. En cualquier caso, cargarle buena parte de las deficiencias a JOSÉ MARÍA CHICO por su inexcusable culpa *in eligendo*.

Yo quisiera dar un avance en forma de *simil* o *gráfico* que nos permitiera una visión de conjunto, sencilla y clara, de lo que ha sido y significado el derecho de superficie a través de los tiempos.

Podríamos imaginarlo como una *gran edificación* de estilo romano, em-

(*) Conferencia pronunciada el día 29 de marzo de 1977 en el Centro Regional de Estudios Hipotecarios de Cataluña por su autor.

pezada en los orígenes de Roma y terminada en la época de su esplendor, a la que sacaron los romanos gran utilidad. Tal edificio fue renovado y mantenido durante la Edad Media, dándole una imagen feudal y del que obtuvieron también holgado provecho. Dejaron de renovarlo en los tiempos modernos y en el siglo XIX cargado de vientos liberales hicieron poco más que contemplar sus ruinas. En el siglo actual se ha operado un renacimiento y casi todas las naciones han vuelto a reconstruir el vetusto edificio con que imaginamos el derecho de superficie, con diversos estilos neoclásicos, siendo, sin embargo, diferentes las utilidades que de él se van obteniendo.

En España, como veremos, tenemos el edificio nuevamente levantado sobre las ruinas históricas, gracias a las *dos Leyes del Suelo de 1956 y 1975*, pero estamos aún bastante lejos de aprovecharlo en todas sus posibilidades.

IDEA Y ORIGEN DEL DERECHO DE SUPERFICIE

Siguiendo el consejo de JAVOLENO, en el Libro XI de su *Epistolarium*, de que *toda definición en Derecho civil es peligrosa*, nos limitaremos a dar una idea de la misma siguiendo a RODOLFO SOHM con su precisión y claridad: «El derecho de superficie tiene su origen en el arrendamiento a perpetuidad de un solar, mediante pago de un canon anual llamado *solarium*. El superficiario construye a su costa en solar ajeno. Según los principios de la accesión vigentes en Derecho Romano—*superficies solo cedit*—, lo edificado en suelo de otro se incorpora a la propiedad del dueño del suelo. Mas por virtud de aquel contrato, el superficiario adquiere para sí y sus herederos el derecho de habitar durante el número de años convenidos—generalmente noventa y nueve—o a perpetuidad la casa por él construida, ejerciendo sobre ella todos los derechos de un superficiario. En la época clásica, la superficie se emancipa del contrato de arrendamiento, pudiendo adquirirse también por compra o de otros modos y constituirse sobre edificios ya levantados. Sin embargo, los derechos del superficiario no llegan a adquirir carácter legal y eficacia contra terceros hasta que poco a poco se la concede y garantiza el Pretor» (1).

No obstante, para llegar a tal situación o estado del derecho de superficie *fue precisa una larga y lenta evolución* dentro del mismo Derecho Romano. Las primeras manifestaciones, todavía poco técnicas de este derecho, se originaron en el campo del Derecho Público, y no olvidemos esta curiosidad, porque al llegar al Derecho vigente español, veremos cómo, pa-

(1) Instituciones de Derecho Privado Romano. *Rev Derecho Privado*, 1956, página 308.

radóticamente, el derecho de superficie volverá a estar en manos o en el ámbito de los entes públicos.

Volviendo a aquellos primeros balbuceos, nos dice con su exactitud característica FRITZ SCHULZ: «La superficie y la enfiteusis fueron originariamente creados por las autoridades del Estado o de los *municipia* y regulados por normas de Derecho público, así que la cuestión que se plantea a propósito de estos derechos es la de determinar si en la época clásica fueron ya considerados como derechos modificativos de la propiedad privada» (2).

Este problema ha sido estudiado a fondo y discutido con verdadero fanatismo recientemente sin que los romanistas hayan llegado a una unanimidad de pareceres.

Dentro de estas dificultades, y siguiendo a los más significados autores, podemos esbozar esquemáticamente la evolución que fue modelando el derecho de superficie, y tal como pasó definitivamente al Derecho moderno a través del Derecho intermedio.

Antes, por su curiosidad, veamos algunas discutidas manifestaciones tenidas por sus más *directos antecedentes*.

PUFFENDORF y otros autores antiguos, como LEYSER, HERT, etc., citan como posible antecedente de este Derecho el *contrato que la reina Dido, o Elisar* celebró con los númidas para adquirir el terreno en que luego fundaría Cartago. Fugitiva de Sidón para librarse de su fratricida cuñado Pigmalión, ocupó en dicho lugar el terreno que pudiera cubrir una piel de toro por el tiempo necesario para que sus compañeros descansaran.

Fábula o leyenda, que no un episodio con rigor histórico, únicamente nos quiere dar a entender que las discordias civiles de la Fenicia obligaron a emigrar al norte de Africa a una porción de los ciudadanos.

Otros autores, como DANZ y PUCHTA, aducen como ejemplo más claro del derecho de superficie la *lex Icilia de Aventino publicando* del año 298 de la fundación de Roma (456 a. de J.). Esta ley fue consecuencia de las concesiones que un año antes se habían hecho mutuamente patricios y plebeyos en sus incesantes luchas, entre las que destacan la elevación a diez del número de tribunos—«decemvros»—y el llamado «Plebiscito iciliano», que se cuenta entre los privilegios asegurados al pueblo bajo la fe del juramento, el cual ordenó que el monte Aventino, hasta entonces consagrado al culto e inhabitado, se dividiera en solares y se diera a título hereditario a los ciudadanos más pobres, y numerosas familias, por falta de medios económicos, *construyeron edificios en común dividiéndolos luego entre sí*. Pero como no consta ni que el Estado tuviese reservado un

(2) Derecho Romano Clásico. Bosch. Barcelona, 1960, pág. 380.

derecho de propiedad del suelo ni que se pagara un canon por la ocupación, RUDORFF concluye por afirmar que en estas construcciones se daba una verdadera comunidad relativa a la plena propiedad con distribución del goce y uso de los pisos, pero no una propiedad de la edificación diferente a la del suelo, *lo que añadimos nosotros, constituiría más un precedente de lo que llamamos propiedad horizontal o de casas por pisos, que del propio derecho de superficie.*

Posiblemente un precedente del canon o *solarium* pudiera observarse en una ley propuesta al Senado por el tribuno del pueblo, *Espurio Torio*, del año 635 (119 a. de J.), por la que fueron suprimidos los cargos de repartidores, y los ocupantes de terrenos fueron *obligados a pagar una cuota fija con cuyo producto se atendió* a las necesidades del populo de Roma, y que según MOMMSEN fue empleado para asegurar las distribuciones de la *annona* o provisión de víveres (3).

FRONTINUS cuenta que en las *conducciones de agua* para abastecer a Roma existían casas edificadas sobre suelo público por las que se pagaba un canon.

Cuando después de la destrucción de Roma por los galos (año 388 antes de Jesucristo) se comenzó la reconstrucción, fueron concedidos los solares en plena propiedad, al principio, y más tarde, mediante el pago de un *solarium* en reconocimiento de que el suelo era de dominio público.

El caso más antiguo y conocido de superficie—sigue don JERÓNIMO GONZÁLEZ (4)—es uno citado por RUDORFF. En septiembre de 1877 se encontró una inscripción en Monte Citorio que acreditaba que *un liberto llamado Adrastus*, encargado hacia el año 193 de la inspección de un monumento a Marco Aurelio, quedaba autorizado para tener una caseta en el terreno público mediante el pago de un canon.

DERECHO ROMANO

Quizá nos hayamos extendido demasiado en estos antecedentes, que no tienen más que su curiosidad o confirmarnos que el *origen del derecho de superficie está en las concesiones u ocupaciones de terrenos públicos*, como reconocen y defienden los citados romanistas SOHM y SCHULZ; además, PACCHIONI, BONFANTE, ARANGIO-RUIZ, BIONDI, y en la doctrina española, IGLESIAS.

La modelación de la institución superficiaria fue realizada dentro del Derecho de Roma por el *Derecho pretorio*, y es en todo momento el pretor,

(3) *Historia de Roma*. Ed. Góngora, Madrid, 1876, tomo V, pág. 195.

(4) *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*. Ministerio de Justicia, Madrid, 1948, tomo II, pág. 124.

que dulcificando el principio de la accesión, concede al titular del derecho de superficie medios defensivos, al tiempo que amplía sus facultades de goce y disposición hasta desembocar en *el Derecho justiniano*, que le reconoció sin ningún género de dudas el carácter de derecho real, que aún conserva en la actualidad.

Los remedios concedidos al superficiario, que marcan y definen su evolución, fueron:

1) El *interdicto de superficie*, que se concedió ya en la época clásica contra cualquier perturbador, incluso contra el mismo propietario del suelo.

Como requisitos para que prosperara, según el Edicto—recogido en el *Digesto*—en que se concedía, eran:

- Que el titular tuviera la facultad de gozar y disfrutar de la superficie.
- Que dicha facultad no estuviera viciada.
- Que resultara de los términos exactos del contrato que le sirviera de base.

2) La *actio in rem*, o sea, directamente sobre la cosa, sobre la que existen muchas dudas que sea de la época clásica o posterior. Incluso se ha pretendido equipararla a la acción reivindicatoria por BRAGA DA CRUZ, aunque hay discrepancias fundadas sobre este punto. Para que prosperara era preciso:

- Que la superficie fuera a largo plazo.
- Verdadera intención o voluntad de construir un derecho de superficie y no sólo una relación puramente obligacional.

DERECHO GERMANICO

Los pueblos germánicos hacían vida nómada, la tierra para ellos es sólo objeto de pasajero disfrute y *las construcciones de madera, pieles o telas, etc., apenas están adheridas al suelo*, y aun en el caso de estarlo, era una unión meramente circunstancial. Es por ello por lo que los materiales empleados siguen siendo del propietario, cualquiera que sea la condición del suelo, y el edificio construido en propiedad ajena, lejos de pasar, en todo caso, a ser una parte accesoria de la tierra, alcanza en ocasiones la categoría de cosa principal. Como consecuencia de esta no absorción, los materiales son considerados como cosas muebles y así lo declara el conocido *brocardo* «*cuanto la antorcha destruye es mueble*», y

como la mayoría de las casas estaban construidas con madera únicamente, fueron consideradas hasta entrado el siglo XIV como parte del patrimonio mueble y no como partes esenciales del suelo.

Con la *recepción del Derecho romano* hace su entrada franca el principio de accesión «*superficies solo cedit*» y cambia el tono de los *brocardos*, que ya nos dicen «todos los edificios siguen al suelo». Sin embargo, el viejo principio germánico de la propiedad separada sobrevive aún con forma difusa, incluso en decisiones jurisprudenciales importantes de los siglos XVII y XVIII.

DERECHO INTERMEDIO

Los *glosadores*, con sus notas e interpolaciones, habían de *enturbiar más la poca claridad* de las fuentes romanas, concibiendo el derecho de superficie como *modalidad de la enfiteusis*, y es posible que contribuyeran a que en las codificaciones del siglo XIX se dedicara tan poca atención al derecho de superficie, como luego veremos. En tal sentido, BULGARO habla ya por primera vez del dominio útil del superficiario y del dominio directo del concedente o propietario del suelo por su equiparación a la enfiteusis.

En el *Derecho eclesiástico* aparecen con frecuencia derechos de superficie cuya característica especial es la de que *no podían ser enajenados*, acudiéndose al subterfugio de ceder el ejercicio del derecho, y en los Estados Pontificios se conocía un derecho análogo al derecho de superficie, denominado *derecho de gazagá*. Se fundamentaba en la equidad y su finalidad, como nos cuenta COVIELLO (5), era permitir a los hebreos, incapaces legalmente de ser dueños de bienes inmuebles, la posesión y disfrute de los mismos. Consistía en la facultad de habitar, conservar y disponer de la casa a semejanza del dueño, siempre y cuando se pagara pensión o merced, que debía permanecer inalterada en su cuantía. El derecho podía venderse, hipotecarse, donarse, transmitirse por sucesión, cederse en contratos similares al subarriendo, etc.

El mismo COVIELLO acoge en su relación el *ius intraturae* como modalidad superficiaria. Se trataba de un derecho especial de los comerciantes de Florencia. El comerciante que llevara un número de años legalmente en un local arrendado no podía ser desahuciado sino por causas expresamente determinadas, pudiendo incluso traspasar su establecimiento mercantil.

(5) *Della superficie*. Archivo Jurídico, 1892, tomo 49.

DE LOS MOZOS (6) niega que se trate de una modalidad del derecho de superficie, sino más bien un derecho análogo al derecho de vivienda permanente, sólo que referido a un local de negocio. No cabe duda, decimos nosotros, que si se trataba de un derecho permanente de ocupar un edificio pagando un canon, sí tendrá cierto parecido, al menos, con el derecho de superficie, como defiende COVIELLO.

Por influencia de aquellos principios del antiguo Derecho germánico, encontramos en algunos países de *Centroeuropa* ciertas manifestaciones del derecho de superficie, que estudia con detalle PLANITZ (7), y que son las concesiones precarias del suelo, *Bodenleihe*, en su modalidad pública —*Grunderleihe*—, que consistía en la parcelación que un señor feudal concedía a una colectividad con facultad de edificar, y en su forma privada, *Erbleihe*, concesión a un particular que, en principio, no podría transmitirse por herencia, aunque después sí pudiera hacerse.

En *Francia* encontramos una figura curiosa, que es el *bail a congement* o *domaine congeable*, especie de arrendamiento de un fundo para mejorarlo que comporta una facultad de construir cualquier edificación, y que al decir del mismo COVIELLO es una evolución perfecta del derecho de superficie.

También en *Inglaterra*, por influencia de las concesiones germánicas, encontramos una serie de contratos que encajan dentro de los llamados *Building-Lease*, que existen aún en la actualidad, como luego diremos.

DERECHO MODERNO

Al iniciarse, a finales del siglo XVIII y principios del XIX, el *movimiento codificador*, los primeros Códigos Civiles que aparecen guardan muy poca consideración con este derecho, haciendo algunos caso omiso de él, mencionándolo a lo más o haciendo, finalmente, algunos una regulación muy escasa y deficiente del mismo.

El *Código francés* de 30 de ventoso, del año XII, recoge, en principio, la regla de accesión en cuanto a las edificaciones, excluyendo el derecho de superficie al establecer en su artículo 553 la presunción de que todas las construcciones hechas en una finca, se presumen hechas por el propietario a su costa y le pertenecen si no se prueba lo contrario. Mas a continuación dejaba un resquicio por donde la doctrina ha podido dar acogida al derecho de superficie, al establecer, sin perjuicio de la propiedad,

(6) *El derecho de superficie en general y en relación con la planificación urbanística*. Ministerio de la Vivienda, Madrid, 1974, pág. 61.

(7) *Derecho Privado Germánico*. Barcelona, 1957, pág. 125 y ss.

que un tercero pudiera haber adquirido o pueda adquirir por prescripción todo o parte de lo edificado.

El *Código austríaco*, de 8 de junio de 1811, recogía, aunque de forma un tanto oscura, este derecho, al establecer en su artículo 1.125, si la propiedad dividida de modo que a una persona le corresponda el suelo con el uso del subsuelo, y a otra solamente el uso transmisible hereditariamente de la superficie...

El *Código Civil italiano*, de 25 de junio de 1865, sin hacer referencia concreta al derecho de superficie, al establecer la regla general del principio de accesión en el artículo 448, en semejantes términos que el Código Civil francés, deja igualmente a salvo los derechos adquiridos por un tercero, por lo cual los autores han dado cabida al derecho de superficie en igual forma que en la legislación francesa.

Algo más pródigas son las regulaciones del *Código holandés* y de la *Ley belga de 10 de enero de 1824*; sin embargo, hasta adentrarnos en el siglo xx no se produce un cambio notable en el estudio de esta institución.

El notorio *crecimiento de la población*—que se concentra en las grandes urbes, que crecen vertiginosamente—y el valor de los solares en igual proporción, agudizan el llamado «*problema de la vivienda*», especialmente para las familias modestas, que se agiganta después de la *primera guerra europea*, por haberse destinado durante la misma las energías y capitales a otros fines que provocaron un evidente atraso en el ritmo de la construcción. Era lógico que tal problema económico-social tuviera su reflejo en las disposiciones legislativas tendentes a resolverlo, dando lugar a *cierto renacimiento del derecho de superficie*, como uno de los instrumentos adecuados para ello.

En un principio aparece regulado nuestro derecho en una serie de *normas raquíticas y deficientes*, como única base en que fundamentar el estudio del mismo. Tal ocurre en los primeros Códigos que se promulgan en el siglo xx, y entre ellos, el alemán y el suizo.

Más tarde el progreso doctrinal que siguió a la publicación de los Códigos citados y la nutrida documentación con que las discusiones de la primera década del siglo enriquecieron la materia estudiada, tuvieron eco especial en la *Ley austríaca de 26 de abril de 1912*, que dio un gigantesco paso en la solución del problema de la vivienda y sirvió de inmediato precedente a la importante *ordenanza alemana de 15 de enero de 1919*, complementada por la Ley federal de 15 de marzo de 1951, otra de 23 de junio de 1960 y la fundamental de ordenación del territorio de 8 de abril de 1965, y que ha sido modificada recientemente por una *Ley de 8 de febrero de 1974, con una nueva regulación del canon superficiario*. Esta acertada legislación y la riqueza de los patrimonios de las entidades públi-

cas y comunales ha permitido que en Alemania la subsistencia práctica del derecho de superficie no se haya interrumpido, siendo un instrumento utilísimo en el campo del urbanismo.

En el *Derecho suizo* se pusieron de manifiesto las deficiencias de la regulación del derecho de superficie en su Código Civil de 1907, *al desarrollarse el turismo en el país*. Entonces se observó que existían una serie de construcciones que, de hecho, estaban en terrenos públicos, por ser las municipalidades suizas los mayores propietarios del suelo urbano, haciéndose necesaria una más amplia normativa del derecho de superficie para reglamentar el régimen de aquéllas. *Desde 1926 se intentó una nueva y moderna regulación del derecho de superficie*, que después de varias interrupciones tuvo lugar en la *Ley de 19 de marzo de 1965*.

En *Francia* igualmente tuvieron necesidad de afrontar el mismo problema, y lo hicieron con la *Ley de 16 de diciembre de 1964*, que reguló el llamado *bail à construction*, y la de *30 de diciembre de 1967*, que crea las *concesiones inmobiliarias* para construir. Cualquiera que sea la naturaleza jurídica de estas nuevas figuras discutidas por los autores franceses, no puede negarse que tienen grandes afinidades con el derecho de superficie.

En el *Código italiano de 16 de marzo de 1942* encontramos también una regulación somera, pero esencial y aceptable, del derecho de superficie, que también fue *superada por las necesidades prácticas del urbanismo y la construcción*, al igual que en las otras naciones a que hemos aludido, y fueron dictadas las importantes *Leyes de 18 de abril de 1962, de 28 de septiembre de 1964 y de 22 de octubre de 1971*, que suponen un gran avance en materia de urbanismo, en general, y respecto del derecho de superficie, en particular. Como principales innovaciones podemos citar la preferencia a las concesiones de terrenos en derecho de superficie *en las zonas residenciales* y la posibilidad de constituirse *a favor de entidades públicas*, en cuyo caso no tendrá limitación temporal.

Es *Inglaterra* uno de los países donde *mayor uso se hace del derecho de superficie*, aunque de una manera peculiar, puesto que la encontramos *unida con frecuencia con el arrendamiento*. La figura se denomina *lease*, que tiene una duración mínima de veintiún años, y al final el terreno vuelve al propietario.

El régimen vigente está contenido fundamentalmente en: «*Land Clauses Consolidation act. 1845.—Land of Property act. 1925.—Land registration act. 1925.—Land bord and tenant act. 1927.—County construction act. 1934.—Adquisition of land act. 1946.—New towns act. 1946.—Towns and Country Pleanning act. 1947.—Land bord and Property act. 1951*, que no es válido o no se aplica a Escocia e Irlanda del Norte. En

ella se reconocen derechos especiales de la Corona sobre el suelo en los condados de Cornualles y Lancaster.—Land bord and tenant. act. 1954.»

Según la *Lease hold Reform act. de 1967*, los inquilinos que han habitado una propiedad durante, por lo menos, cinco años tienen *facultad de comprarla en condiciones más ventajosas* que en el mercado de ventas o pueden *pedir una prolongación del contrato* por unos cincuenta años más, a un precio razonable. Esta ley se aplica a las casas que en el 23 de marzo de 1965 tenían una renta de menos de £ 200 y menos de £ 400 en el área metropolitana de Londres.

Las condiciones para que proceda estas ventas o prolongaciones son:

- A) Contrato de más de veintiún años.
- B) La casa tiene que ser la residencia principal del ocupante.
- C) El alquiler del suelo tiene que ser de menos de las dos terceras partes del valor total del alquiler en marzo de 1965, o en la fecha del contrato, si fuere posterior.

Esta ley rige exclusivamente las residencias permanentes y no concierne a los edificios divididos horizontalmente en apartamentos.

NATURALEZA JURIDICA

Aunque son varias las teorías sobre la naturaleza jurídica del derecho de superficie, vamos aquí a realizar únicamente un ligero estudio de las mismas. De la evolución histórica que acabamos de hacer ya se pueden deducir las posiciones fundamentales que acerca de su calificación jurídica o naturaleza pueden adoptarse:

A) *El derecho de superficie como derecho real sobre cosa ajena*

Esta fue la posición que desde un punto de vista legislativo sostuvo el Derecho romano. Como ya sabemos, en este Derecho se constituía la superficie entregando el propietario del terreno o del edificio—si ya estaba construido—al superficiario para que lo disfrutase con este título o, en su defecto, consintiendo que construya y posea lo construido con el mismo carácter. En ambos casos, por el principio de accesión se formaba un todo único, cuya titularidad dominical pertenecía al dueño del suelo, que era la cosa principal, y gravando este derecho de propiedad surgía el derecho de superficie. Doctrinalmente, esta teoría es defendida por la generalidad de los romanistas y también por CHIRONI y GIANTURCO, entre otros muchos.

B) *Derecho de superficie como un derecho de propiedad absoluta sobre las edificaciones y con separación de la propiedad del suelo*

Esta configuración del derecho de superficie, que legislativamente fue posible en el Derecho germánico, debido a que las construcciones en madera, pieles, etc., no estaban adheridas al suelo, y como separables del mismo, constituían una propiedad separada de aquél, hoy día no es aceptada doctrinalmente por autor alguno, porque una de dos: o la incorporación es íntima e inseparable, en cuyo caso es un imposible jurídico concebirlas como separadas e independientes del dominio del suelo, o es una incorporación transitoria, como materiales fácilmente desmontables, en cuyo caso está fuera de la relación superficiaria.

C) *El derecho de superficie como caso de propiedad definitiva o desmembrada*

Esta teoría, propia de la época feudal, ha sido combatida en el Derecho moderno, aunque aún hoy en día parece haber tenido una consagración en la Ley austríaca sobre este derecho, si bien no es muy clara su admisión. Doctrinalmente fue defendida en Francia por AUBRY y RAU. En España, por todos los autores anteriores al Código Civil o contemporáneos a él y por buena parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencia de 3 de julio de 1941, todavía).

D) *El derecho de superficie como un derecho real sobre el suelo y propiedad superficiaria separada y temporal*

Esta posición es aceptada por numerosas legislaciones modernas, y entre ellas, como más característica, la alemana. Según esta tesis, en la superficie hay que distinguir un derecho real que permita la construcción sobre el suelo ajeno, excluyendo el principio de accesión y una propiedad separada sobre las construcciones por el plazo establecido.

Como se ve, es una derivación ya perfeccionada de la teoría romana expuesta en primer lugar, y es la que nos parece más aceptable y más práctica en el momento actual.

DERECHO ESPAÑOL

El *Código Civil español*, al igual que los de su época, como hemos visto, no contiene una regulación del derecho de superficie, sino sólo dos alusiones en dos artículos. Dice el 1.611, párrafo tercero—que se incluyó

en la segunda edición—, « lo dispuesto en este artículo no será aplicable a los foros, subforos, derechos de superficie y cualesquiera otros gravámenes semejantes, en los cuales el principio de la redención de los dominios será regulado por una ley especial», y el artículo 1.655, que dice, «los foros y cualesquiera otros gravámenes de naturaleza análoga que se establezcan desde la promulgación de este Código...».

En la frase «cualquiera otros gravámenes de naturaleza análoga» suele incluirse el derecho de superficie, aunque no falte quien, como M. ESCAEVOLA, crea más bien *que se refiere únicamente a figuras análogas a los foros*, como rentas en saco, sisas, cédulas de planturia, etc. (8).

MANRESA cree que dicho artículo sienta un principio que constituye la norma reguladora del derecho de superficie y *le aplica* precisamente las *disposiciones establecidas para el censo enfiteutico*, no obstante ser las diferencias claras en lo que respecta a su origen, naturaleza, modo de adquirir y contenido (9).

Los anotadores de ENNECCERUS, PÉREZ y ALGUER (10) ponen de manifiesto que el Real Decreto-Ley de 25 de junio de 1926, ratificado por otro de 31 de mayo de 1931 y Ley de 30 de diciembre del mismo año, y su Reglamento de 23 de agosto de 1926, al desenvolver o desarrollar el principio de redención sentado en el artículo 1.611-3.º y en la base 23 de la Ley de 1 de mayo de 1888 en las provincias de Galicia, Asturias y León, que fueron declarados de aplicación a toda España por Decreto de 3 de noviembre de 1931 y la base 22, apartado 1.º, de la Ley de Reforma Agraria de la República, *dejaron sentenciado el problema*, y al «derecho de superficie» le eran aplicables las normas propias de la enfiteusis y las de todo derecho real con posesión de la cosa sobre la que recae:

En este mismo sentido, diría don JERÓNIMO GONZÁLEZ en 1922, «para el estudiante español el derecho real de superficie *es una supervivencia medieval* a la que conceden los juristas una docena de líneas y el Código Civil una mención, que *casi es un epitafio*, en el artículo 1.611».

Sin embargo, el documentado y magnífico estudio de don JERÓNIMO produjo *un verdadero renacimiento teórico* de la institución, que desde entonces fue tratada por los autores no con una docena de líneas, sino con amplia extensión y teniendo siempre en cuenta la obra del ilustre maestro. Tal fue la importancia del estudio de don JERÓNIMO GONZÁLEZ (11).

(8) *Comentarios al Código Civil*, tomo 34, vol. II.

(9) *Comentarios al Código Civil*, tomo XI, edic. 1950, pág. 202.

(10) *Derecho de cosas*. Ennecérus-Kipp-Wolff, Bosch, 1937, tomo II, vol. II, página 14.

(11) Cit. ant. *Estudios*.

La *legislación hipotecaria*, que en España, al contrario de otros países, siempre estuvo separada de la civil, fue más respetuosa con el derecho de superficie. La Ley Hipotecaria de 1861, en cuya Exposición de Motivos ya se intuyó un concepto moderno del derecho de superficie, *con una visión más amplia*, contempló su existencia como derecho autónomo fuera de la figura gemela de la enfiteusis. Así, en el artículo 107, que regulaba los bienes que podían hipotecarse, con restricciones, incluyó en su párrafo 5.º «los derechos de superficie, pastos, leñas y otros semejantes de naturaleza real», y fue el artículo 27 del *Reglamento Hipotecario de 1863*, seguido por el de 1870—quizá *por el lastre de su importancia histórica*—, el que concibió el derecho de superficie como propiedad separada del suelo, al disponer que en toda inscripción relativa a fincas, en la que el suelo pertenezca a una persona y el edificio o plantación a otra, se expresaría con claridad esta circunstancia.

No era la primera vez, ni sería la última, que la legislación hipotecaria, hablando en términos taurinos, entendidos por todos los españoles, *hacía un quite o echaba un oportuno capote a la legislación civil*, y aquellos preceptos hipotecarios permitieron a la *Dirección General de los Registros y del Notariado* demostrar en varias resoluciones (12) que el concepto clásico del derecho de superficie, *si no era muy corriente, tampoco era desconocido en la práctica jurídica española*.

Fue con el florecimiento del *urbanismo*, y al proliferar en términos insospechados *la edificación*, cuando aparece una regulación sistemática del derecho de superficie en la *Ley del Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956*—artículos 157 a 161—, reformada por la Ley número 19, de 2 de mayo de 1975, en cuya disposición final segunda se dispuso que en el término de un año se aprobaría por el Gobierno, a propuesta del Ministerio de la Vivienda, y previo dictamen del Consejo de Estado, un Texto Refundido de la Ley, que fue sancionado por Real Decreto número 1.346, de 9 de abril de 1976.

Con anterioridad a esta última reforma es preciso citar como *normas vigentes* relativas al derecho de superficie el artículo 58 del *Reglamento del Patrimonio Forestal del Estado de 30 de marzo de 1941*; el artículo 11, apartado 5.º, de la *Ley de Montes de 8 de junio de 1957*, y los importantísimos artículos 16 y 30-2.º del *Reglamento Hipotecario*, introducidos en su reforma por Decreto de 17 de marzo de 1959.

Antes de entrar en el estudio de la ya amplia regulación legal, que, dicho sea de paso, ha recibido *crítica favorable y general aplauso*, por *llenar una evidente laguna legal* respecto del derecho de superficie, tene-

(12) Resoluciones de 29 de abril de 1871, 29 de septiembre de 1911, 24 de abril de 1913, 19 de diciembre de 1917 y la más importante de 27 de octubre de 1947, entre otras.

mos que aludir a un problema previo importante: se trata de la hermenéutica que debemos seguir en la aplicación de los diversos preceptos incluidos en leyes tan dispares. En efecto, *¿pueden complementarse unos con otros o regulan supuestos o clases de superficie diferentes?*

El profesor ALBALADEJO (13) nos dice: «La regulación de la Ley del Suelo alcanza sólo a los derechos de superficie establecidos dentro del marco de los planes de ordenación urbana (ya que el objeto de la ley es, según su artículo 1.º, 'la ordenación urbanística de todo el territorio nacional'), dejando los demás sometidos al régimen que les corresponda, y en cuanto al Reglamento Hipotecario, el espíritu de la reforma del artículo 16 alcanza a todo el derecho de superficie *urbana* (*urbana normal* y de *planes urbanísticos*), aun a los casos que no llega su letra, mientras que al derecho de superficie *rústica*, se refiere la reforma del artículo 30. Así, pues, hay que distinguir, por un lado, el derecho de superficie urbanístico y, por otro, el derecho de superficie como figura general, y dentro de ésta, la urbana y la rústica. El régimen jurídico de los tres es distinto, al menos en parte; el de la urbanística, se regula por la Ley del Suelo, en primer término, y sólo supletoriamente por las reglas de la superficie general urbana. La rústica sólo tiene una figura general, pero sometida a algunas normas discrepantes de la urbana.»

MEZQUITA DEL CACHO (14), por el contrario, cree que la Ley del Suelo, al colmar una evidente laguna legal, complementa el Código Civil en base del antiguo artículo 6.º del mismo que invoca las leyes en general y no sólo las que contenga el Código, sino también las leyes especiales, como la Ley del Suelo, llegando a defender que, *en algunos aspectos, hasta ha modificado al Código* y que, en relación al derecho de superficie, *es la ley a la que aludía el artículo 1.611*, porque los Decretos de 1926 y 1931 se refirieron sólo a los foros y subforos, pero no al derecho de superficie.

Esta opinión de MEZQUITA nos parece acertada en su primera parte, pero en la segunda *no creemos tenga mayor consistencia que su originalidad*.

Más moderado, GUILARTE ZAPATERO (15) nos dice que es posible afirmar que la regulación contenida en la ley especial es susceptible de ser tenida en cuenta *como norma supletoria* para el derecho de superficie común, siempre y cuando que, en efecto, su aplicación se limite a ser complementaria y no modificativa de la misma.

(13) Instituciones de Derecho Civil. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1964, pág. 440.

(14) El derecho real de superficie en la Ley de 12 de mayo de 1956. R. D. P. 1957, pág. 761.

(15) El derecho de superficie. Aranzadi, 1966, pág. 201.

También, en este sentido, PUIG PEÑA (16) cree que su aplicación sólo alcanza a los casos en que el derecho de superficie cumpla—o trate de realizar—la finalidad específica asignada por la ley. En los demás supuestos sólo puede tener ésta *un valor subsidiario o supletorio*, siempre que no contradiga los principios y normas generales del Código Civil.

Con todos los respetos debidos a tales teorías y a sus defensores, creemos *se puede intentar una regulación unitaria del derecho de superficie con todas las disposiciones legales vigentes* sobre la misma. Indudablemente, deberemos guardar *la jerarquía* entre las disposiciones legales propiamente dichas y disposiciones reglamentarias, pero hecha esta salvedad creemos que todas deben armonizarse y complementarse mutuamente en lo que no sean abiertamente contradictorias. Ello es así por las razones siguientes:

Primera.—Por ser el derecho de superficie una figura perfectamente *laborada históricamente con caracteres y fisonomía propios*, como hemos visto al exponer su evolución, y, en consecuencia, cualquier disposición legal sobre aquélla tiene que reconocer implícitamente su carácter unitario y completo, de manera que se refiera a una institución ya perfectamente modelada.

Segunda.—Como dice el profesor CASTRO, al hablar de la concordancia de las leyes, «el ordenamiento jurídico moderno constituye un sistema, postula la unidad y la eliminación de contradicciones. *Ninguna ley existe ni puede entenderse aisladamente; cada nueva regla repercute* en mayor o menor grado sobre las demás; pero *ella, a su vez, no puede comprenderse bien sin conocer su encaje en el derecho ya existente*. La *jurisprudencia* insiste con razón sobre la necesidad de interpretar, atendiendo a las demás leyes y en armonía con ellas». Si ello es así, tratándose del ordenamiento en general, con mayor razón lo será al tratarse disposiciones sobre una misma institución jurídica.

Tercera.—La *teoría institucional* elaborada por HAURIOU y seguida por RIGAUD (17), RENARD y SALEILLES en parte, que desemboca en reconocer que el ordenamiento está formado por grupos de normas que se refieren a las formas básicas y típicas de la organización jurídica total, presupone que aquellas normas encajen dentro de estas formas.

Cuarta.—Si, según el artículo 3.º, 1.º, del Código Civil, título preliminar reformado, «las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, *en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legisla-*

(16) *Compendio de Derecho Civil*. Nauta, 1976, tomo II, pág. 703.

(17) *El derecho real*. Madrid. Reus, 1928.

tivos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas», las relativas al derecho de superficie no serán una excepción y habrán de serlo, naturalmente, en el sentido que propugnamos.

En definitiva, pues, las normas dadas para regular el derecho de superficie deben servir para una regulación que, salvando aspectos parciales de detalle, encajan dentro de su configuración total.

Respecto de las normas contenidas en el *artículo 16* del Reglamento Hipotecario, *hay que considerarlas, sin duda, de aplicación general*, por cuanto el preámbulo del Decreto de 19 de marzo de 1959 declara: «la superficie, aparte una ligera referencia del Código Civil, había sido objeto de ciertos artículos de la Ley del Suelo; pero era necesario el desenvolvimiento reglamentario de aquellos precedentes sustantivos que aliviara la orfandad de una regulación precisa y permitiera traducir a la realidad figura jurídica tan sugestiva».

La misma orientación siguen la mayoría de autores, como ROCA SASTRE, LA RICA, ALBADALEJO, GULLÓN, MARTÍN BLANCO, etc., aunque GUILARTE ZAPATERO encuentra en determinados puntos concretos graves obstáculos de aplicabilidad.

REGULACION LEGAL DEL DERECHO DE SUPERFICIE

Hemos llegado ya al estudio de las disposiciones legales vigentes que hoy regulan este derecho, pero teniendo en cuenta que esta conferencia estaba encuadrada en un ciclo destinado a la nueva Ley del Suelo, nos referimos únicamente al derecho de superficie en ella regulado, dejando fuera otras figuras posibles en nuestro ordenamiento, atendiendo a las circunstancias de tiempo y lugar que nos mandan.

El artículo 171 de la Ley del Suelo, en el párrafo segundo, establece que la superficie urbanística se registrá:

- 1.º Por las disposiciones *contenidas en esta sección*.
- 2.º Por el *título constitutivo* del derecho, y
- 3.º Subsidiariamente por las *normas del Derecho privado*.

Esta enumeración supone *una jerarquía de normas*, lo cual quiere decir que en el título constitutivo no podrá estipularse nada en contra de lo dispuesto en la Ley que tiene carácter de Derecho dispositivo, y como éstas no son muy detalladas y dejan amplio campo a las estipulaciones de las partes, de ahí *la gran importancia de la redacción del título constitutivo*, que al tener que formalizarse necesariamente en escritura pública deposita

en los Notarios la responsabilidad y la confianza de la modelación de los derechos de superficie.

A las normas de la Ley tenemos que juntar las reglas del artículo 16 del Reglamento Hipotecario, por tener, como hemos visto, carácter complementario, en tanto no se disponga otra cosa en su día por los Reglamentos especiales de la propia Ley del Suelo.

La Ley no ha dedicado *ninguna norma transitoria* al derecho de superficie y hubiera sido de utilidad que lo hubiera hecho. Por lo menos para aclarar por qué ley deberán regirse los derechos *que se constituyan dentro de los planes que se rijan por la ley antigua, pero después de entrar en vigor la nueva*. En este caso, y ante el silencio legal, creemos que deben sujetarse a la ley nueva.

Las *normas subsidiarias* del Derecho privado más directamente aplicables serán las relativas a la accesión, las generales de las obligaciones y contratos y, naturalmente, las que se refieren a la capacidad de los particulares.

CONSTITUCION DEL DERECHO DE SUPERFICIE

1. ELEMENTOS PERSONALES

A) *El propietario del suelo, concedente o superficiante*, que puede ser, según el artículo 171-1.º, *el Estado*, las *Entidades Locales y Urbanísticas especiales* y las demás *personas públicas*, cuya capacidad está determinada por sus leyes especiales o por los propios Estatutos de su creación, y *los particulares*, cuya capacidad será la de cada caso particular.

Como la constitución del derecho de superficie supone un acto de gravamen sobre bienes inmuebles, deberá el que lo constituya tener *capacidad de disponer y poder de disposición* de la finca sobre la que deba recaer el derecho.

Así, los menores deberán estar representados por sus padres y con autorización judicial (artículo 160-4.º del Código Civil), los tutores necesitarán autorización del consejo de familia (artículo 269-5.º) y los emancipados necesitarán el consentimiento del padre, madre o tutor (art. 217).

Las *sociedades civiles* o mercantiles deberán ajustarse a sus propias normas para los actos de disposición.

B) *El superficiario concesionario o titular del derecho* a la construcción necesitará la capacidad general para obligarse.

Los padres podrán actuar en representación de sus hijos menores sin necesidad de autorización y los emancipados podrán constituirlo por sí.

2. ELEMENTOS REALES

A) El *suelo propio del superficiante, sobre o bajo* dicho suelo, incluso *sobre una edificación* ya construida y también *bajo dicha edificación*, es lo que constituye la base o elemento esencial del derecho de superficie.

Si pertenece a varios en *condominio*, se necesitará el consentimiento de todos. Si tuviere carácter *ganancial*, se necesitará el consentimiento de ambos cónyuges (art. 1.413 del Código Civil), y si es *privativo o parafern*al, bastará el consentimiento del marido o de la mujer, respectivamente (artículo 1.387, modificado por Ley de 2 de mayo de 1975).

El terreno que se grave con el derecho de superficie, dice LA RICA, *ha de ser siempre ajeno al superficiario*. No es incompatible que sea arrendatario del suelo y tal vez tampoco que sea usufructuario, aunque esta segunda hipótesis reconoce que podía dar lugar a relaciones jurídicas complicadas (18).

B) El otro elemento, *la construcción superficiaria* consiste, generalmente, en edificaciones u otras obras en las que se empleen materiales propios de la construcción, como nos dice SALIS, en la doctrina italiana; y entre nosotros, ROCA SASTRE entiende esencial que se trate de algo incorporado al suelo de suerte que sin el derecho de superficie sería absorbido por el suelo, por el proceso de la accesión (19).

Será de trascendental importancia determinar el «*volumen edificable*» *si fuere conocido*, o, en su defecto, hacer una referencia a las *normas por que haya de calcularse*, así como a las *licencias necesarias* para la edificación.

Dentro de esta línea de generalidad y amplitud, el artículo 171-1.º habla de la *construcción de viviendas, servicios complementarios, instalaciones industriales y comerciales u otras edificaciones*, que hay que entender como una relación abierta y meramente enunciativa.

3. ELEMENTOS FORMALES

En cuanto a la forma de constitución del derecho de superficie, hay que distinguir la constituida por el Estado y demás entes públicos y los particulares.

A) Respecto a los primeros, establece el artículo 172-1.º que se efectuará por concesión, la cual se formalizará por subasta o por adjudicación

(18) *Comentarios a la Reforma del Registro Hipotecario*. 1959, pág. 29.

(19) *Ensayo sobre el derecho de superficie*. R. C. D. I, Primer Centenario. Ley Hipotecaria 1961, pág. 42.

directa o como consecuencia de haberse procedido a una expropiación parcial del dominio del suelo por permitirlo así la ejecución del plan.

Analicemos cada uno de estos supuestos:

La subasta será el caso general y se regulará por las normas de la Ley del Suelo y demás disposiciones legales aplicables a la entidad que concediere el derecho de superficie. En el *pliego de condiciones deberán contenerse todos los requisitos* del derecho de superficie, que después se plasmarán obligatoriamente en la escritura pública, que será el título de constitución verdadero.

La adjudicación directa tendrá lugar en los supuestos que puedan exceptuarse de la subasta, pudiendo hacerse, *incluso gratuitamente o por precio inferior*, según el citado precepto de la Ley del Suelo, en los siguientes casos, que serán:

- 1.º Para atender necesidades de viviendas de carácter social.
- 2.º Para construir edificios públicos destinados a organismos oficiales.
- 3.º Para edificios de servicio público de propiedad pública o particular que requieran un emplazamiento determinado sin propósito especulativo, como centros parroquiales, culturales, sanitarios o instalaciones deportivas, y
- 4.º Para la construcción de viviendas por organismos oficiales (artículo 172-1.º en relación con el 166 y 169, todos de la Ley del Suelo).

En tales casos se necesitará además autorización del Ministerio de la Vivienda o del de la Gobernación, según que dicha adjudicación se verifique por órganos urbanísticos de la Administración del Estado o por entidades locales.

La expropiación parcial tendrá lugar en los casos determinados por la ley y en el respectivo expediente se detallarán las particularidades y requisitos de la concesión del derecho de superficie.

B) *Los particulares* sólo deberán atenerse a las siguientes formalidades, que son obligatorias en todo caso:

La escritura pública, que tendrá el carácter de requisito *indispensable o «ad solemnitatem»*, es decir, que al igual que en el supuesto del artículo 1.628 del Código Civil para la enfiteusis, no tendrá validez alguna si no se formaliza en escritura notarial. Sin embargo, las palabras, en todo caso, no pueden impedir que en caso de litigio pueda suplir a la escritura una *sentencia judicial firme*.

La inscripción en el Registro de la Propiedad la exige la Ley del Suelo en el artículo 171-2.º, como requisito constitutivo de su eficacia, y el artículo 16 del Reglamento Hipotecario dice «para su eficaz constitución».

Es indudable, dice ROCA SASTRE (20), que el pensamiento de estos dos preceptos es que tenga *valor constitutivo* la inscripción, pero la fórmula empleada no es del todo correcta, pues en caso de inscripción constitutiva, la inscripción, juntamente con el título correspondiente, son requisitos necesarios para el nacimiento o existencia del derecho real de superficie y no sólo para su eficacia.

DE LOS MOZOS (21), GULLÓN (22) y FOSAR BENLLOCH (23) se plantean innecesariamente si en estos supuestos la inscripción en el Registro de la Propiedad *suplirá a la tradición* por tratarse de un derecho que, como el de superficie, es susceptible de posesión. Decimos innecesariamente, porque como es necesaria en todo caso la escritura pública, *ésta producirá la llamada tradición instrumental*, que equivale a la entrega de la posesión, según se desprende, y está admitido por todos, del artículo 1.462 del Código Civil.

Problema distinto es el que se plantea si, una vez formalizada *la escritura pública, no se inscribe en el Registro de la Propiedad*. En tal supuesto hay bastante unanimidad en la doctrina en considerar que la escritura producirá *efectos entre las partes* que la otorgaron, pero *no frente a terceros*, y el carácter constitutivo de la inscripción dará pie a que las partes puedan compelerse recíprocamente a la inscripción.

Aunque dados los términos absolutos de la ley («requisito constitutivo de su eficacia») y del reglamento («su eficaz constitución») ya señalados, creemos que nos legitima para opinar que *aun para exigir todos los efectos de la superficie entre las partes deberá cumplirse el trámite de la inscripción*.

En la práctica, sin embargo, no deben surgir problemas a este respecto. Como el dueño del suelo y el superficiario serán otorgantes de la escritura de constitución del derecho de superficie, tanto uno como otro podrán obtener del Notario autorizante *una copia y mediante ella proceder unilateralmente a su inscripción*.

Problema puramente registral es el de si debe abrirse necesariamente *nuevo folio al derecho de superficie* independiente de la propiedad del suelo.

En principio, y teóricamente, dependerá de la concepción que aceptemos sobre la naturaleza jurídica del derecho de superficie, si se trata de un supuesto de propiedad dividida, o de un derecho real en cosa ajena, pero en la realidad, y sin aludir a este problema, no está de acuerdo la doctrina.

(20) Cit. ant., pág. 46.

(21) Cit. ant., pág. 290.

(22) Cit. ant., pág. 70.

(23) El derecho de superficie. Anales de la Universidad de Valencia, 1954-55, pág. 55, y A. D. C., 1958, pág. 858.

Ya don JERÓNIMO GONZÁLEZ, siguiendo la orientación de la ordenanza alemana de 1919, apuntó que *las leyes tienden a sustantivarlo y colocarlo en la categoría de finca hipotecaria*.

Más categórico, FOSAR BENLLOCH (24) nos dice que, de no configurarse este derecho como *finca independiente*, e inscribirse en folio propio, *se quebrantaría el principio de especialidad*, terminando por propugnar la agregación de un nuevo párrafo al artículo octavo de la Ley Hipotecaria, en que se consagre la inscribibilidad separada tanto del derecho de superficie como de cada uno de los planos horizontales en que se divide.

También GONZÁLEZ PÉREZ (25) en este sentido escribe: «Teniendo en cuenta que el derecho de superficie determina la propiedad plena sobre la edificación, parece *necesario que debe inscribirse en folio separado, bajo número distinto*, además de en el folio donde figura inscrito el suelo, haciendo constar todas las circunstancias del artículo 16 del Reglamento Hipotecario. Idem NÚÑEZ RUIZ (26).

Con mejor criterio, LA RICA (27) nos dice: como se trata de un derecho real, deberá, desde luego, *inscribirse en el folio donde figure inscrito el suelo* o edificación sobre que se constituya; mas como el derecho de superficie reviste una doble naturaleza, pues, por una parte, es un gravamen del dominio del suelo, y por otra, es una propiedad limitada y temporal, *puede también sustantivarse*, como ocurre en la legislación alemana, e inscribirse en folio separado, bajo número distinto.

Cuando se trate de un derecho superficiario, concedido sobre un solar, no existirá la necesidad de la sustantivación de la superficie y de inscribirla con separación del suelo. Bastará inscribir el título constitutivo como gravamen de la finca inscrita y después la declaración de la obra nueva realizada por el superficiario. También MEZQUITA, GULLÓN y LACRÚZ.

Compartimos absolutamente esta última opinión y no, en cambio, las anteriores, pues *no es necesaria, sino facultativa, la inscripción del derecho de superficie bajo folio independiente*, y sí, en cambio, consideramos necesario que se realice en el folio correspondiente al solar o edificio sobre que se constituya el derecho.

(24) A. D. C., 1958, pág. 852.

(25) *Comentarios a la Ley del Suelo*, 1976, pág. 896.

(26) *Derecho Urbanístico*, pág. 368.

(27) *Comentarios...*, 1959, pág. 33.

CONTENIDO DEL DERECHO DE SUPERFICIE

1. DERECHOS DEL PROPIETARIO DEL SUELO

1.º *La contraprestación del superficiario*, salvo los supuestos de constitución a título gratuito por donación, herencia o legado, podrá consistir, según el artículo 172-3.º de la Ley, en:

A) Una *suma alzada*, en cuyo caso se equiparará a la compra-venta del derecho de superficie.

B) Un *canon periódico*, que es el antiguo *solarium* o pensión superficial, que debe consistir en el pago de una cantidad de dinero que podrá ser *fija o gradual*, e incluso, por menor tiempo que la duración del derecho de superficie, pues nada impide el juego del tiempo con la cantidad del pago, pudiendo *dar lugar a diversas y variadas combinaciones*.

Cabría también sujetar el importe del canon a *cláusulas de estabilización*, pero para su inscripción en el Registro de la Propiedad habría que establecer unos *módulos que, en cualquier caso, permitieran calcular la cantidad máxima debida*, por exigirlo el principio de especialidad y la protección de posibles terceros. Podría servirnos de precedente por analogía la doctrina elaborada sobre estas cláusulas en materia de arrendamientos por el Tribunal Supremo en su ya copiosa jurisprudencia.

Para solucionar posibles dudas sobre la aplicabilidad de las cláusulas de estabilización y su funcionamiento sería de desear que aludiera a ellas el futuro reglamento sobre la ley.

Al tener el canon el carácter de derecho personal podría *ser objeto de garantías variadas*; por ejemplo, fianza, prenda, cláusula penal, etc., incluso otras de trascendencia real, como hipoteca, condición resolutoria a las que se refiere el artículo 16-1.º E del Reglamento Hipotecario.

ROCA (28) no admite la *condición resolutoria* por equipararla al comiso. En cambio, SALIS (29) sí la admite con resarcimiento de daños y con efectos desde la falta de pago, lo cual nos parece más acertado.

Lo que se prohíbe expresamente en el Reglamento Hipotecario es el *pacto de comiso*, a pesar de lo cual, autores como PUIG PEÑA y GUILARTE ZAPATERO (30) *creen en su validez, aunque* de acuerdo con el precepto reglamentario tal pacto *no sería inscribible*. Consideramos totalmente *infundada esta opinión* por el carácter constitutivo de la inscripción del derecho de superficie, en su conjunto, no fragmentado, lo cual iría contra la

(28) Cit. ant., pág. 48.

(29) *La superficie*, reedición 1954, Torino, págs. 29 y 56.

(30) Cit. ant., pág. 266.

unidad institucional de aquel derecho superficiario, y por el carácter complementario pero obligatorio que hemos visto tienen las disposiciones del Reglamento Hipotecario.

C) *Viviendas o locales de la construcción* realizados por el superficiario, en cuyo caso el propietario del terreno pasaría a formar parte en régimen de propiedad horizontal y sujeto a las normas de la misma, de acuerdo con la Ley de 21 de julio de 1960.

D) *Derecho de arrendamiento de unos y otros*.—En estos supuestos el titular de los derechos de arrendamiento será el propietario del suelo, y el arrendador el superficiario, y no es probable que surjan problemas mientras la relación arrendaticia se mantenga así; pero si posteriormente ocurrieran cesiones o subrogaciones de las viviendas o traspaso de locales de negocios, podrían complicarse las situaciones por ingerencia de la legislación de arrendamientos, por más que en estos casos se establezca que los nuevos titulares se subrogarán en los derechos y obligaciones del primitivo contrato de arrendamiento.

GUILARTE ZAPATERO (31) y GONZÁLEZ PÉREZ (32) creen de aplicación el artículo 114-12.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que prevé el *supuesto de arrendamiento por el usufructuario*, que sólo se extinguirá al finalizar el usufructo cuando el propietario pruebe que las condiciones pactadas fueron notoriamente gravosas para la propiedad. Aunque es casi seguro que estarán cambiadas las normas sobre arrendamientos cuando se extingan los derechos de superficie que se vayan constituyendo, ante estos posibles inconvenientes no estaría de más que el futuro reglamento *estableciera alguna norma sobre este particular*, por ejemplo, que tales arrendamientos sólo podrán ser disfrutados por el dueño del suelo y sus herederos, debiendo extinguirse con el derecho de superficie, aunque con ello quizá quitaría aliciente a la constitución de los mismos arrendamientos que la Ley del Suelo ha incluido en la contraprestación del superficiario. *Idéntica solución a la que proponemos aplica el artículo 58-3.º de la Ley.*

E) *Varias de estas modalidades a la vez*, en cuyo supuesto nos referimos a los comentarios hechos a cada una de las modalidades.

2.º Tienen también derecho el dueño del suelo a *que se construya el edificio proyectado y pactado* dentro del término que establece el artículo 173-1.º, que dice: «el derecho de superficie se extinguirá si no se edifica en el plazo previsto en el plan o en el convenio si fuera menor». Compaginando este artículo con el repetido 16 del Reglamento Hipotecario, no podrá exceder de *cinco años*.

La Ley del Suelo habla en este caso de extinción del derecho de superficie y quizá no sea muy acertado o, por lo menos, muy técnico, por cuanto

(31) Cit. ant., pág. 294.

(32) *Comentarios a la Ley del Suelo*, 1976, pág. 896.

el derecho de superficie es dudoso que haya nacido cuando aún no se ha edificado.

3.º Igualmente tendrá derecho a que se realice la construcción *con las características señaladas y de acuerdo a los proyectos* y a que se dé a lo edificado *el destino pactado* (art. 16, letra C).

4.º Tendrá también, como dice ROCA SASTRE, un derecho de *inspección, control o verificación* sobre el uso y conservación de lo edificado.

2. DERECHOS DEL SUPERFICIARIO

1.º El principal derecho del superficiario es el de *realizar la construcción pactada y ser dueño de la misma* en los términos del título de constitución. Podrá también *reconstruirla en caso de destrucción total o parcial*, salvo pacto en contrario.

2.º Como consecuencia de lo anterior, podrá *enajenar, gravar y, en general, disponer* de su derecho de superficie tanto por actos *inter vivos*, onerosos o gratuitos, como por causa de muerte, si en el título de constitución no se hubieran restringido estas facultades. Otra cosa no supone la dicción del artículo 171-1.º en el sentido de que será transmisible y susceptible de gravamen con las limitaciones que se hubieren fijado al constituirlo. También el Reglamento Hipotecario en el tantas veces citado artículo 16.

Queremos hacer una mera alusión a *la subsuperficie*, que *hay que admitir dados los amplios términos de la Ley* sin necesidad de acudir a la doctrina de los derechos sobre derechos.

Sin embargo, ROCA SASTRE (33) exige que exista la propiedad superficiaria, o sea, *que se haya edificado*, y DE LOS MOZOS (34), que bien en el título de constitución o con posterioridad *lo autorice el dueño del suelo*.

Creemos que la subsuperficie poco puede añadir al desarrollo del derecho de superficie y que, dadas las dificultades y exigencias legales que aparecen en la legislación comparada, la *Ley hubiera podido suprimirla*, como hace el artículo 1.654 del Código Civil con la subenfiteusis.

3.º Los derechos de *tanteo y retracto* que la antigua Ley de 1956 concedía mutuamente al superficiario y al dueño del suelo en caso de enajenación onerosa de uno u otro *han desaparecido* de la actual, *haciéndose eco de la opinión contraria* de la mayor parte de la doctrina española y de los *precedentes también contrarios* de las legislaciones europeas de Alemania, Italia y Suiza.

(33) Cit. ant., pág. 56.

(34) Cit. ant., pág. 285.

Visto en general, y a groso modo, *el contenido* del derecho de superficie, desdoblado en derechos y obligaciones de las partes, veamos por último la

EXTINCION DEL DERECHO DE SUPERFICIE

1. CAUSAS DE EXTINCIÓN

La extinción tendrá lugar:

1.º Por el *transcurso del plazo* que se hubiese pactado al constituirlo, que no podrá exceder de *setenta y cinco años* en el concedido por el Estado y demás personas jurídicas públicas, ni de *noventa y nueve años* en el convenido entre particulares (art. 173-1.º).

La Ley anterior establecía el plazo máximo de cincuenta años y este mismo fija también el Reglamento Hipotecario en el artículo 16. La Ley actual, en su deseo de favorecer la figura que estudiamos, ha alargado considerablemente los plazos, y en este sentido habrá que *considerar modificado el señalado por el Reglamento Hipotecario*.

No parece que sea posible, en vista de los preceptos legales, *una prórroga* de estos plazos ni aunque se hubiera pactado en la misma constitución. Otra cosa sería si se hubiera establecido en el título de constitución un *derecho preferente a la renovación*, ya que en este caso *formaría parte del contenido del derecho* de superficie, como defiende para la legislación alemana WOLF-RAISER, citado por DE LOS MOZOS. En este último supuesto sería necesario un nuevo título de constitución del nuevo derecho de superficie a favor del anterior superficiario en virtud de su derecho preferente.

2.º La *renuncia del superficiario*, una vez construida la edificación, puede ser causa de extinción del derecho, pero no hay unanimidad en la doctrina.

SALIS no lo admite sin consentimiento del dueño del suelo, y ROCA SASTRE hace varias distinciones.

Creemos que si la superficie se construyó a título gratuito *podrá renunciarse unilateralmente*, pero si se pactó canon o contraprestación *necesitará la aquiescencia del dueño*, salvo siempre los derechos de terceros, si los hubiera.

3.º La *confusión de derechos* tiene, después de la última reforma de la Ley del Suelo, *un tratamiento especial*, pues el artículo 173-4.º dispone: «si por cualquier causa se reunieran en la misma persona los derechos de

propiedad del suelo y los del superficiario, las cargas que recayeren sobre uno y otro derecho continuarán gravándolo separadamente».

Ello no impedirá reconocer que la superficie se habrá extinguido, pero en atención a posibles terceros interesados la solución legal impide que se extiendan sus derechos a la totalidad del suelo y de lo edificado.

4.º Otras causas de extinción son *las condiciones resolutorias* cuando se hayan pactado, el *mutuo disenso* y las *expropiaciones* forzosas, aunque no exista pacto.

La destrucción de lo construido no constituye causa de extinción en contra de lo que creen algunos, como GULLÓN y GUILARTE, pues ya hemos visto que en este caso el superficiario tendrá derecho a la reconstrucción de lo edificado, que seguirá el régimen de lo destruido, operándose un claro supuesto de subrogación real.

2. EFECTOS FUNDAMENTALES DE LA EXTINCIÓN

A) *La reversión*.—Se llama reversión, aunque de manera poco técnica como veremos, al tránsito de la propiedad de lo edificado al dueño del suelo, cosa que tiene lugar por efecto natural del derecho de superficie al extinguirse, pues entonces *se producen automáticamente las consecuencias de la accesión que estaban suspendidas precisamente por el derecho de superficie*. Sin embargo, la regulación legal de este efecto esencial del derecho de superficie al llegar su extinción ha sido dubitativa y fluctuante. La *Ley del Suelo de 1956*, en su artículo 61-2.º, establecía: «cuando se extinga el derecho de superficie, el dueño del suelo adquirirá la propiedad de la edificación y, en defecto de pacto, deberá satisfacer al superficiario una indemnización equivalente al valor de la construcción según el estado de la misma en el momento de la transmisión».

Observemos que este precepto consideraba efecto natural la indemnización por el propietario del suelo, pero *la ha suprimido la Ley actual* en el artículo 172-3.º, y dados los términos de la misma parece que no será posible el pacto en contra.

No podemos alabar esta radical supresión de la indemnización del valor de la construcción al finalizar el derecho de superficie (35). Parecía justo que el superficiario *al carecer del «ius tollendi» tuviera derecho a un resarcimiento* en metálico, pero la nueva legislación, seguramente pensando en las dificultades de su fijación o cálculo y para dar mayores ali-

(35) La *Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, aprobada por Ley de 1 de marzo de 1973, en su Ley número 434 establece con mejor criterio que «lo edificado revertirá a la propiedad sin compensación o con ella, según se haya pactado».

cientes a los propietarios a ceder terrenos para la construcción mediante el derecho de superficie, ha considerado conveniente su eliminación como parece deducirse de la *Exposición de Motivos de la Ley de 2 de mayo de 1975*, que, por otra parte, parece compensar dicha supresión con el aumento del plazo y de las modalidades de contraprestación. Las partes en el título de constitución *deberán tener en cuenta este fundamental cambio y establecer el equilibrio negocial en las demás contraprestaciones*.

El Reglamento Hipotecario había introducido *bastante confusión en cuanto a la reversión*, al disponer en el tan repetido artículo 14, en su párrafo 1.º, A) y B), lo siguiente:

«Transcurrido el plazo, lo edificado pasará a ser propiedad del dueño del suelo, salvo pacto en contrario», «pudiéndose estipular la reversión del *todo o parte de lo edificado* a favor del dueño del suelo al expirar el plazo convenido», sin que se pueda justificar por ciertas circunstancias prácticas que pudieran presentarse, como dice DE LOS MOZOS (36), pues creemos que se hubieran podido atender sin desnaturalizar la institución.

Comentando estos preceptos, dice LA RICA (37), quiere esto decir que *se deja a los contratantes la más amplia libertad para modelar el derecho*, según sus diferentes intereses y su voluntad concorde, pudiéndose añadir a este comentario, desnaturalizando totalmente el derecho de superficie, porque el derecho modelado será otro, pero no el tradicional derecho de superficie.

Es de esencia en el derecho de superficie que, al finalizar el plazo, el propietario del suelo haga suyo lo edificado por renacer entonces el principio de la accesión, «*Superficies solo cedit*», que estaba paralizado por el propio derecho de superficie y *no se producirá tal efecto si lo edificado puede continuar siendo en todo o en parte del superficiario o de otra persona incluso. No vemos la forma de que esto ocurra* si el derecho de superficie se ha extinguido. *¿Cómo podrá el superficiario seguir teniendo todo o parte del edificio que se sustenta sobre suelo ajeno si el derecho en cuya virtud se sustentaba ha fenecido?* Por ello, tampoco estamos de acuerdo con la afirmación final de LA RICA, de que *todos los pactos en tanto no sean usurarios o contrarios a la ley son lícitos*, aunque lo normal será que el edificio pase a ser del dueño del suelo con la indemnización que se haya establecido.

Con mejor criterio y quizá por las razones expuestas, la nueva Ley de 1976 dispone, en el artículo 172-3.º, *in fine*: «*sin perjuicio de la reversión total de lo edificado al finalizar el plazo que se hubiera pactado al constituir el derecho de superficie*».

(36) Cit. ant., pág. 339.

(37) Comentarios. ., cit. ant., pág. 33.

Con esta nueva regulación, *que aplaudimos totalmente, salvo en suprimir la indemnización, las aguas vuelven a su cauce*, que no es otro que el normal y tradicional derecho de superficie, y el Reglamento Hipotecario habrá quedado modificado en aquellos preceptos totalmente.

Si alguna objeción pudiéramos hacer, además, a la Ley última, sería puramente terminológica por haber mantenido el término «reversión», pues, como dice ROCA SASTRE (38), el empleo aquí de la palabra «reversión» *es inadecuado*, puede utilizarse en ciertos supuestos del derecho de superficie, como hace la legislación alemana, pero *si existe uno en que no procede hacerlo, es precisamente cuando el derecho de superficie se extingue por caducidad*, o sea, por extinción del plazo de duración.

B) *Extinción de todos los derechos*.—Dispone el artículo 173-3.º que «la extinción del derecho de superficie por decurso del término provocará la de toda clase de derechos reales o personales impuestos por el superficiario».

Este precepto es una aplicación del principio inmutable, *resoluto ius dantis resolvitur est ius accipientis*, y un reflejo práctico de la *teoría de los derechos madre y filiales* de HIRSCH: Mientras dura el derecho madre, el derecho filial subsiste y es preferente a aquél incluso, pero cuando se extingue, arrastra a todos los derivados.

C) *Confusión de derechos de propiedad y superficie*.—Tienen lugar cuando se reúnen en una misma persona la cualidad de superficiario y la de dueño del suelo. Esta reunión se produce cuando el superficiario adquiere el dominio del terreno por compra, legado, herencia u otro título o, inversamente y también, cuando un tercero adquiere por cualquier título uno y otro derecho. En este caso dispone el artículo 173-4.º: «si por cualquier otra causa se reunieran en la misma persona los derechos de propiedad del suelo y los del superficiario, las cargas que recayeren sobre uno y otro derecho *continuarán gravándolos separadamente*».

Este párrafo *lo interpreta* ALBALADEJO (39) *extensivamente*, creyendo que su espíritu es referirse no solamente a la hipótesis de extinción por consolidación propiamente hablando, *sino al caso de que por cualquier causa distinta del transcurso del plazo venga una de las partes a absorber las facultades que correspondían mientras que existió al derecho del otro*.

BENEFICIOS LEGALES

Termina la Ley del Suelo las normas de la sección tercera del capítulo primero del título IV que dedica al derecho de superficie, con el artícu-

(38) Cit. ant., pág. 50.

(39) Cit. ant., pág. 446.

lo 174, que dispone: «la concesión del derecho de superficie por el Estado y demás personas públicas y su constitución por los particulares gozará de las *ventajas* que se establezcan reglamentariamente en la concesión de *calificaciones, préstamos y ayudas previstas* en la legislación protectora de viviendas...»

Poco feliz nos parece la redacción de este último precepto. De su simple lectura parece deducirse que para obtener los beneficios harán falta dos requisitos:

1.º Que se establezca reglamentariamente, o sea, con posterioridad, y

2.º Que se trate de beneficios ya previstos en la legislación protectora de la vivienda.

Así lo entiende GONZÁLEZ PÉREZ (40), que, comentando este artículo, dice: «*Habrà que esperar al reglamento.* El artículo no establece directamente un reconocimiento directo de las ventajas y beneficios que ya están en la legislación protectora de viviendas. Será el reglamento el que determine cuáles serán las ventajas que se reconozcan al que construya en ejercicio de la facultad del derecho de superficie.»

No podemos alabar aquella redacción legal, ni menos compartir este comentario que nos conduciría a la *inadmisibile solución* de que los que realicen o proyecten realizar construcciones en base de un derecho de superficie constituido antes del reglamento que se publique, *no puedan obtener los beneficios* de la legislación de viviendas, *aun reuniendo los requisitos* exigidos por la misma.

Ante esto no vemos otra salida que «saltar por encima» de la letra del artículo 174 y *entender que no hará falta esperar al reglamento* y que lo único que podrá éste hacer será concretar más los beneficios de la legislación especial de la vivienda, pero en ningún caso reducir su número o su alcance.

Tampoco estamos totalmente de acuerdo con GONZÁLEZ PÉREZ (41) cuando afirma que la propia ley *establece ya los límites a esas ventajas* y que las que se establezcan lo serán en los siguientes aspectos:

«Concesión de *calificaciones, préstamos o ayudas.*»

Creemos, por el contrario, que la enumeración que hace la ley *no puede ser exhaustiva o cerrada*, sino meramente enumerativa y que el reglamento *podría incluso conceder ventajas de otro tipo*, como preferencias, cupos de materiales, etc., máxime si estuvieran previstas o pudieran apoyarse en la legislación sobre la vivienda.

Quizá la ley, si efectivamente quería promocionar el derecho de super-

(40) *Comentarios...*, cit. ant., pág. 897.

(41) Cit. ant., pág. 897.

ficie, no debía haber desechado los *beneficios fiscales* que no incluyó en su articulado. Ante esto se nos ocurre preguntar: ¿Podría hacerlo el reglamento? Indudablemente debemos pronunciarnos en sentido negativo, pero no por el artículo 174, sino por el artículo 10-b y el 14 de la *Ley General Tributaria* (42), que establece que las exenciones o beneficios fiscales deben concederse mediante una ley.

JUICIO CRITICO Y POSIBILIDADES DEL DERECHO DE SUPERFICIE

Volviendo al símil o gráfico que hicimos al principio, tenemos ya el nuevo edificio con que imaginamos el derecho de superficie, ya flamante y perfectamente construido, *¿a qué lo dedicamos ahora? ¿Nos seguirá quedando vacío en su mayor parte, como durante la vigencia de la Ley de 1956?*

Veamos primero lo que piensan los autores sobre este particular, que no es precisamente muy optimista.

El profesor SERRANO, en el prólogo a la obra de GUILARTE ZAPATERO, pensando en los problemas del derecho de superficie, nos dice que le hacen temer que pueda correr la misma suerte que *nuestras viejas cargas censales*, que siendo inicialmente temporales, las cuestiones de orden público que se plantearon cuando quisieron los propietarios hacer efectiva su extinción por el curso del tiempo, *dieron lugar a sucesivas prórrogas hasta convertirse en derechos perpetuos*.

En idéntico sentido, COSSÍO, exponiendo en el XVII Congreso de la Propiedad Urbana de Sevilla en 1964, decía que cuando transcurrieran cincuenta años se celebraría un Congreso de superficiarios *que reclamarían del poder público la prórroga* de sus derechos.

ALBALADEJO (43) cree que, teóricamente, parece muy útil el derecho de superficie en el que ni uno paga la edificación ni el otro el suelo, *pero en la práctica le parece que hay otros muchos caminos para llegar a resultados equivalentes y aún preferibles*, razón por la que muchos temen —concluye— que la figura prospere poco en la realidad.

Tampoco JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ (44), en sus recientes *Comentarios*, es optimista sobre este particular, después de señalar que la reforma de 1975 ha intentado estimular la utilización del derecho de superficie, nos dice que, pese a las modificaciones introducidas, *no parece vaya a cambiar el panorama de nuestra realidad urbanística*.

(42) Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1973.

(43) Cit. ant., pág. 441.

(44) Cit. ant., pág. 897.

Ante estas opiniones, no muy alentadoras que digamos, debemos distinguir entre las entidades públicas y los particulares. Respecto de éstos quizá no prospere demasiado el derecho de superficie, pues, como dice NUSSBAUM, supone una gran subordinación a los derechos del propietario del suelo, no ofrece aliciente alguno para el porvenir y ni económica ni psicológicamente encierra para el superficiario el estímulo que supone considerarse dueño del terreno sobre el que construye (45).

En manos de las *entidades públicas* y algunas *personas jurídicas*, como fundaciones o entidades benéficas de carácter particular, *es donde está o puede estar el porvenir de la institución*. Bien es verdad que los *Ayuntamientos y Diputaciones*, en general, carecen de grandes patrimonios inmobiliarios—al contrario que los ingleses y suizos, por ejemplo, como hemos visto—por haber quedado *muy mermados* por consecuencias de las leyes desamortizadoras del siglo pasado, pero ahora, y por virtud de la misma Ley del Suelo, *pueden volver a aumentarlo por la cesión gratuita del 10 por 100 que en los planes parciales prevé el artículo 84-3-b)*.

Para tales entidades creemos que el derecho de superficie podría ser un medio eficaz para favorecer la construcción y facilitar obras que les interesen, con la seguridad de que no perderán nunca su patrimonio de suelo urbano, que más o menos tarde revertirá y podrán volver a disponer de él.

Además, el derecho de superficie encaja en la finalidad de no desprenderse del todo de los *bienes municipales* que late en el artículo 95-5.º del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 27 de mayo de 1955, que dispone: «no procederá la cesión gratuita *cuando fuere posible atender las finalidades* de que se tratare, *mateniendo la entidad local el dominio o condominio de los bienes* o constituyendo sobre ellos algún derecho real».

ALGUNOS SUPUESTOS DE DERECHOS DE SUPERFICIE

Finalmente, queremos destacar que en nuestra realidad jurídica, *aunque no sea muy corriente, tampoco es desconocido* el derecho de superficie. Podemos afirmar que ha estado y continúa estando *adormecida o aletargada*, apareciendo unas veces claramente y otras encubierta en cualquier ocasión. Se suele citar como ejemplo no muy antiguo el *ensanche de Melilla* a principios de siglo, sobre la base de ocupación de terrenos públicos que suponían verdaderos derechos de superficie.

Más reciente, al amparo de la *Ley de Centros y Zonas Turísticas de*

(45) Tratado de Derecho Hipotecario Alemán, 1929, pág. 140.

28 de diciembre de 1963, y fuera de esta Ley, han proliferado las *construcciones en zonas marítimo-terrestres, polígonos militares o terrenos públicos* que encubren verdaderos derechos de superficie.

Conocemos directamente el caso de una ciudad turística construida totalmente en zona marítimo terrestre y marismas desecadas, que cuando ya tenía muchas edificaciones terminadas y otras muchas empezadas, trataron de reivindicar el poder público y la jurisdicción militar y que luego desistieron por *el efecto convalidador e inatacable de la fe pública registral* del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, pues la mayoría de los edificios pertenecían distribuidos en propiedad horizontal a terceros propietarios que por el juego de aquel artículo habían adquirido una posición jurídica invulnerable a toda posible reivindicación.

Otro supuesto harto frecuente por toda la geografía nacional son las *extralimitaciones de construcción en terrenos pertenecientes a vías pecuarias*, que al no reclamarse por el juego del principio de la accesión, *desembocan en casos de derecho de superficie tácitos o consentidos por el Estado*.

Lo mismo podríamos decir de *líneas de conducción de energía eléctrica*, que, además de la línea, suelen ocupar terrenos para *casetas y otros edificios* para usos diversos, por las que en caso de *pagarse un canon periódico* dejarían entonces de ser servidumbres *para hacer tránsito al derecho superficiario*.

Los *ferrocarriles abandonados* cuyos terrenos se han vuelto a ofrecer a los mismos propietarios o sus herederos que han recobrado o podido recobrar el mismo terreno, en su día cedido o expropiado, al revertir ahora mediante el pago de una indemnización, *se ha producido de hecho el mismo juego del derecho de superficie*.

UNA NUEVA E IMPORTANTE MODALIDAD DEL DERECHO DE SUPERFICIE

No queremos terminar estas notas sin concretar la alusión que hicimos al hablar del título de constitución del nuevo concepto de *volumen edificable*, que podría abrir grandes campos al derecho de superficie. Desde la Ley del Suelo de 1956 se habla del volumen edificable no ya como una cualidad de las parcelas, sino *como un verdadero derecho de gran contenido económico*.

Se dice que puede comprarse o cederse entre propietarios de diferentes solares, distribuirse de diversas formas dentro de una misma parcela, e incluso, ¡que supone una verdadera segregación!

Con el volumen edificable es probable que nazca, si no ha nacido ya, *una nueva fuente de especulación*. Incluso se ha propuesto como po-

sible coadyuvante a la solución del problema urbanístico. Así, GONZÁLEZ BERENGUER (46) ha dicho, parafraseando a GOETHE, que prefiere la especulación al desorden, y también TORRES LANA abunda en el mismo sentido en su tesis doctoral sobre la materia (47).

El tráfico del volumen edificable que *se vive actualmente ya en nuestras ciudades* (pensemos, a título de ejemplo, en Azca de Madrid, Bilbao, Sevilla, Valencia, etc.) puede producirse de diversas formas, que tendrán, naturalmente, su repercusión en el Registro de la Propiedad.

El primer problema que se presentará es la forma de hacer constar *el volumen edificable en nuestros libros*. En principio podrá reflejarse como *mera circunstancia de hecho*, o cualidad de la finca, por declaración de los particulares en la respectiva escritura, y con más consistencia jurídica, por toma de razón de las *Cédulas Urbanísticas* o *Licencias de Edificación*. En estos casos, según NARCISO DE FUENTES (48), deberá hacerse por nota marginal, aunque quizá sea mejor por medio de una inscripción. Lo que no creemos es que constituya, como dice TORRES LANA, una auténtica inmatriculación.

El problema subsiguiente sería analizar si estos asientos gozarían de *la protección registral* y en qué medida se les aplicarían los principios hipotecarios, pero no es para tratarlo aquí al término de esta exposición, sino que debería ser tema principal de otra conferencia.

Aquí, en tema de derecho de superficie, sólo nos interesa destacar que dentro de las formas de tráfico del volumen edificable, hay algunas que podrían afectar directamente a aquel derecho que ha sido objeto de nuestro estudio.

No nos referimos al supuesto de *cesión de volumen de una parcela a otra*, que ha sido estudiado y resuelto por FUENTES (49), aplicando la técnica de la inscripción de las servidumbres, en el sentido de verificarlo —sin necesidad de inscripción previa—, en el folio de la finca que cede el volumen, mediante una inscripción extensa, y en el de la finca que lo adquiere, con una concisa, sino a los supuestos de distribución del volumen dentro de un mismo solar o parcela, o de cesión del volumen edificable a otra persona distinta del propietario del suelo.

En estos casos se puede distribuir entre toda la extensión, acumularlo más a una parte que a otra, incluso dejando alguna sin volumen. Todas estas operaciones tendrán que hacerse mediante segregaciones materiales

(46) *La reparcelación y otros estudios sobre urbanismo y vivienda*. Abella, Madrid, 1967, pág. 293.

(47) *La configuración jurídica del volumen de edificabilidad*. Pamplona, 1975.

(48) *En torno al urbanismo. Política del suelo y Registro de la Propiedad*. R. C. D. I., 1963, pág. 482.

(49) *Idem*, pág. 496.

con su respectiva parte de volumen o mediante la constitución de derechos de superficie para la edificación.

En el supuesto de transmisión del *puro «Ius edificandi»* con un volumen determinado, será, pues, ineludible la constitución de un derecho de superficie.

En este vacilante tema del volumen edificable, de su distribución, determinación y tráfico debemos andar con suma cautela, pues nos puede ocurrir lo que al burgués gentilhomme de Molière, que hablaba en prosa sin saberlo y sin pensarlo, igualmente nos ocurra a nosotros que estemos tratando del derecho de superficie.

Y terminamos ya con el resquemor que deja siempre el tratar temas tan extensos, de si es más interesante lo que hemos dicho o lo que hemos tenido, forzosamente, que omitir.

PEDRO J. AMENGUAL PONS
Registrador de la Propiedad
Notario (excedente)

JURISPRUDENCIA

I. Resoluciones y sentencias

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

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

... LA DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL QUE INTERPRETA CON GRAN TOLERANCIA EL REQUISITO DE DESCRIPCIÓN DEL RESTO EN LAS SEGREGACIONES (ARTS. 47 Y 50 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO) ES APLICABLE AUN EN EL CASO DE QUE AL SEGREGAR SE CONSTITUYA UNA SERVIDUMBRE EN LA CUAL SEA EL RESTO FINCA DOMINANTE Y LA SEGREGADA SIRVIENTE. Y ASÍ ES INSCRIBIBLE LA ESCRITURA EN DICHO CASO AUNQUE LA DESCRIPCIÓN DEL RESTO RESULTE SÓLO IMPLÍCITAMENTE EN CUANTO A LINDEROS Y CABIDA Y AUNQUE NO CONSTE LA IMPOSIBILIDAD O DIFICULTAD DE UNA DESCRIPCIÓN MÁS COMPLETA Y EXPLÍCITA DE DICHO RESTO.

ES SUFICIENTE QUE SE HAGA CONSTAR EN LA CUBIERTA DEL DOCUMENTO LOS DATOS DE SU PRESENTACIÓN PARA DAR CUMPLIMIENTO AL ARTÍCULO 116 DEL REGLAMENTO SIN SER NECESARIO QUE SE REPITAN EN LA NOTA DE CALIFICACIÓN DESFAVORABLE.

Resolución de 8 de mayo de 1978 (B. O. del Estado de 14 de junio).

Antecedentes de hecho.—Por escritura autorizada por el Notario de Trujillo don Angel Peñalva Jiménez el 31 de marzo de 1977, los consortes don Alejandro García Mena y doña Pureza Cercas Martínez segregaron de una

finca de su propiedad una parcela, que vendieron a don Tomás Riola Giraldo, constituyendo sobre la parcela segregada una servidumbre de paso en favor de la finca matriz.

Presentada en el Registro de Trujillo primera copia de la anterior escritura, fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Denegada la inscripción del precedente documento por el defecto subsanable de no describir el resto de la finca matriz después de la segregación efectuada o, al menos, como dice el artículo 47 del Reglamento Hipotecario: “las modificaciones en la extensión y los linderos o lindero por donde se haya efectuado la segregación”, circunstancias que adquieren especial relieve en este caso concreto al originarse como consecuencia de la segregación una servidumbre que afecta tanto a la finca de nueva formación como a la porción restante. No se toma anotación de suspensión por no solicitarse».

El Notario autorizante del instrumento interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó que la redacción de la nota es incongruente por cuanto comienza con la expresión «Denegada» y después califica el defecto de «subsanaable», incumpléndose lo preceptuado por los artículos 65 de la Ley Hipotecaria y 106 de su Reglamento, todo lo cual dificulta conocer con exactitud el alcance del defecto y su posible subsanación, al tener que interpretar que la negativa de inscripción se refiere de modo global e indiscriminado a la de todos y cada uno de los negocios jurídicos (segregación, compraventa y constitución de servidumbre) comprendidos en el título; que, por otra parte, no existe al pie del título calificado nota firmada por el Registrador que exprese la fecha de su presentación en el Registro ni tampoco consignación de los datos registrales correspondientes a su asiento de presentación, incumpléndose lo preceptuado en los artículos 105 y 433 del Reglamento Hipotecario en relación con el artículo 17 de la Ley Hipotecaria; que la referencia de la nota al artículo 47 del Reglamento Hipotecario no es apropiada, puesto que su mandato va más bien dirigido a los Registradores que a los Notarios, y que hubiera sido más adecuada la referencia al artículo 50 del Reglamento; que el citado artículo 47 del Reglamento determina las dos clases de asiento que deben practicarse al respecto: el asiento principal de inscripción para la porción segregada, frente al meramente accesorio, de nota marginal, para la porción restante; que esta nota marginal—a la que el funcionario calificador parece atribuir fuerza suficiente para producir la nulidad de un asiento registral principal—es considerada por la doctrina entre las de simple «oficina», no siéndole de obligada consignación alguna «de las circunstancias que según la Ley y el Reglamento debe contener la inscripción» (art. 98 del Reglamento Hipotecario); que la denegación contenida en la nota deriva de una simple y literal interpretación apresurada del referido artículo 47, siendo así que las normas jurídicas deben interpretarse siguiendo el criterio que establece el artículo 3 del Código Civil, conforme al cual hubiera bastado con el examen cuidadoso de los datos consignados en el título para apreciar que se había observado suficientemente cuanto preceptúa el precepto reglamentario citado, a saber: descripción de la finca matriz originaria, descripción de la porción segregada, lindero por donde se efectuaba la segregación y modificación de la extensión de la finca matriz originaria; que de la redacción del artículo 47 del Reglamento no se deduce necesariamente que haya de consignarse imperativamente en forma expresa y numérica la modificación sufrida en su extensión por la finca matriz, sino que se admite también la forma implícita de expresión,

aunque suficiente para apreciar la modificación, y en este sentido se pronunciaría la resolución de 22 de marzo de 1973; que parece que la tesis del funcionario calificador es la de que, tanto la porción restante de la finca matriz como la servidumbre constituida, deben consignarse registralmente de forma necesaria a través de respectivos asientos principales de inscripción, tesis que es totalmente inadmisibile; y que el defecto alegado por el Registrador es de escasa entidad y trascendencia jurídica, no siendo tenido en cuenta normalmente en la práctica registral, contradiciendo incluso la habitual forma de actuación del calificador que, en casos análogos, procedió siempre a la inscripción sin obstáculo alguno.

El Registrador informó que reconoce que la nota incurre en una incongruencia al comenzar su redacción con la expresión «Denegada», siendo así que el defecto le califica de subsanable, contradicción que se produce por un simple error material, meramente gramatical, que debe reducirse a sus justos límites; que, haciendo uso del derecho que al funcionario calificador le otorga el artículo 116 del Reglamento Hipotecario, rectifica la nota en el sentido de que su redacción debe entenderse comenzada con la palabra «suspendida», manteniéndola íntegramente en todos sus demás pronunciamientos y redacción; que en cuanto a la alegación del Notario recurrente de no haberse firmado por el Registrador una nota al pie del título, relativa al asiento de presentación, ha de manifestarse que no existe precepto alguno que imponga al funcionario calificador la obligatoriedad de que esa nota vaya firmada, y que, por otra parte, la omisión de esa nota en nada perjudica ni produce indefensión al recurrente, que no sólo ha podido recurrir, sino que ha podido precisar con los datos que obraban en el documento calificado el asiento de presentación de que se trataba, para que por el excelentísimo señor Presidente se ordenara la práctica de la nota marginal en dicho asiento; que en cuanto a la «falta de descripción del resto de la finca matriz o, al menos, modificación en la extensión y linderos por donde se efectúa la segregación», es defecto que el propio Notario reconoce en su escrito, aun cuando trata de minimizarlo; que el fedatario apoya su tesis fundamentalmente en los pronunciamientos de la resolución de 23 de octubre de 1965, que dice que, en ciertos casos, en lugar de describir la porción restante «se haga constar solamente la modificación en la extensión y linderos por donde se haya realizado la segregación»; que la resolución de 14 de junio de 1963 exige que describir «la porción restante cuando esto fuera posible quedando limitada la aplicación de la simple modificación en la extensión y linderos a los casos excepcionales en que sea imposible cumplir los requisitos de general observancia y en el mismo sentido resolución de 22 de marzo de 1973 obliga a indicar al menos el lindero por donde se ha efectuado la segregación; que nada de esto sucede en la escritura objeto del recurso, que se limita a describir la finca matriz y posteriormente la porción segregada; que el funcionario calificador no trata de obstaculizar el acceso de los títulos al Registro, sino simplemente cumplir con el principio de especialidad, fundamental de nuestro derecho hipotecario; que la nota se limita a señalar la falta de una formalidad extrínseca, exigida por los artículos 47 y 50 del Reglamento Hipotecario, que no afectan a la validez de ninguno de los negocios contenidos en la escritura, sino que simplemente impide momentáneamente su acceso al Registro; que la descripción del resto de la finca matriz adquiere una especial importancia cuando como consecuencia de la segregación se origina una servidumbre;

que del artículo 13 de la Ley se deduce que en materia de servidumbre es fundamental la determinación del predio gravado, y que tratándose de servidumbres prediales adquiere también enorme importancia el predio dominante, al que indisolublemente está unida la servidumbre, ya que sólo a través de él el titular del mismo puede ejercitarla; que cuando el predio no está inscrito, como sucede cuando la servidumbre se constituye a la vez que surgen a la vida civil jurídica los predios dominantes y sirviente, como ocurre en nuestro caso, es indudable que la descripción del predio dominante se hace indispensable, y en ese sentido se manifiesta la resolución de 9 de octubre de 1928.

El Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por el Notario recurrente.

Interpuesta apelación contra el auto dictado por el Registrador calificador, la Dirección General acuerda (1) confirmar el auto apelado, en base a las siguientes consideraciones:

Doctrina de la Dirección.—Este expediente plantea la cuestión de si se ajusta a lo dispuesto en los artículos 47 y 50 del Reglamento Hipotecario la segregación contenida en la escritura calificada.

Es jurisprudencia reiterada de este Centro la de que al practicarse una segregación de un inmueble los mencionados artículos 47 y 50 del Reglamento Hipotecario establecen la necesidad de una descripción completa de la porción segregada que va a constituir una nueva finca independiente, para su fácil identificación, y lo mismo en cuanto a la finca matriz, cuya descripción se exige «cuando fuese posible», para lograr esa finalidad y concordar la nueva situación resultante con las inscripciones registrales, mas como a veces la descripción de ese resto no es posible, o incluso de verificarse, caso de realizarse varias segregaciones separadas, los resultados obtenidos no sólo estarían en contradicción con la situación real, sino que oscurecerían y perturbarían la limpieza y claridad que deben tener los asientos del Registro, los propios artículos 47 y 50 prescriben que en lugar de describir la porción restante, se haga constar solamente la modificación en la extensión y el lindero o linderos por donde se haya efectuado la segregación.

En la escritura calificada aparecen cumplidos los anteriores requisitos, ya que contiene la descripción completa de la nueva finca creada con la parte de extensión segregada de la finca matriz, por lo que, según indicó la resolución de 2 de marzo de 1973, no puede tomarse en consideración que no se haya hecho constar numéricamente la extensión superficial del resto, pues es indudable que al constar la superficie de la totalidad del inmueble, así como la de la porción segregada, ha quedado disminuida la primera en esta última extensión, y una simple operación de restar despeja la incógnita matemática que determina la extensión del resto; y, por último, que al describirse en la porción segregada que es su viento Norte quien linda con la finca matriz, aparece con claridad meridiana cumplido el otro requisito, ya que será en consecuencia el lindero Sur de la finca principal por donde se haya hecho la segregación.

Por último, de las dos cuestiones debatidas en sus respectivos informes hay que indicar respecto de una de ellas que toda modificación de carácter

(1) Vistos los artículos 13, 153 y 257 de la Ley Hipotecaria, 47 y 50 del Reglamento para su ejecución y las Resoluciones de este Centro de 7 de enero de 1926, 23 de octubre de 1965 y 22 de marzo de 1973.

objetivo de la finca matriz se refleja según se deduce del artículo 50 del Reglamento y de la Jurisprudencia de este Centro a través de una nota marginal en la que se hará constar la cabida total de la finca si no constare en el Registro, sin que haya de practicarse asiento de inscripción para esta operación registral; y respecto de la otra cuestión, que aparecen cumplimentadas por el funcionario calificador las exigencias formales establecidas en la legislación hipotecaria, pues de una parte ha cumplido con lo ordenado en el artículo 416 del Reglamento al haber hecho constar en la cubierta del documento los datos que este precepto exige mediante la oportuna nota que no precisa ser firmada por el Registrador al no establecerlo el precepto, y de otro lado, al haber extendido la nota de denegación—rectificada después en sólo de suspensión—con arreglo al artículo 433 del mismo Reglamento, no es preciso extender otra nueva al pie del documento, ya que el supuesto a que se refiere el artículo 105 hay que ponerlo en relación con el artículo 434, que se refiere al caso de que el interesado desee que al devolverse al título no conste en éste el defecto o defectos que pudiera contener.

COMENTARIO.—I. Los artículos 47 y 50 del Reglamento Hipotecario ordenan describir en la segregación no sólo la porción segregada, sino también la porción restante. No hay duda de que esta descripción del resto debe ser en principio tan completa como la exigida para cualquier finca por los artículos 9, circunstancia primera, de la Ley y 51, reglas primera a cuarta, del Reglamento; pero los artículos 47 y 50 a continuación de establecer el principio general de descripción completa de la porción resto añaden dos normas de tolerancia muy poco precisas, y esta falta de precisión ha conducido a una práctica notarial y a una doctrina del Centro Directivo que desborda dichas normas de tolerancia.

En primer lugar, las palabras «cuando esto fuere posible» no son muy fáciles de entender, porque apareciendo en el 47 (dirigido al Registrador) y en el 50 (dirigido al Notario) no pueden referirse a que aquél describa el resto en la nota si el Notario le ha descrito en la escritura. En rigor, describir el resto en la escritura siempre se puede, incluso en aquellos casos en que es muy complicado y difícil, cual ocurre, por ejemplo, en algunos restos dedicados a calles, y, por tanto, acaso la posibilidad de estos artículos debe entenderse como opuesta a la dificultad extraordinaria, caso en el que la descripción de la porción restante puede realizarse en forma incompleta o anómala. Lo posible o imposible de la descripción del resto nos conduce también al problema de las segregaciones sucesivas que encubren divisiones o parcelaciones, pero esta es otra cuestión diversa.

La segunda norma de tolerancia consiste en estimar suficiente, en lugar de la descripción completa, indicación de la modificación en la extensión y el lindero o linderos por donde se haya efectuado la segregación. Esto es mucho más claro que lo anterior y muy explicable tratándose de verdaderas segregaciones en las que la porción segregada es pequeña en relación a la matriz, por lo cual probablemente los linderos de la matriz continuarán inalterados en la finca resto, salvo el nuevo lindero, consistente en la finca segregada.

II. La tolerancia del Reglamento Hipotecario en orden a las descripciones de resto ha sido desbordada por la *doctrina de la Dirección General* y por la práctica notarial. Esto es criticable cuando se llega a omitir la completa descripción del resto simplemente por razones de comodidad o

brevedad sin existir imposibilidad ni siquiera dificultad y aun siendo notoriamente insuficiente la implícita descripción del resto resultante de las cabidas de la matriz y la segregación y el punto cardinal o parte por donde la segregación se ha hecho, sin preocuparse, por ejemplo, de si todos los linderos de la matriz permanecen o algunos desaparecen al ser sustituidos por la finca segregada.

El Vistos de la Resolución menciona las siguientes Resoluciones:

La de 7 de enero de 1926, que declaró no inscribible una escritura de segregación y venta de la porción segregada en la que no resultaba determinada la finca resto; pero ésta no es muy expresiva para la cuestión del recurso porque se complicaba con la circunstancias de que la matriz pertenecía proindiviso a varios, la venta la efectuaba sólo el dueño de la finca segregada y quedaban sin determinar los derechos o cuotas en el resto.

La de 23 de octubre de 1965, desbordando la tolerancia del Reglamento, entendió suficiente la expresión: «después de realizada la segregación que se llevó a efecto hacia el lindero Este, la finca matriz quedó reducida a la superficie correspondiente.

La de 22 de marzo de 1973 también consideró que, al señalarse la superficie de la matriz y la de la porción segregada, y al expresarse que la primera ha quedado disminuida en esta última extensión, una simple operación de restar despeja la cuestión matemática que podría plantearse, sin que importe que no se haya hecho constar numéricamente la extensión superficial del resto (2).

La forma en que la practica y esta excesivamente tolerante doctrina de la Dirección ha desbordado el Reglamento es clara. Ya no hay que preocuparse de si la descripción del resto es posible o no y tampoco es necesario entrar en averiguaciones sobre si la diferencia de linderos entre resto y matriz producida por la segregación es suficientemente importante como para producir una imposibilidad o al menos una dificultad para identificarlas. Esta tolerancia excesiva puede producir un cambio en la situación de la finca resto que queda inexacta como si, por ejemplo, la porción segregada agota todo el lindero de la calle de situación de la matriz. Muy a menudo se olvida la doctrina de la Resolución de 20 de junio de 1945, inspiradora de las normas reglamentarias y en la que se dijo que para conseguir la identificación, una buena práctica notarial aconseja la descripción hipotecaria (palabras que deben traducirse por descripción completa) no sólo de la parte segregada, sino del resto para evitar que al operar sobre el mismo no se identifique la finca.

El considerando segundo contiene dos afirmaciones que no son totalmente ciertas. La primera es que contempla el texto reglamentario partiendo de que lo normal es la imposibilidad de describir el resto, y por ello dice que la descripción de éste se exige cuando fuere posible. Como describir el resto es posible siempre (o al menos casi siempre), el Reglamento debe entenderse imponiendo siempre la completa descripción del resto, salvo cuando sea imposible. El considerando identifica, además, excesivamente resto y finca matriz, sin percatarse de que ésta es destrozada por la segregación y tanto más destrozada cuanto mayor sea la superficie de la porción segregada en relación a la matriz. En otra ocasión

(2) Ver en esta Revista la reseña y el comentario de esta Resolución en el número 497, julio-agosto de 1973, pág. 968. En el comentario se criticó especialmente la tolerancia en dar por expresada la cabida del resto con la mera indicación de haber quedado disminuida la superficie de la matriz en la correspondiente a la porción segregada.

he tratado de las dificultades para deslindar división y segregación y para no incurrir en repeticiones me remito a mi Comentario a la Resolución de 14 de marzo de 1975 (3).

Otra afirmación equívoca del considerando es la de que a veces la descripción del resto no es posible o incluso es contraproducente. Entiende que esto segundo se produce cuando se realizan varias segregaciones separadas. Creo que no hay que mezclar el problema de la posibilidad o dificultad de la descripción del resto con el de las segregaciones sucesivas (que sólo surge si se admite la inscripción de ellas por distinto orden en que fueron otorgadas) ni cabe traer a colación todo esto cuando se estaba, al parecer, ante un caso de segregación única y con notoria facilidad para una descripción completa del resto. Es cierto que en las segregaciones separadas y sucesivas surge problema en el caso de presentación en el Registro de las mismas sin respetar el tracto sucesivo de las segregaciones otorgadas. Tratamos más extensamente del mismo en el Comentario a las Resoluciones de 28 de febrero de 1968 y 28 de mayo de 1971 (4).

El considerando tercero lleva la tolerancia en materia de descripciones de resto a unos extremos hasta ahora desconocidos, pues las reseñadas resoluciones de 1965 y 1973 se encontraron con algo que quería ser la descripción del resto por breve que fuese, y ahora, en cambio, parece admitirse que la descripción del resto falte en absoluto, dándola por hecha implícitamente sin más que hacer la descripción de la matriz y la descripción de la porción segregada. Es cierto que la cabida del resto resultará de una simple operación de restar y también que si la segregada linda al Norte con la matriz (suponemos que diría con el resto de la matriz), ésta lindará por el Sur con la porción segregada. Pero lo que se trata de saber es si la conveniencia de abreviar en lo posible la extensión de la escritura debe ser pretexto para bordear el incumplimiento del artículo 173 del Reglamento Notarial.

III. Pero lo más criticable de la Resolución es que no aborda el tema principal, porque en el considerando último dice que toda modificación de carácter objetivo de la finca matriz se refleja (art. 50 del Reglamento) a través de una nota marginal, sin que haya de practicarse asiento de inscripción, lo cual (y prescindiendo de que dicho así no es verdad) no quiere decir que si unida a la operación de segregación hay una constitución de servidumbre ésta pueda también hacerse constar en la finca resto por nota marginal.

Por lo pronto, si el predio sirviente es la finca resto, no cabe la menor duda de que su descripción hipotecaria completa es imprescindible, porque de otra manera quedaría vulnerada la circunstancia primera del artículo 9 de la Ley y las reglas primera a cuarta del artículo 51 del Reglamento. La inscripción de servidumbre, inevitable conforme al artículo 13, apartado primero, de la Ley, tendrá que ir encabezada por la descripción de la finca después de la segregación y, por tanto, debe figurar en la

(3) *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 509, julio-agosto 1975, págs. 960 y ss.

(4) Ambas Resoluciones versaron sobre el mismo caso, si bien los recursos procedieron de distintas personas. Mi comentario conjunto de ambas aparece en el núm. 486, septiembre-octubre, de esta Revista, páginas 1238 y ss. Allí tratamos con cierta extensión la cuestión del tracto sucesivo en las modificaciones de fincas, de la registración desordenada de las segregaciones sucesivas, de los varios criterios mantenidos en este supuesto y de las diferencias entre segregaciones y divisiones desde esta perspectiva del tracto sucesivo de las modificaciones objetivas de las fincas.

escritura, pues el Registrador no puede írsela inventando por medio de restas y deducciones.

Pero el problema cardinal del recurso era si la descripción completa y actualizada del resto era imprescindible siendo predio sirviente la porción segregada y dominante la finca resto. La nota de calificación era bien clara: la descripción del resto adquiere especial relieve al constituirse una servidumbre que afecta tanto a la finca nueva como a la porción restante de la matriz. El Notario recurrente parece considerar inadmisibles que tanto el resto como la servidumbre deban consignarse en asientos principales de inscripción; el Registrador insiste en que la descripción del resto adquiere una especial importancia cuando se origina una servidumbre como consecuencia de la segregación, alega el total artículo 13 y estima indudable que la descripción del predio dominante se hace indispensable, citando en su favor la Resolución de 9 de octubre de 1928 (5).

Como hemos visto, el último considerando, igual que los tres anteriores, evita toda referencia expresa al problema de si la constitución de la servidumbre obliga a una descripción más completa de la finca resto dominante, con lo cual parece dar a entender que quiere resolverlo en forma implícita y en sentido negativo.

La solución del caso hay que buscarla en torno a la palabra «podrán» del apartado segundo del artículo 13 de la Ley Hipotecaria, precepto que sufrió reforma en la Ley vigente. El artículo 13 de las leyes anteriores no era muy correcto, pero resultaba claro que se debía practicar una inscripción en el folio registral de la finca sirviente y otra en el folio de la dominante. El texto vigente ha querido simplificar la registración de las servidumbres acudiendo a la idea romana de la *qualitas fundi* para la constancia en el folio del predio dominante, pero, además de seguir siendo incorrecto, la palabra «podrán» es un tanto equívoca, en primer lugar porque no se sabe si lo facultativo es la constancia en el predio dominante o simplemente el modo y forma de esta constancia, y en segundo lugar porque resulta dudoso si se atribuye al Registrador, al dueño del predio dominante, o al dueño del predio sirviente la facultad de optar. Estas dudas no dejan de tener importancia en varios sentidos y también en relación con los artículos 614 y 615 del Reglamento Hipotecario.

La RICA entendió que la reforma del artículo 13 exige la inscripción de la servidumbre en el predio sirviente para que perjudique a tercero y autoriza, pero no impone, la inscripción en el folio del dominante como cualidad del fundo (6). Aunque su opinión tenga casi el valor de interpretación auténtica, creo preferible entender como *mens legis*, al día de hoy, que la servidumbre predial se inscriba en el predio sirviente y que además como cualidad del fundo se haga constar en el folio del predio domi-

(5) Esta Resolución trató de un caso de servidumbres constituidas en una escritura de división entre los conductos de una finca que era resto de otra mayor, después de vendidas por parcelas la mayor parte de las fincas que integraban el manso o heredad primitiva, servidumbres que se constituían a favor de determinadas fincas de tal procedencia identificadas por los nombres de los adquirentes. El Registrador suspendió la inscripción: 1.º, por no describirse la finca total de la cual se segregan las suertes en el documento, y 2.º, en cuanto a las servidumbres constituidas, por no constar la descripción de las fincas a favor de las cuales se constituyen ni justificarse el consentimiento de los dueños de las mismas. Las circunstancias del caso harían larga la exposición de lo necesario para explicar por qué tanto el Presidente de la Audiencia como la Dirección rechazaron el primer motivo de la suspensión, pero admiten el 2.º y para entrar en las razones en pro y en contra del Notario y el Registrador.

(6) *Comentarios a la Ley de Reforma Hipotecaria*, tomo I, pág. 51 del Libro-Homenaje a don Ramón de la Rica, publicado por el Colegio de Registradores el año 1976.

nante, por inscripción o por nota marginal o como anejo de la descripción física siempre con referencia a la inscripción principal en el predio sirviente. Por tanto, la solución práctica será entender que el Registrador es libre para registrar la servidumbre en el folio de la finca dominante en cualquiera de estas formas que estime más apropiada para la claridad del Registro, si bien minutando los honorarios correspondientes a la operación registral en la finca dominante, como si la facultad de elección estuviese legalmente concedida al interesado o presentante.

Acaso haya sido el convencimiento de que la servidumbre en el predio dominante siempre ha de originar nota marginal lo que ha llevado a la Dirección a no resolver expresamente la incidencia en el supuesto de la existencia de la servidumbre. Es cierto que el inconveniente que representan los artículos 9-1.º de la Ley y 51, 1.º a 4.º, del Reglamento desaparece si no hay que practicar inscripción; pero de todas maneras los demás inconvenientes de la descripción implícita y por deducciones de la finca resto resultan aumentados por la circunstancia de establecerse una servidumbre a favor de finca descrita de tal forma.

IV. *La nota de presentación en el documento*

El Notario recurrente acusa al Registrador de no haber puesto al pie del título calificado la nota firmada expresando la fecha de presentación y demás datos del asiento de presentación, incumpliendo así los artículos 105 y 433 del Reglamento hipotecario; el Registrador contesta que ningún precepto impone la firma en la nota referente a la presentación y que la omisión de nota firmada al pie del documento no ocasionó ningún perjuicio ni dificultad a nadie, y el último considerando, acaso para compensar algo la benévola doctrina sentada en materia de descripción de la finca resto, sienta doctrina también tolerante sobre la nota de referencia al asiento de presentación del artículo 416, reconociendo que la nota preceptuada por el último apartado de este artículo no necesita ser firmada y puede colocarse tanto al pie del documento como en la cubierta o carpeta. Calificamos de tolerante esta doctrina porque el Reglamento hipotecario no es totalmente claro sobre si la nota del artículo 416 *in fine* es la misma que la del artículo 105, si uno y otro precepto se ponen en relación con los artículos 433 y 434, 1.º

La práctica no es uniforme pero creemos que en los casos de devolución o retirada del documento con nota de calificación es conveniente que ésta contenga al menos la fecha de la presentación, dato tan importante que no debe confiarse exclusivamente al cajetín sin firma de la carpeta (art. 416) que al fin y al cabo no forma parte del documento ni queda garantizada por las firmas o rúbricas que autentican éste.

T. C. G.

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

POR JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA,
JOSÉ QUESADA SEGURA y
CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

II. DERECHOS REALES

ACCION REIVINDICATORIA: REQUISITOS. NO SE PRUEBA EL TITULO LEGITIMO DE DOMINIO. SUPUESTO DE REIVINDICACION DE PORCION DE TERRENO TRIANGULAR QUE SE ALEGA FUE INVADIDA POR EL COLINDANTE CONSTRUYENDO UN EDIFICIO SIN TENER EN CUENTA LA MODIFICACION DESCRIPTIVA DE LA FINCA DE ESTE, COMO CONSECUENCIA DE LOS CAMBIOS DE ALINEACIONES POR PARTE DEL AYUNTAMIENTO (SENTENCIA DE 29 DE ABRIL DE 1977).

Hechos.—Don Vicente Liern Minget formula demanda contra don Vicente Alfonso Bonet, su esposa doña Carmen Montes Bordes y Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Valencia, sobre reivindicación de fincas, nulidad de escritura y otros extremos, estableciendo en síntesis: que de la primitiva finca matriz se efectuaron diversas segregaciones de solares, uno de los cuales fue adquirido por el actor y otros tres por el matrimonio demandado, que los agrupó formando una sola finca, colindante con la del actor; que las descripciones registrales de una y otra finca son conformes con las alineaciones vigentes en las fechas de las segregaciones y ventas, pero no con las posteriores alineaciones aprobadas por el Ayuntamiento de Paterna, que modificó tales alineaciones afectando así a la descripción de la finca del demandado, que quedó disminuida, en cuanto a su línea de fachada a la calle, en 2,50 metros; que no obstante lo cual, la parte demandada ha construido un edificio a base de mantener la línea de fachada que consta en el título inscrito a su favor, invadiendo parte de la finca del actor en cuanto a un triángulo que tiene como base esos 2,50 metros, lo que supone disminuir la línea de fachada de la finca del mismo, pues pasaría a tener 9,50 metros, en lugar de los 12 metros que jurídicamente tiene; que

los demandados habían otorgado la correspondiente escritura pública de obra nueva y constitución en régimen de propiedad horizontal y obtenido un préstamo hipotecario de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Valencia, produciéndose las correspondientes inscripciones, lo cual obliga al actor a demandar también a la citada Caja de Ahorros para que quede bien constituida la relación jurídica procesal. Suplica se dicte sentencia declarando el dominio del actor, la invasión de la citada porción triangular por parte del demandado, condenándose a éste a entregarla al actor demoliendo a sus costas lo edificado sobre ella, con la consiguiente nulidad de escritura y cancelación parcial de inscripciones en la medida afectada; y para el caso de estimarse que existen terceros hipotecarios, se condene al matrimonio demandado a la indemnización de daños y perjuicios. Por otro sí solicita la anotación preventiva de demanda en el Registro de la Propiedad.

Una vez contestada la demanda, con oposición de los demandados, y seguidos los demás trámites, el Juzgado de Primera Instancia número uno de Valencia dictó sentencia estimando en parte la demanda, declarando la propiedad del terreno a favor del actor y que el demandado había incorporado la porción triangular a su solar contiguo construyendo en ella, por lo que le condena a la indemnización de daños y perjuicios ocasionados, indemnización que comprenderá el valor actualizado de la parcela litigiosa más los perjuicios por disminución de posibilidades de edificación en la finca del actor, desestimando las demás peticiones y absolviendo totalmente a la Caja de Ahorros demandada.

La Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia revoca la sentencia apelada, absolviendo a todos los demandados y desestimando íntegramente la demanda.

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

«Considerando que en el único motivo del recurso, amparado en el ordinal primero del artículo 1.692 de la ley procesal civil, se denuncia la interpretación errónea del artículo 348 del Código Civil, en relación con el 38 de la Ley Hipotecaria; la violación de los artículos 384, 385 y 386 de igual ley sustantiva civil, e infracción de la doctrina establecida en las dos sentencias que se citan (que son las de 27 de diciembre de 1927 y 17 de marzo de 1924), fundadas las infracciones en que la Sala de instancia no ha tenido en cuenta que 'como consecuencia de la modificación de las alineaciones la finca del demandado, hoy recurrido, tiene en la realidad una superficie diferente a la inscrita, por venir afectada por aquélla, en tanto que la finca inscrita a favor del actor y recurrente, al no tener afectación por la modificación de alienaciones mantiene su superficie y lindes', y que de aceptarse la tesis del Tribunal *a quo* de que el edificio construido por el recurrido, lo está sobre terreno de su propiedad, la del recurrente quedaría disminuida en su superficie y lindes, concretamente con la de veintiséis con sesenta metros, que se reivindica.»

«Considerando que es inviable el motivo, porque revela la argumentación de la parte recurrente, que no obstante no impugnar la fundamentación de hecho de la sentencia recurrida, que por ello ha de prevalecer, establece supuesto diferente, en la finalidad de que prosperen las infracciones mencionadas, lo que es inadmisibile en casación. El Tribunal de instancia llega a la conclusión, derivada de la apreciación conjunta de la prueba,

de que 'el edificio construido por el demandado lo ha sido íntegramente sobre la parcela de su propiedad, porque la colocación de los bordillos en las calles en que están situadas las fincas de los litigantes fue acordada por la Comisión Provincial de Servicios Técnicos el 29 de marzo de 1961; que dichas obras fueron recibidas con carácter provisional el 11 de septiembre de 1963, y con carácter definitivo, el 13 de febrero de 1964, según consta en la certificación del Secretario del Ayuntamiento, obrante al folio 155 de los autos, que está de completo acuerdo con el proyecto y presupuesto de colocación de los bordillos—folios 156 al 179—, todo ello con bastante anterioridad a la adquisición por el demandado de su finca, el 10 de mayo de 1966, la que cercó, poco después de su adquisición, con un muro de ladrillo, que hay que situarlo antes del año 1969, en que fue aprobado provisionalmente, por el Ayuntamiento de Paterna, el nuevo plan parcial, en relación con el general de Valencia, por lo que al subsistir parte de dicho muro con el límite de la finca del actor, se corrobora todavía más que no ha existido alteración alguna en la situación de colindancia de ambas fincas, el título documental del demandado coincide con el área de terreno realmente poseído por el mismo', todo lo cual evidencia la inexactitud de lo expresado por el recurrente—considerando cuarto de la sentencia impugnada—; así, pues, no habiéndose acreditado por el recurrente el dominio de la parcela triangular, de veintiséis con sesenta metros cuadrados de extensión, objeto de la acción ejercitada, ni que la misma haya sido ocupada por el demandado al construir el edificio referido, procedió acertadamente el Tribunal de instancia revocando la sentencia del Juzgado, que estimó la acción reivindicatoria, ya que, de conformidad con el artículo 348 del Código Civil y de la doctrina de esta Sala que lo interpreta, la viabilidad de dicha acción requiere título legítimo de dominio, inexistente en el caso de autos. Los supuestos de los artículos 384 al 386 del Código Civil no se han verificado.»

TERCERIA DE MEJOR DERECHO INTERPUESTA POR EL TITULAR DE HIPOTECA MOBILIARIA DE ESTABLECIMIENTO MERCANTIL ANTE EL EMBARGO TRABADO SOBRE UNAS MAQUINAS DE LA ENTIDAD HIPOTECANTE. NO SE PRUEBA LA IDENTIDAD ENTRE EL OBJETO EMBARGADO Y EL HIPOTECADO NI CONSTA LA EXISTENCIA DEL CREDITO EN EL MOMENTO DE EJERCITARSE LA TERCERIA (SENTENCIA DE 10 DE MAYO DE 1977).

Hechos.—Don Pascual Gascón Martínez presentó demanda contra «Gráficas Gascón, S. A.», y otros, fundándola en los siguientes hechos: 1.º En el *Boletín Oficial de Navarra* del 19 de marzo de 1975 se anunció subasta de varios lotes de máquinas embargadas a «Gráficas Gascón, S. A.». 2.º Esta entidad constituyó hipoteca mobiliaria a favor del actor del establecimiento mercantil dedicado a industria tipográfica, litográfica y editorial, según escritura pública de 4 de julio de 1974, inscrita en el Registro de Hipoteca Mobiliaria. Dicho establecimiento se halla integrado por los bienes embargados que describe y que, consecuentemente, se hallan afectados a la garantía hipotecaria. 3.º La hipoteca mobiliaria está constituida para garantizar

el apoyo financiero que mediante avales prestó el actor a «Gráficas» por un importe de cuatro millones quinientas mil pesetas, más novecientas mil fijadas para costas, gastos e indemnizaciones de perjuicios, si los hubiere. En su consecuencia, del remate de los bienes se debe detraer la citada cantidad a favor del actor, sujeta a la liquidación que de los citados compromisos se efectúe, y que es imposible determinar actualmente por no estar **vencidos. Suplica se dicte sentencia** declarando el mejor derecho del actor para satisfacerse con prioridad y hasta la suma de cinco millones cuatrocientas mil pesetas, importe de la hipoteca mobiliaria, gastos, costas e indemnizaciones, conforme a la liquidación que se practique en ejecución de sentencia.

El Juzgado de Primera Instancia número dos de Pamplona dictó sentencia desestimando la demanda, sentencia que fue confirmada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Jacinto García Monge y Martín, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el actor, destacando los considerandos primero y cuarto:

«Considerando que no habiendo sido combatidos los hechos afirmados por la sentencia recurrida mediante el medio adecuado del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y deber, consiguientemente, ser respetados, es oportuno destacar aquellos que se contienen en dicha resolución y son de trascendental importancia para sentar los fundamentos del fallo, y a tal efecto debe, de una parte, fijarse la declaración que afirma que lo único que se demuestra en el documento de crédito, acompañando a la demanda, son las garantías pactadas entre las partes que le suscribieron para el caso de que las obligaciones contraídas por el avalista fueran hechas efectivas, ‘pero no que el actor avalista sea acreedor de ‘Gráficas Gascón, S. A.’, por haber tenido que pagar aquél deudas no satisfechas a terceros por la sociedad”, y da por reproducida la primera parte de la sentencia apelada, que afirma igualmente que no se ha justificado que esos posibles riesgos y obligaciones se hubieran convertido en realidad, de forma que al interponer la demanda de tercería por haber hecho efectivos los aludidos avales ostentará un crédito real contra la referida sociedad, afirmación que está de acuerdo con lo manifestado por el demandante en el tercero de los hechos de la demanda, en que lo pedido a favor del actor ‘está sujeto a la liquidación que de los citados compromisos se efectúe, y que en este momento es imposible determinar por no estar tan siquiera vencidos’, y, por último, estima que no se ha acreditado que los muebles afectados por la hipoteca mobiliaria sean los bienes embargados, lo que, por otra parte, resulta patente con la simple comparación de la relación de bienes comprendidos en la escritura y los que la demanda dice se comprenden en el lote de bienes embargados.»

«Considerando que al ser respetados los hechos inicialmente destacados en esta sentencia, tanto la inexistencia del crédito en el momento de ejercitarse la acción, como la patente disconformidad entre los bienes embargados y los contenidos y descritos en la escritura de hipoteca mobiliaria, ello da lugar cada uno a un soporte imbatido de la sentencia recurrida, que habría en todo caso de prevalecer, por lo que aun en el hipotético supuesto de haber debido tener éxito alguno o todos los motivos del recurso,

sería de aplicar la doctrina de esta Sala contenida, entre otras, en sentencias de 21 de mayo de 1942, 29 de enero de 1945 y 8 de mayo de 1947, que declaran que no puede prevalecer el recurso cuando las infracciones alegadas y aun estimadas no contradicen un fundamento que sirve para mantener el fallo recurrido.»

TERCERIA DE DOMINIO ANTE EL EMBARGO DE MERCADERIAS EXISTENTES EN UN ESTABLECIMIENTO COMERCIAL. DOCUMENTO AUTENTICO EN CASACION. UN PRECEPTO NO VALORATIVO DE PRUEBA NO PUEDE SERVIR DE BASE PARA ALEGAR ERROR DE DERECHO EN LA APRECIACION DE LA PRUEBA. PRESUNCION IURIS TANTUM DEL ARTICULO 449 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 11 DE MAYO DE 1977).

Hechos.—Don Stéfano Marciano interpone demanda de terceraía de dominio por haberse trabado embargo por deudas de su yerno, señor Romain, sobre mercaderías existentes en el establecimiento «Helena Tierry» de Benidorm, que no son propiedad del ejecutado, sino del actor. Suplica se dicte sentencia por la que se declare: 1.º Que los bienes muebles embargados no pertenecen a la sociedad de gananciales del matrimonio formado por don Roland Romain y doña Helena Romain, hija ésta del actor. 2.º Que tampoco pertenece a esta sociedad de gananciales el derecho de traspaso sobre el local situado en los bajos del Edificio Plaza, de Benidorm. 3.º Declarar que los bienes embargados pertenecen a la propiedad del actor, don Stéfano Marciano. 4.º Ordenar que se alce el embargo realizado sobre ellos en el procedimiento ejecutivo en que comparece. 5.º Condenar a la entidad ejecutante al pago de los daños y perjuicios. 6.º Condenar al pago de las costas a la parte que se opusiere.

Contesta a la demanda la entidad ejecutante, «Sanigrif, S. L.», oponiéndose, no habiendo comparecido los otros dos demandados, la hija y yerno del actor.

El Juez de Primera Instancia de Villajoyosa estimó en lo fundamental la demanda, salvo en lo relativo a la indemnización de daños y perjuicios y pago de costas.

La Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia revocó la sentencia del Juzgado, absolviendo a los demandados de la demanda.

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

1.º Los documentos invocados no tienen el carácter de auténticos, a efectos de casación, ya que por sí solos no acreditan, como pretende el recurrente, que le corresponde la titularidad dominical del establecimiento de artículos de piel ni las mercaderías existentes en el mismo que fueron embargadas. Entre esos documentos invocados por el actor en el recurso están la solicitud de licencia de apertura de establecimiento al Ayuntamiento de Benidorm, el Decreto de la Alcaldía, la certificación de la Delegación de Hacienda de Alicante, permiso de trabajo por cuenta propia como titular

del comercio, libro de actas de la Junta de Propietarios del edificio donde está el local.

2.º La alegación en casación de error de derecho en la apreciación de la prueba por infracción del artículo 1.249 del Código Civil, no puede prosperar porque dicho precepto no es valorativo de prueba, y el error denunciado ha de derivar de infracción de reglas de valoración de prueba legal o tasada.

3.º La prueba de presunciones es supletoria, no existiendo necesidad legal de emplearla cuando el Tribunal de instancia llega a la conclusión por medio de prueba cierta, por lo cual no puede prosperar tampoco la violación que se alega respecto al artículo 1.253 del Código Civil.

4.º Es indudable que la presunción establecida en el artículo 449 del Código Civil es ineficaz cuando se acredita que los muebles y objetos que se hallan dentro de la cosa raíz no pertenecen al dueño de la misma, lo que ha de determinar queden excluidos de los efectos de la presunción *iuris tantum*.

PROBLEMA DE ACCION REIVINDICATORIA SOBRE UNA CONSTRUCCION EXISTENTE EN TERRENO DEL QUE REIVINDICA RESPECTO A SI ES CAUCE PROCESAL ADECUADO PARA EJERCITAR LA OPCION DEL ARTICULO 361 DEL CODIGO CIVIL. COMO SE TRATA DE UNA CUESTION NUEVA, NO PLANTEADA A SU TIEMPO, NO SE ENTRA EN EL FONDO DE ELLA (SENTENCIA DE 14 DE MAYO DE 1977).

Hechos.—Don Fernando Quintín López presentó demanda contra don Ignacio Torras Aymerich, fundándola en que el actor había adquirido mediante la correspondiente escritura pública una finca compuesta de terrenos y edificaciones, libre de cargas, gravámenes y arrendatarios, a pesar de lo cual el demandado la viene ocupando sin título alguno que legitime tal ocupación, sino por mera tolerancia de los anteriores dueños. El hecho de que dicho demandado haya construido en la finca, sin autorización alguna, un pequeño local o cubierto en el patio posterior de la finca, habrá de suponer la aplicación de las leyes vigentes con respecto a la edificación en predio ajeno. Suplica se dicte sentencia declarando que el demandado ocupa sin título alguno que legitime dicha ocupación la finca descrita, debiéndola dejar a la plena disposición del actor con todas sus edificaciones y pertenencias, y para el caso de que por dicho demandado se alegare haberse satisfecho por el mismo la edificación de ese cubierto existente en el patio posterior o determinadas mejoras o gastos útiles y necesarios, se declare que lo edificado y las mejoras o reparaciones que resulten probadas pertenecen al actor, bien mediante la previa indemnización si se probase que el demandado obró de buena fe, bien sin indemnización alguna si se probase que obró de mala fe.

El demandado se opone suplicando se le absuelva de la demanda o, en su caso, se declare que le asisten los derechos contemplados en los artículos 453 y 454 del Código Civil, y, en su virtud, el de ser reintegrado del importe o coste de las obras llevadas a efecto en la finca, a fijar en ejecución de sentencia.

El Juez de Primera Instancia de Manresa dictó sentencia estimando en lo fundamental la demanda, por lo que el demandado debe desocupar la finca perteneciente al actor con todas sus edificaciones y pertenencias, declarando que el demandado actuó de buena fe en la construcción de la nave industrial en la finca, por lo que deberá ser indemnizado por el actor en la cuantía que corresponda y que se fijará en ejecución de sentencia.

Interpuesto recurso de apelación por el demandado, la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona confirma la sentencia apelada, si bien modifica el pronunciamiento relativo a la reintegración posesoria de la finca al actor, pues deberá ir precedida del pago por el mismo al demandado de la indemnización establecida en los artículos 453 y 454 del Código Civil, a determinar en ejecución de sentencia.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el demandado, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Julio Calvillo Martínez, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando que los dos motivos en los que se denuncia la interpretación errónea de los artículos 348 y 361 del Código Civil, se hallan incursos en la causa de inadmisión quinta del artículo 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que la tesis que en ellos se defiende, a saber, que el demandante ejercita la acción reivindicatoria para realizar el derecho que al propietario del suelo concede el mencionado artículo 361, en cuanto concurre la buena fe en el que construyó la edificación y tal acción 'no es en absoluto procedente', dado que no puede ejercitarse sin que previamente el propietario del suelo haya hecho uso de la opción que le otorga aquel precepto y elegido el derecho de hacer suya la obra y sin que, también previamente al ejercicio de la reivindicación, haya satisfecho al edificante la indemnización establecida en los artículos 453 y 454 del mismo Código, que implica el planteamiento de una cuestión no debatida en el pleito, por no haber sido aducida por el hoy recurrente en sus escritos de contestación a la demanda y súplica.»

J. M. G. G.

RETRACTO DE COMUNEROS DE PARTICIPACION INDIVISA DE LOCAL DESTINADO A GARAJE: PROCEDE POR NO SER EL LOCAL ELEMENTO COMUN DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL, SINO UNO DE LOS DEPARTAMENTOS PRIVATIVOS. CADUCIDAD DE LA ACCION (SENTENCIA DE 20 DE MAYO DE 1977).

Hechos.—Don Pedro José Escalona Jurado presentó demanda contra don Alfonso Sabán Gutiérrez, sobre retracto de local comercial, fundándola en que el actor es propietario de una cuarta parte indivisa de local comercial en planta de semisótano destinado a garaje con su cuota de participación en el total del inmueble; que ha tenido conocimiento de que se ha presentado en la Abogacía del Estado para liquidación del Impuesto la escritura de compraventa efectuada al señor Sabán de la participación indivisa de otra cuarta parte del local descrito vendida por el comunero señor Bermejo, cuya venta se realizó en el precio de cuarenta mil pesetas; que a los

nueve días de la presentación en la Abogacía citada promovió acto conciliatorio contra el señor Sabán para el otorgamiento de la escritura pública de compraventa por retracto. Suplica se dicte sentencia en la que se declare que el actor tiene derecho a retraer la participación indivisa de local, condenando al demandado a otorgar la correspondiente escritura, bajo apercibimiento de otorgarla de oficio.

El demandado contesta a la demanda alegando que se oculta que en la escritura pública de compra de la cuarta parte indivisa adquirió conjuntamente derecho al piso tercero izquierda del edificio, deduciéndose que el derecho a la utilización de dicha cuarta parte no se hubiese transmitido de no haberse adquirido conjuntamente el piso; que se oculta también que el señor Bermejo lo había adquirido en la misma forma; que cuando se presentó la papeleta de conciliación, no se había presentado en Hacienda la escritura, lo que demuestra que el actor tuvo conocimiento de la escritura cuando se otorgó, por lo que había transcurrido el plazo de retracto; que en el título constitutivo de la propiedad horizontal, en el artículo 10 de sus Estatutos, dice: «En caso de enajenación de todo o parte de un piso, vivienda o local, los dueños de los demás, de conformidad con lo que dispone la Ley de Propiedad Horizontal, no tendrán derecho a tanteo ni retracto.

El Juez de Primera Instancia número uno de los de Madrid dictó sentencia desestimando la demanda, sentencia que fue confirmada por la Sala 1.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de dicha capital.

El actor interpone recurso de casación por infracción de ley, basándose fundamentalmente en aplicación indebida del artículo 396 del Código Civil en su párrafo tercero, pues en este caso el retracto no se ejercita por el dueño de otro piso o local, sino por uno de los propietarios proindiviso del propio local, y el citado precepto, así como la Ley de Propiedad Horizontal, sólo actúan en la zona de interrelación entre las diversas fincas susceptibles de aprovechamiento independiente, no en el interior de cada una de las propiedades privativas, cuya regulación corresponde, como la de cualquier otro bien patrimonial, a la legislación ordinaria, y en falta de aplicación del artículo 1.522 del Código Civil, en relación con su artículo 392 y concordantes.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Prieto Delgado, declara no haber lugar al recurso, pero rectifica la fundamentación de la sentencia recurrida, por lo siguiente:

«Considerando que, evidentemente, en la propiedad horizontal coexisten propiedades distintas y separadas, cuales son la exclusiva sobre cada piso y la constituida sobre los elementos propiamente comunes, para todos los propietarios de los pisos del edificio sujeto a la Ley de 21 de julio de 1960, comunidad con fin subordinado a las propiedades individuales. Es indudable también que la enumeración de los elementos comunes, que, a vía de ejemplo, se formula en el artículo 396 del Código Civil, revela que para calificar o no de común los elementos del edificio ha de tenerse en cuenta si dada la relación en que se halle con todos y cada uno de los pisos son o no necesarios para el adecuado uso y disfrute de los mismos, y si sirven o no a todos los propietarios de ellos. Que el objeto de la acción retractual es la cuarta parte indivisa del local, destinado a garaje, situado en planta de semisótano del edificio, vendida al recurrido, extraño a la comunidad, ejercitada por el que figura como propietario de uno de los pisos, el actor,

hoy recurrente, titular también de otra cuarta parte indivisa de dicho local; así, pues, éste integra objeto de una comunidad, con fin propio, de contenido limitado, claro está, no indispensable para el adecuado uso y disfrute de los pisos, y que es utilizado únicamente por los cuatro titulares del mismo, por lo cual tampoco ofrece duda que a la enajenación de una de ellas no le puede afectar la prohibición de retraer, establecida en la ley especial mencionada, limitada a la de un piso o local de propiedad exclusiva, con la finalidad de lograr la máxima individualización de la propiedad.»

«Considerando que no obstante lo anteriormente expresado, revelador de la aplicación indebida del artículo 396 del Código Civil y de la inaplicación del artículo 1.522, en relación con el 392 de igual Cuerpo legal, infracciones denunciadas en los motivos primero y segundo del recurso, no pueden ser acogidos, porque tiene constancia en las actuaciones que la demanda fue formulada fuera de plazo, según lo acredita la fecha de la misma y la de que el actor tuvo conocimiento de la venta, que fue la de la presentación de la escritura de 4 de diciembre de 1974 en la Oficina Liquidadora de Impuesto sobre Transmisión de Bienes, documento no inscrito—folios 38 al 42 de los autos—, efectuada el 31 de igual mes; así, pues, la inobservancia del requisito del plazo, que constituye uno de los que, como esenciales para la viabilidad de dicha clase de retracto, se establece en el número primero del artículo 1.618 de la ley procesal civil, modificado por el 1.524 de la ley sustantiva civil, ya citada, ha de causar la actuación desfavorable de la pretensión retractual, declarada en las sentencias de instancia, aunque por fundamentación distinta, y la desestimación del recurso, con los pronunciamientos establecidos en el artículo 1.748 de la ley procesal citada, ya que tal contenido de la motivación del mismo pone de manifiesto que lo que se impugna no es la parte dispositiva de la sentencia, sino su fundamentación, no decisiva del fallo, y tiene declarado esta Sala de manera tan reiterada como unánime, que hace innecesaria la cita de las sentencias que lo expresan, que el recurso de casación se concede contra el fallo y no contra los considerandos de la sentencia.»

COMENTARIO.—Hay que considerar acertada la doctrina de esta sentencia relativa a la procedencia del retracto de comuneros en caso de venta de participaciones indivisas de local destinado a garaje, cuando éste constituye una entidad o departamento privativo dentro de un edificio en propiedad horizontal. El Juzgado de Primera Instancia y la Sala de la Audiencia Territorial habían negado el retracto de comuneros, confundiendo, como dice el recurrente, la regulación de la propiedad horizontal, que sólo excluye el retracto entre titulares de pisos o locales distintos, y la regulación interna de cada piso o local cuando corresponde a varios propietarios en comunidad pro indiviso, caso este último en que, como aquí sucedía, se debía aplicar el artículo 1.522 del Código Civil y reconocer el retracto de comuneros siempre que se cumplan los demás requisitos, y concretamente el del plazo de ejercicio, que aquí había caducado, según reconoce el Tribunal Supremo en el segundo considerando.

Aunque la solución parece clara y está totalmente justificada, conviene subrayar algunos aspectos y hacer algunas aclaraciones y puntualizaciones, pensando en la situación cada vez más frecuente de locales destinados a garaje en comunidad ordinaria como departamentos integrantes de una propiedad horizontal.

Ante todo, a la vista de esta sentencia, debería prescindirse en la práctica de insistir en la *especialidad* que supone el destino de los locales que sirven para garaje, pues en ciertos sectores se pretende obtener una regulación específica de la comunidad establecida sobre el garaje, a base de aludir a la *especialidad del destino*. Lo que interesa es la figura jurídica elegida al construir la situación de comunidad. Si dicha figura es la comunidad pro indiviso, a su regulación hay que atenerse, sin que quepa la admisión de pactos contrarios a la legislación de dicha comunidad cuando se trata de normativa imperativa, y sin que sea pretexto para ello la referencia a una supuesta especialidad del destino de garaje, que desde el punto de vista jurídico carece de interés. La presente sentencia ayuda, pues, a destruir ese pretendido mito de la especialidad de esa comunidad.

La cuestión en realidad hay que plantearla más bien a la inversa: si lo que se pretende es obtener los efectos reguladores de una situación especial, debe prescindirse de la constitución del supuesto como de comunidad pro indiviso, que lleva, sin perjuicio de pactos admisibles, a la normativa de los artículos 392 y siguientes y 1.522 del Código Civil. Ejemplo: si quiere prescindirse de toda referencia a la acción de división de la comunidad, constitúyase el supuesto en el momento inicial a través de otras instituciones, singularmente la del departamento procomunal del artículo 4.º de la Ley de Propiedad Horizontal, o la configuración de las plazas concretas de garaje o cuotas indivisas del mismo como anejos respectivos de cada piso o local, o la independización de cada plaza de garaje como finca privativa dentro de la propiedad horizontal, dejando como elementos comunes los pasillos y zonas de acceso. Sabemos que todas estas soluciones pueden producir otros inconvenientes en cada caso concreto, pero lo que pretendemos decir aquí es que no cabe una regulación contradictoria del garaje, a pretexto de que es una comunidad especial.

Ahora bien, aunque la sentencia reconoce la procedencia del retracto de comuneros en la venta de participaciones indivisas de garaje, se le escapa un argumento que no podemos aceptar así, sin más o, por lo menos, sin hacer la aclaración que estimamos procedente. La sentencia, en lugar de centrarse en que, según el propio título constitutivo de la propiedad horizontal, el local de garaje era en este caso un elemento privativo y no común, dado que se le había dado esa naturaleza en el título, asignándosele la correspondiente cuota de participación en los elementos comunes, se introduce en el tema de la definición de los elementos comunes, y aunque llega a la acertada conclusión de que el garaje no es aquí elemento común, como no podía ser menos, utiliza un argumento que muestra sus fisuras. Así dice que «para calificar o no de común los elementos del edificio ha de tenerse en cuenta si dada la relación en que se halle con todos y cada uno de los pisos, son o no necesarios para el adecuado uso y disfrute de los mismos, y si sirven o no a todos los propietarios de ellos». Es decir, prefiere introducirse en el laberinto de la definición de tipo fáctico, podríamos llamarla, en lugar de atenerse a la configuración expresa resultante del propio título constitutivo, de tipo jurídico, que hace huelgue cualquier duda o profundización en este caso sobre el concepto de elemento común. Y claro, no paran ahí las cosas, pues enlazando con esas ideas, la sentencia advierte que el garaje «es utilizado únicamente por los cuatro titulares de las cuartas partes indivisas del mismo». Esta frase, unida a aquella otra en que alude a si el elemento sirve o no a *todos* los

propietarios, podría dar lugar en el futuro a la siguiente conclusión errónea: que no cabe el retracto de comuneros si el local pertenece por partes indivisas a todos y cada uno de los titulares de los pisos del edificio. Naturalmente, pensamos que esto es erróneo y que la sentencia no lo admite directamente ni sienta doctrina sobre ello, ni siquiera indirectamente. Pero la argumentación utilizada podría inducir al equívoco. Pues bien, nosotros entendemos que si el garaje pertenece a todos los propietarios de los pisos, pero se ha configurado como un departamento independiente de la propiedad horizontal, esa equivalencia de titularidades es «pura coincidencia», como cuando se habla en las películas de cualquier parecido con la realidad, ya que con esa construcción jurídica, sin configuración de las plazas o cuotas como anejos, ni conexión de titularidades *ob rem* entre piso y cuota (problema éste altamente discutible, en el que ahora no entramos), en seguida podría desaparecer la equivalencia con motivo de cualquier transmisión de las cuotas indivisas. En pocas palabras, que el argumento central es la configuración jurídica del local dada en el título constitutivo de la propiedad horizontal, siempre que no se trate de elementos comunes esenciales o por naturaleza que no admita configuración distinta, lo que aquí no ocurre. Para lo único que valdría la argumentación del Supremo es precisamente para esto, para demostrar que no se trata de elemento común esencial y que no impide que el título pueda configurar el local como elemento privativo. Pero en todo caso, sobre la alusión a los cuatro copropietarios, en contraste con la referencia que acaba de hacer al «servicio de todos los propietarios». Por tanto, sea cual fuere el propósito de la sentencia, nosotros entendemos que debe prescindirse de llevar a tales consecuencias el razonamiento utilizado, y entendemos que si el local de garaje aparece en el título constitutivo como elemento independiente y privativo con cuota de participación, poco importa que pertenezca a cuatro de los propietarios de los pisos, a todos o a ninguno de ellos, pues en todo caso, si hay varios titulares, se trata de una comunidad ordinaria, de los artículos 392 y siguientes del Código Civil, en que cabe el retracto de comuneros del artículo 1.522.

Otra cuestión que puede suscitarse en relación con el supuesto de esta sentencia es si cabe el retracto de comuneros de local garaje cuando, a pesar de estar constituido en comunidad indivisa o por cuotas, se asigna, además, a cada comunero *en uso* exclusivo una porción concreta o plaza de garaje. Nosotros entendemos que no queda excluido el retracto, aunque se haga esa asignación de uso de plaza concreta, y ello porque la comunidad sigue siendo indivisa, al no ser en propiedad la atribución exclusiva de plaza, sino en uso, todo lo cual concuerda precisamente con el artículo 394, en relación con el párrafo segundo del artículo 392 del Código Civil, pues se trata de un pacto sobre el uso o servicio de la cosa común «conforme a su destino» y no «impide a los demás copartícipes utilizarla según su derecho». Por cierto, que no vemos ningún inconveniente en que ese pacto relativo al uso exclusivo de plaza concreta tenga acceso al Registro de la Propiedad, pues en nada contradice, según acabamos de ver, el carácter indiviso de la comunidad de garaje. Pero en fin, se trata de una cuestión tangencial al supuesto planteado.

También queremos plantear una última cuestión sobre el tema, y es si cabe el retracto cuando se ha pactado la renuncia del titular o adquirente de la cuota al derecho de retracto de modo anticipado y en relación con

todas las transmisiones de las otras cuotas indivisas que puedan producirse en el futuro. La presente sentencia no tiene ocasión de decir nada sobre esta interesante cuestión, pues en el caso planteado no se había estipulado nada acerca de la renuncia del retracto de comuneros, pero es interesante decir algunas palabras sobre este tema tan frecuente ya en la práctica, sin perjuicio de que nos reservemos la última palabra para un futuro caso en que se plantee la cuestión.

Entendemos que tres son las cuestiones que pueden interesar a propósito de la renuncia del retracto: la de la validez, la de la eficacia de tal estipulación y la del acceso o no al Registro de la misma.

En cuanto a la validez de la renuncia anticipada al derecho de retracto por parte del adquirente de una cuota indivisa del garaje, no vemos ningún obstáculo para admitir su validez, pues se trata de una renuncia de un derecho que no va contra el interés u orden público ni en perjuicio de tercero. Respecto al interés u orden público, que tanto se menciona a propósito de la regulación de los derechos reales, y concretamente a propósito de la comunidad de bienes, no hay nada de ello en este caso, a diferencia de lo que ocurre con la renuncia a la acción de división perpetuamente, que ésta sí que va contra el artículo 400 del Código Civil, que es bien claro y terminante. El legislador pone al alcance del comunero salir de la comunidad cuando quiera, y puede hacerlo aunque haya renunciado al retracto. Esta renuncia es una simple manifestación de la autonomía de la voluntad, a la que no cabe oponer que el legislador también pretende deshacer la situación de comunidad y no sólo permitir salir de ella, pues, como dice acertadamente ALBALADEJO al tratar de este tema, «el fin de la ley no es obtener la unificación de la copropiedad, sino *facilitarlo*», y «el legislador no impide por otros medios que tales situaciones (de comunidad) se creen, y no cabe duda de que si estima aceptable crearlas, no puede estimar inaceptable mantenerlas o, lo que es lo mismo, suprimir un medio de ponerles fin» (1). Respecto al obstáculo de que se trata de renuncia de un derecho futuro, hay que tener en cuenta que si se entiende que el derecho de retracto es un derecho de adquisición que nace antes de ejercitarse ante una venta y por el mero hecho de entrar en la comunidad, no estaremos ante la renuncia de un derecho futuro, sino de un derecho actual en relación con un acto o ejercicio futuro, y además no se ve obstáculo tampoco a la renuncia de los derechos futuros, si ello se hace con completo conocimiento de causa y del alcance de tal renuncia (2).

En cuanto a la eficacia de la renuncia, una vez resuelta la cuestión de la validez, entendemos que como se trata de un acto personalísimo, no puede afectar a los sucesivos adquirentes de la cuota indivisa del titular que ha renunciado, pues sería tanto como recortar las facultades que la ley ha de asignar a futuros titulares, cosa que no está en la mano del actual titular. Por tanto, no vemos adecuado que se pacte que la renuncia afectará a todos los sucesivos titulares.

Por último, una breve referencia al problema de la inscripción de esa estipulación acerca de la renuncia del adquirente de cuota de garaje del

(1) ALBALADEJO: *Derecho Civil*, III, vol 2º, pág. 385, año 1975

(2) En el territorio foral de Navarra hay que ser más cauto y atenerse a la Ley 447, que regula expresamente los límites para la validez de la renuncia diciendo: «Es válida la renuncia del derecho de tanteo y retracto legal con relación a una determinada enajenación y aun cuando se hubiere hecho con anterioridad a ésta» Pero estos límites no pueden aplicarse a los demás territorios, a pretexto de que sirve de modelo a falta de regulación específica, pues ello iría contra la teoría del ámbito de aplicación de las leyes en el espacio.

retracto que le corresponde con motivo de las transmisiones de las demás. Si el retracto legal es un derecho real, parece que los pactos relativos al mismo tienen transcendencia real y pueden ser objeto de inscripción. Además, a diferencia del nacimiento del retracto legal, que se dice no necesita de la inscripción por tener una publicidad derivada de la ley, la renuncia afecta a la extinción del mismo, faceta ésta que carece de esa publicidad legal, por lo que desaparece el obstáculo para la inscripción y confirma, en principio, la procedencia de acceso al Registro de la estipulación que estudiamos. Por otro lado, si la renuncia es válida, no se ve por qué no puede tener acceso al Registro, aunque su eficacia sea limitada respecto únicamente al que la hace. En principio, pues, no hay problema para el acceso al Registro, siempre que se tengan en cuenta estas observaciones: 1.ª Que para que ello sea así debe quedar claro que la eficacia de la renuncia sólo afecta al que la hace, no a los sucesivos adquirentes de su cuota, por lo que no será inscribible si la estipulación está redactada en sentido muy amplio o con redacción no clara acerca de este punto. 2.ª Que vistas así las cosas, no acaba de verse mucha utilidad en el acceso al Registro de tal renuncia, pues, hablando de terceros en sentido amplio, acabamos de ver que no afecta a los adquirentes de la cuota del que renunció, y en cuanto a los titulares de las demás cuotas en comunidad, éstos, a través de la inscripción de dicha renuncia, sólo tienen seguridad de que el renunciante no puede retraer, pero no se les garantiza que no haya otras personas con derecho a retraer en el momento de la transmisión, dada la eventualidad de que se haya producido la entrada de un comunero a través de documento privado que no ha reflejado todavía su titularidad en el Registro y que, sin embargo, podría ejercitar el retracto de comuneros sin acreditar su propiedad, sin que nada importe que su transmitente hubiera renunciado al retracto ni que él haya dejado de consignar su adquisición y derecho resultante en el Registro, pues según el artículo 37 de la Ley Hipotecaria perjudican a tercero las acciones de retracto legal, aunque no resulten del Registro.

Con estas últimas cavilaciones acerca de la limitada utilidad del acceso al Registro de dicho pacto de renuncia, damos por terminado el comentario de esta sentencia y de las cuestiones que han ido surgiendo al paso con motivo del supuesto de hecho planteado en la misma.

J. M. G. G.

III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

SOLO EL COMPROMISO FORMALIZADO VEDA A LOS JUECES EL CONOCIMIENTO DE LA CONTROVERSIA (SENTENCIA DE 7 DE JUNIO DE 1978).

Doctrina de la sentencia.—Solamente el compromiso formalizado voluntaria o judicialmente, o la pendencia de esta última formalización, impide a los Jueces y Tribunales conocer de la controversia sometida o que se intente someter por la vía jurisdiccional al fallo arbitral, puesto que, a tenor del inciso primero del artículo 11 de la Ley de Arbitrajes de Derecho

Privado, en vigor, si el compromiso no estuviere voluntariamente formalizado o no se hubiere hecho uso del derecho que reconocen los artículos 9 y 10 de la misma, el contrato preliminar de arbitraje quedará sin efecto, orientación que, suponiendo un avance con respecto a nuestro Derecho anterior, que desconocía la figura de dicho contrato preliminar, sigue postergándolo si la iniciativa de cualquiera de los contendientes no se anticipa a la acción judicial, poniendo en marcha el mecanismo del arbitraje.

Según previene reiterada doctrina jurisprudencial, no se producen los efectos del pacto comisorio tácito acogido en el artículo 1.124 del Código Civil, en cuanto el mismo viene esencialmente inspirado en el principio del Derecho intermedio, recogido del Canónico, por el cual *fragenti fides, fides non est servanda*, lo que conduce a que no basta comprobar la existencia de cualquier incumplimiento, sino que es necesario examinar si éste tiene tal importancia en la economía del contrato que justifique, en la común intención de los contratantes, la resolución.

DAÑOS Y PERJUICIOS: NECESIDAD DE JUSTIFICAR LA EXISTENCIA DE LOS MISMOS (SENTENCIA DE 14 DE JUNIO DE 1978).

Doctrina de la sentencia.—La indemnización de daños y perjuicios, que el artículo 1.101 establece como sanción para quienes en el cumplimiento de sus obligaciones incurran en dolo, negligencia o morosidad, requiere para su aplicación la base fáctica de la realidad de los daños y perjuicios cuya indemnización se pretenda, pues este resarcimiento pecuniario no surge necesariamente de un incumplimiento contractual, cumplimiento inadecuado o la morosidad con que el obligado se haya producido, sino que es de todo punto indispensable para que tal obligación de indemnizar exista, y que sea exigible, que esté acreditada la real existencia de aquellos y que los mismos fueron originados por el acto ejecutado u omitido, aunque la determinación de su cuantía quede diferida al trámite de ejecución de sentencia, siendo de la exclusiva competencia de la Sala sentenciadora de instancia la apreciación y declaración de existencia de los daños y perjuicios que se aleguen.

La demora en otorgar la escritura pública de compraventa de los terrenos vendidos por la entidad demandada a los actores, no puede ser motivo para la indemnización solicitada en la demanda, al no haberse justificado la realidad de los mismos ni determinado o alegado siquiera en qué haya podido consistir, por lo que al condenar al pago de su importe, que cuantitativamente habría de fijarse en período de ejecución de sentencia, a la demandada recurrente, no obstante declarar improbadamente la realidad de los mismos, ha infringido, por su violación, el artículo 1.106 del Código Civil, pues del contenido de dicho precepto legal claramente se infiere la obligada justificación por parte de los demandantes de cuáles hubieren sido los daños integrantes de la pérdida sufrida que alegan, y cuáles los perjuicios ocasionados por la ganancia dejada de obtener.

LA FIANZA PRESTADA POR EL MARIDO CON CARACTER GRATUITO, NO PUEDE AFECTAR LOS BIENES GANANCIALES (SENTENCIA DE 16 DE JUNIO DE 1978).

Hechos.—La Caja de Ahorros de Asturias trabó embargo sobre dos fincas gananciales del avalista de un préstamo que había sido impagado. La esposa del fiador demanda a su marido y a la Caja de Ahorros, solicitando se declare la nulidad de tal fianza, porque el marido la prestó con carácter gratuito y sin su consentimiento. Se estimó la demanda.

Doctrina de la sentencia.—La cuestión debatida que llega a este recurso es la de resolver si el patrimonio ganancial responde por causa de una fianza solidaria, prestada por el marido en beneficio del deudor, o si la esposa que no ha prestado para ello su consentimiento puede impugnar tal acto obligacional, caso de que el acreedor trate de hacer efectivo el crédito sobre los bienes de la sociedad de gananciales, sin perjuicio de la validez de aquella fianza *inter partes*, pero con proyección exclusiva sobre los bienes del esposo fiador.

No obstante la generalidad del precepto del número primero del artículo 1.408 del Código Civil, que dispone que serán de cargo de la sociedad de gananciales todas las deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio por el marido, entiende la doctrina y la jurisprudencia que debe restringirse a las obligaciones contraídas *en interés de la familia*, sin que el marido pueda realizar actos a título gratuito con trascendencia sobre los bienes gananciales, salvo en los casos en que está expresamente autorizado por el apartado primero del artículo 1.415, en relación con el artículo 1.409 y apartado segundo del propio artículo 1.415, y en todo caso el apartado tercero del artículo 1.413 deja a salvo el patrimonio de la mujer de los efectos de los actos de disposición a título oneroso o lucrativo realizados por el marido contraviniendo la ley o en fraude de la esposa, cuya apreciación está sometida a la soberanía de los Tribunales de instancia, según reiterada jurisprudencia, cuyo criterio debe prevalecer a menos que se pruebe que éstos incurrieron en error, con tanta mayor razón cuanto que esa declaración es la única arma que pueden esgrimir las mujeres perjudicadas en defensa de su derecho y para evitar la ruina a que inevitablemente serían llevadas en otro caso por los maridos poco celosos de su porvenir, sin que pueda ofrecer duda alguna desde cuándo tiene acción para ejercitar su derecho, pues es notorio que desde que se realiza el acto dispositivo sin su consentimiento puede decirse que nace para la mujer el derecho a demostrar el perjuicio que se le infiere.

ERROR INVALIDANTE DEL CONSENTIMIENTO: ES IRRELEVANTE AQUEL ERROR QUE NO HUBIERA INFLUIDO EN LA DETERMINACION DE VOLUNTAD DEL HOMBRE MEDIO (SENTENCIA DE 21 DE JUNIO DE 1978).

Doctrina de la sentencia.—El error en cuanto a la esencia o cualidades primordiales de la cosa, o error *in substantia*, invalidante del consentimiento, a tenor de lo preceptuado en el artículo 1.265 del Código Civil y conforme a los aforismos *quoties in substantia erratur nullus est consen-*

usus y non videtur qui errant consentire, habrá de recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sea, sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo, según previene el artículo 1.266, apartado primero, lo que significa que en la amplitud de la fórmula están comprendidos el error sobre la identidad y materia del objeto o *in ipso corpore*, y el error sobre las cualidades, atendiendo a un criterio subjetivo, como tal relacionado con la común intención de los contratantes y, por consiguiente, con las específicas particularidades de la cosa que los otorgantes contemplaron para alcanzar la conjunción de sus voluntades. En atención al principio general de confianza, de tanto relieve en el ámbito de la contratación, la doctrina científica estima irrelevante aquel error que no hubiera influido en la determinación de la voluntad del hombre medio, lo que en otro aspecto significa que el mero error en los motivos no trasciende a la validez del contrato, salvo que afecte a concretas circunstancias de hecho valorables como base necesaria del negocio, con arreglo a las normas de la buena fe, por la parte contractual que sufrió el error, en su variedad de error *in re*. Según advierte la doctrina más autorizada, no es atendible el error que aisladamente haya podido sufrir quien haga la oferta o emita la aceptación ni la importancia que revista para uno u otro, sino que tan sólo son relevantes los motivos incorporados a la causa, o lo que es igual, la creencia errónea sobre la motivación misma del contrato, demostrado por la expresiva conducta de ambos otorgantes acerca de lo que constituye la finalidad del contrato.

El error, sobre ser esencial y determinante de la declaración de voluntad, habrá de resultar excusable, a pesar de que el Código Civil no lo establezca, a diferencia de lo que ocurre en algún ordenamiento de Derecho foral (Compilación de Navarra, Ley 19, 2.º), pues se entiende que el principio de responsabilidad negocial entraña el deber de informarse por razones de seguridad jurídica, a las que responde la máxima *vigilantibus et non errantibus iura succurrunt*.

Al estudiar el error en el consentimiento, la doctrina jurisprudencial ha fijado pautas de valoración, que cabe sintetizar así: 1.º Habiendo de atenderse a la base negocial, el error anulatorio recaerá sobre las condiciones o cualidades de la cosa que constituyan la causa principal o determinante del contrato, y por ello el simple error sobre los motivos que decidieron a los sujetos a celebrar el contrato no origina efecto alguno, pues aunque haya que partir de un criterio subjetivo de esencialidad, la justificación del carácter esencial del error habrá de hacerse en relación con el objeto y cualidades especialmente tenidas en cuenta en el caso concreto. 2.º El reconocimiento del error sustancial con trascendencia anulatoria del negocio tiene un sentido excepcional muy acusado, ya que fundamentalmente lo decisivo para la existencia y eficacia del negocio jurídico es que se declare una voluntad y que lo declarado se ajuste realmente a lo querido, sin que los motivos que hayan decidido a las partes a celebrarlo puedan ejercer influencia alguna, por regla general, sobre la validez del acto. 3.º Los principios de responsabilidad y de protección de la *bona fides* y a la seguridad del comercio jurídico, no consienten que sea invocado para anular la declaración, un error evitable con normal diligencia.

El dolo principal no puede ser apreciado sin una cumplida prueba por parte de quien lo alegue, no bastando al efecto meras conjeturas, aun

cuando sea admisible el dolo negativo o por omisión, siempre que exista un deber de informar según la buena fe o los usos del tráfico (el callarse «engañosamente no queriendo responder, o si responde dice palabras encubiertas, de manera que por ellas non se puede ome guardar del engaño»: Partida VII, título XVI, ley primera).

EL DERECHO DE OPCION DE COMPRA CONCEDIDO POR LOS ARRENDADORES AL ARRENDATARIO NO PUEDE TENER UNA VIGENCIA MAYOR QUE LA DURACION DEL PLAZO DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO, NO PUDIENDO CONTINUAR DURANTE LA PRORROGA ARRENDATICIA (SENTENCIA DE 22 DE JUNIO DE 1978).

Doctrina de la sentencia.—El contrato de opción de compra, aunque tiene sustantividad propia, no se encuentra regido por precepto especial determinado, sino por los generales de las obligaciones y contratos, y nace a la vida jurídica bien como negocio principal o como pacto incorporado a otro contrato diferente, supuesto este último que es el de autos, ya que el derecho de opción concedido al demandante lo fue en su condición de arrendatario, pues aparece íntimamente ligado al contrato arrendaticio otorgado sobre la finca que constituye el objeto de la opción, y por ello la vigencia de tal derecho opcional no puede ser mayor que la duración del plazo del contrato de arrendamiento, conforme declara la sentencia de esta Sala de 5 de enero de 1950, el cual cuando, como en el presente caso sucede, no lo tiene señalado, ha de entenderse que tal contrato es por un año al haberse fijado una renta anual, según dispone el artículo 1.581 del código sustantivo, por lo que teniendo en cuenta que el referido contrato locativo entró en vigor el 1 de enero de 1954, el 31 de diciembre del mismo año terminó el plazo contractual y con él la vigencia de la opción de compra concedida al arrendatario por los arrendadores, pues no puede estimarse sea un derecho ilimitado en el tiempo, que haya de continuar durante la indefinida prórroga arrendaticia establecida por disposición legal, y en todo caso nunca podría tener una duración superior a los quince años que el artículo 1.964 del Código Civil establece para la prescripción de las acciones personales.

MANDATO REPRESENTATIVO: EFECTOS RESPECTO A TERCEROS. OBLIGACION DEL MANDATARIO DE EJECUTAR EL MANDATO (SENTENCIA DE 26 DE JUNIO DE 1978).

Doctrina de la sentencia.—Si con general aceptación el Derecho científico distingue actualmente los conceptos jurídicos «mandato» y «representación», y hace observar que las diferencias esenciales entre ambos ni siquiera se borran por completo en el mandato representativo, dado que el mandato afecta a la relación material de aspecto interno entre mandante y mandatario, y el apoderamiento, concepto formal, trasciende a lo externo, teniendo como efecto ligar al representado con los terceros, sin embargo, cuando se trata de complejo mandato y poder unidos, aunque son instituciones independientes en su esencia, son conexas en su nacimiento

e interferidas en sus efectos; de otra parte, a causa de que si cada uno es libre de aceptar o renunciar un mandato representativo, una vez aceptado el representante queda ligado con su aceptación y está obligado a ejecutar los actos que entran en la misión a él confiada, bajo la pena de indemnización de daños y perjuicios al poderdante, si el incumplimiento es imputable al apoderado.

En cuanto proviene de un acto de mandato representativo es un aspecto de índole interna entre mandante y mandatario, al ser integrante de su contenido y, por tanto, sin trascendencia al tercero que es ajeno a tal aspecto interno, afectándole solamente el ámbito externo del mandato representativo conferido a aquel con el que se entendió, puesto que precisamente la consecuencia más importante, derivada del principio acogido por el artículo 1.727 del Código Civil, de que el mandatario *procuratorio nomine* representa al mandante es la de que éste debe cumplir todas las obligaciones que el mandatario haya contraído dentro de los límites del mandato, ya que aunque aquel precepto sólo tiene presente el efecto jurídico que consiste en contraer una obligación, esa imperfección, de técnica poco previsora, no impide asegurar que tal consecuencia puede ser referida a cualquier otro efecto, favorable o adverso al representado, con lo que cabe concluir que realizada una actividad por un representante con poder y en nombre del representado, el efecto jurídico en su totalidad afecta directa y exclusivamente a este último, de tal manera que el mandante es el responsable con relación a los terceros, que, por tanto, pueden actuar contra él.

En la compraventa de bienes inmuebles con precio aplazado, al dejar de pagar el precio o parte de él, se produce la sanción resolutoria que pretende el vendedor cuando se manifieste requerimiento judicial o notarial, habida cuenta que si bien en tal supuesto no se origina de modo automático la resolución contractual, al quedar como en suspenso tal derecho del vendedor, a causa de que en el orden legal la mora queda limitada por no haber expirado el término aún (*si dies venit, non coedit adhuc*), sí se revela desde el momento en que el expresado formal requerimiento se lleva a cabo, porque entonces, en aplicación de la normativa del artículo 1.504, desaparece la última posibilidad de enervar su incumplimiento mediante el pago, y queda, en consecuencia, expedito al vendedor el camino para exigir la resolución del contrato, puesto que aquel requerimiento, atendido su fin, obsta formalmente al pago que pretenda hacerse con posterioridad al término convenido.

LA OBLIGACION DE REPARAR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS CONSTITUYE UNA DEUDA DE VALOR (SENTENCIA DE 29 DE JUNIO DE 1978).

Doctrina de la sentencia.—Se denuncia interpretación errónea de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, arguyendo que al elevar el Tribunal de instancia la cantidad concedida de ciento cincuenta mil pesetas a doscientas cincuenta mil y basar dicha evaluación en la devaluación monetaria, interpreta erróneamente dichos artículos, puesto que concede aumento de valor a la cantidad ilíquida, que no cabe en la acción que de dichos artículos nace, pues en cuanto a cantidad ilíquida no cabe la mora; mas al haberlo así no tiene en cuenta que es doctrina de esta Sala, manifestada

últimamente en la sentencia de 20 de mayo de 1977, que la obligación de reparar los daños y perjuicios no constituye una deuda dineraria simple, sino una deuda de valor, cuya cuantía ha de determinarse en los casos de alteración de ésta, atendiendo no a la fecha de causación de aquéllos ni a la del ejercicio de la acción, sino al día en que recaiga la condena definitiva a la reparación o, en su caso, a la posterior en que se liquide su importe en el período de ejecución de sentencia.

LA SITUACION DE QUIEBRA NO CONSTITUYE UNA VERDADERA INCAPACIDAD (SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 1978).

Doctrina de la sentencia.—La situación apreciada en nuestro antiguo Derecho para el comerciante declarado en quiebra, parecida a la del condenado a interdicción civil, pues se detenía al quebrado en todo caso y se ocupaban todos sus bienes, ha ido siendo superada haciéndose desaparecer este carácter de índole esencialmente penal, a causa de acentuar la finalidad de garantía en favor de los acreedores; si ciertamente la quiebra afecta amplísimamente a la capacidad de obrar de la persona, creando un aspecto de la restricción para el actuar de la misma en el quebrado, que no se perfila en nuestro ordenamiento jurídico con la deseable claridad, no obstante la naturaleza jurídica de la restricción de aquella capacidad que significa, puede decirse que no alcanza a ser un caso de verdadera incapacidad, sino meramente de un estado personal, puesto que tal situación no se relaciona entre las restricciones generales de la personalidad, reflejadas en el artículo 32 del Código Civil, ni se incluye en el artículo 1.263 del mismo Cuerpo legal, entre las que producen incapacidad para contratar con plena eficacia, como tampoco entre las causas modificativas del estado civil, en razón a reconocer que la situación de quebrado no rehabilitado es una especial condición jurídica que se explica por la *ratio iuris* de esta particular incapacitación, en cuanto que nacida la quiebra para proteger a los acreedores de un deudor insolvente, funciona despojando al quebrado de la administración de su patrimonio, convirtiendo a éste en un patrimonio en liquidación, que aunque pueda afectar a todas las relaciones de tipo patrimonial del afectado por la mencionada situación de quiebra, porque se ha manifestado con ella la insuficiencia y anormalidad de la garantía que supone el patrimonio, esa repercusión, aun siendo muy importante en orden a la situación del patrimonio sobre la condición de la persona, no tiene el alcance de producir un cambio en el estado civil del quebrado, ni para generar una verdadera o completa incapacitación patrimonial, dado que no pierde su independencia personal, y ni siquiera en la esfera patrimonial, no creándose una situación firme, con la premisa propia del estado civil, ya que su subsistencia depende de la voluntad de los interesados, que pueden terminarla por convenio, y carece de la nota de orden público, estando entregada a la disposición de los acreedores reconocidos, en cuyo beneficio se crea, lo que determina que pueda, si se quiere, hablarse de cuasi-incapacitación, pero no hay cambio de estado civil ni verdadera incapacitación, asignándose la retirada del poder de administrar aquella parte del patrimonio que constituye la masa de la quiebra, motivador de la restricción de capacidad creada en beneficio de los acreedores, que hace

suponer la insolvencia o, al menos, la puesta en entredicho de la solvencia patrimonial, que es lo que en el Derecho histórico y en el vigente hizo entrar en juego determinadas disposiciones legales excluyentes de ciertos cargos y facultades a quienes carecen de la plenitud de poder patrimonial y a los que tienen en cuenta la insolvencia en favor de la estabilidad jurídica o de determinadas clases de personas, tales como, en orden al ejercicio del comercio, en nombre propio o ajeno, para ser agente de Cambio y Bolsa, a efectos de ser tutor o protutor, ser componente del consejo de familia, no ser elector ni elegible y no poder ser Juez o Magistrado, entre otros.

El alcance de las restricciones de su capacidad de obrar, más que tratarse de plena dificultad para administrar el propio patrimonio, en esencia es de índole singular, pues bajo un aspecto, el quebrado pierde la administración de sus bienes, que pasa al comisario y síndicos de la quiebra (artículos 1.333 y 1.336 de la Ley de Enjuiciamiento Civil); de modo que a la privación de la capacidad de administrar y disponer de sus bienes impuesta al quebrado, corresponde el pcso de la titularidad representativa, en nombre de la quiebra y en el interés del deudor y acreedores, de los bienes de la masa de aquélla a la Sindicatura; desde la declaración y nombramiento le viene atribuido legalmente el ejercicio de todos los derechos y acciones de tal naturaleza administrativa y dispositiva, dado que los síndicos representan tanto al quebrado como a los acreedores, de tal manera que como la masa de la quiebra no se confunde con el patrimonio personal del deudor, éste continuará con facultades respecto de aquellos bienes que tengan carácter inembargable, y en su caso, los que se le entreguen en concepto de alimentos, permitiéndose el convenio entre el quebrado y la Junta de acreedores para que el quebrado continúe al frente de su establecimiento comercial, quedando así habilitado para la administración dentro de los límites que señale el convenio; y para celebrar convenios de quita y espera o cualquier otro que estimen oportuno el quebrado y sus acreedores, debido a que la declaración de quiebra tiene efectos extensos, pues no solamente incapacita al quebrado para la administración de sus propios bienes, sino también para actividades que por la ley se le atribuya, circunstancia que tiene su justificación en que el insolvente carece de la garantía patrimonial imprescindible a quien se le confía por la ley la administración de un patrimonio ajeno, y de la que se hace expresa aplicación respecto a la tutela, y que indudablemente habrá de tener igualmente aplicación en la administración conferida por el Código Civil sobre bienes del hijo que está bajo la patria potestad, del desaparecido, del declarado ausente, de la dote de la mujer, de los parafernales, en caso de entrega de la administración al marido y sobre los bienes del matrimonio cuya administración se transfiere a la mujer, y, finalmente, señalándose como causa de extinción de la sociedad y del mandato, dificultad de ser albacea al carecer de la posibilidad de responder con sus bienes, y con mayor razón para aceptar o repudiar herencia, pedir la partición de una herencia, comunidad o sociedad, pero, en definitiva, sin que nada impida en el ámbito jurídico que al quebrado se le reconozca capacidad procesal para el ejercicio de los derechos no afectados por esa limitación de su poder patrimonial.

Al declarar nulos los actos de dominio y administración del quebrado, posteriores a la época a la que se retrotraigan los efectos de la quiebra,

nunca puede afectar tal declaración a personas distintas del quebrado ni tener consecuencias en relación con actos o contratos en los que aquél no tuvo intervención alguna, o si intervino como otorgante fue en representación ajena y no en su propio nombre.

La declaración de quiebra no origina una prohibición de carácter sancionador, pues sus efectos respecto a la capacidad son los mismos con independencia de la calificación de la quiebra, por lo que no es que todos los actos del quebrado hayan de considerarse nulos por contrarios a la ley, y el quebrado no tiene limitada su capacidad para ser meramente protegido, no pudiendo hacer funcionar el mecanismo de la anulabilidad, lo que determina en el orden jurídico la precisión de distinguir entre dos tipos de actos para precisar el alcance de la incapacitación del quebrado, unos de disposición sobre bienes que están en la masa de la quiebra, que son ineficaces por ser de quien no tiene titularidad actual sobre ellos y, en consecuencia, carecen de eficacia respecto a todos, pudiendo sólo recuperarla si son ratificados por la Sindicatura, y otros significados por los actos de disposición sobre bienes que pueden corresponder al quebrado, por no haberse producido todavía *traditio* a la masa de la quiebra, y, en general, las obligaciones contraídas respecto a bienes que estando o debiendo estar integrados en la masa de la quiebra, son realizados por quien no tiene capacidad para ello y, por tanto, sólo por la representación legal de ésta puede ejercitarse la impugnación con base en adolecer de un vicio invalidante.

J. Q. S.

ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

RETRACTO ARRENDATICIO: NO HA CADUCADO LA ACCION PERTINENTE, PORQUE PROCEDE EL COMPUTO DESDE QUE EL RETRA-YENTE TUVO CONOCIMIENTO DE LA VENTA POR MEDIO DE LA CERTIFICACION REGISTRAL CORRESPONDIENTE (SENTENCIA DE 14 DE JUNIO DE 1977).

Los demandados adquirieron en subasta pública al Ayuntamiento de Medina de Pomar las fincas, arrendadas a otra persona con cuatro años de antelación, sin que se notificase la adquisición al arrendatario. Este ejercita la acción de retracto dentro de los noventa días de conocer la venta por la certificación registral correspondiente, ante el Juzgado de Villarcayo. En la contestación a la demanda se argumentó que la parte actora había licitado en la subasta referida, por lo que había tenido conocimiento en su día de la transmisión y había caducado la acción correspondiente. El Juez desestimó la demanda, pero la Audiencia Territorial revocó la anterior dando lugar a la demanda.

No triunfa el recurso de revisión, ya que los recurrentes no indican la norma valorativa de la prueba, que reputan vulnerada, expresión ineludible, según reiterada jurisprudencia de este Tribunal. Tampoco puede admitirse el motivo segundo, ya que si el legislador hubiese querido limitar el retracto a las fincas de determinada extensión, lo hubiera establecido ex-

presamente al regular la materia y, además, porque rechazada por los recurrentes la aplicación analógica y situados en el terreno de la interpretación, no es posible llegar a la conclusión aludida dado que del texto y contexto de la ley aparece nítidamente que el supuesto enjuiciado no es el descrito en el artículo 16, párrafo 11, del Reglamento de Arrendamientos Rústicos.

DESAHUCIO: EL PLAZO DEL ARRENDAMIENTO FINALIZA EN LA FECHA PREVISTA, AUNQUE LA RECOGIDA DE LA COSECHA NO HUBIESE TERMINADO AUN EN ESE MOMENTO (SENTENCIA DE 27 DE JUNIO DE 1977).

Para fijar el plazo exacto del arrendamiento se siguió procedimiento declarativo de la Ley de Arrendamientos Rústicos, en el que se declaró que concluía al término de la recogida de la aceituna de 1974/75; pero como el demandado no hizo entrega de la finca, se le hizo un requerimiento notarial, al que no contestó, por lo que se le demanda ante el Juzgado número 2 de Córdoba. Tanto éste como la Audiencia estimaron la demanda.

No prospera el recurso de revisión. Al no expresarse el concepto en que se estima cometida la infracción de la norma aplicable, se incurre en un vicio formal que es causa de inadmisión en este trámite; además, el recurrente se basa en que el 30 de enero de 1975, fecha de presentación de la demanda, aún no había vencido el arrendamiento por no haber acabado la recolección de la aceituna, con cuya alegación está haciendo supuesto de la cuestión, toda vez que la sentencia recurrida afirma que el plazo del arriendo vence a fines de enero, declaración de hecho de la sentencia impugnada, que ha quedado firme al no haber sido atacada por el cauce procesal adecuado, esto es, por la causa 4.ª del artículo 52 del Reglamento.

RETRACTO: ES INEXCUSABLE EL CONSENTIMIENTO DE LA MAYORÍA DE LOS PROPIETARIOS PARA LOS ACTOS DE ADMINISTRACIÓN SIN QUE SE PRUEBE LA EXISTENCIA DE MANDATO TÁCITO (SENTENCIA DE 1 DE JULIO DE 1977).

Los dueños de la finca dada en aparcería al actor, la vendieron, sin que el aparcero tenga conocimiento de la transmisión hasta el acto de conciliación entablado por aquéllos. El Juzgado número 1 de Burgos desestimó la demanda del colono solicitando el retracto, pero la Audiencia Territorial revocó esta sentencia.

Triunfa el recurso de revisión, siendo evidentes los errores de hecho en la apreciación de la prueba, según resulta de los motivos invocados por el recurrente, como también las infracciones de los artículos 398, 1.710, 1.712 y 1.214 del Código Civil, puesto que la finca fue dada en aparcería por uno de los dueños sin consentimiento de los otros, y es inexcusable el acuerdo de la mayoría para los actos de administración de la cosa común, sin que se demuestre la existencia de un mandato tácito, ya que no bastan los sím-

ples indicios del mismo, incumpliendo también el demandado la carga de la prueba de su condición de aparcero en el momento de la transmisión de las fincas, lo que no se deduce de la prueba documental ni de la pericial y testifical aportadas, por lo que procede la admisión del recurso.

DESAHUCIO: PROCEDE EL MISMO PORQUE, TERMINADO EL ARRENDAMIENTO, EL ARRENDATARIO NO HABIA NOTIFICADO SU DESEO DE PRORROGARLO CON UN AÑO DE ANTELACION (SENTENCIA DE 1 DE JULIO DE 1977).

Fue arrendada la finca por cinco años, y antes de concluir ese plazo, el arrendatario alegó su derecho a quince años de prórroga en el arrendamiento, según el artículo 10 de la Ley de Arrendamientos, así como que el contrato debía durar seis años y no cinco. Reconocido en acto de conciliación que la duración era de seis años, se formula al terminar éste la demanda de desahucio por no haber abandonado la finca el arrendatario. El Juzgado número 1 de Vitoria declaró resuelto el contrato, lo que confirmó la Audiencia Territorial en apelación.

No prospera el recurso de revisión. No puede admitirse la injusticia notoria por una interpretación contractual, sino por una infracción legal, ya que aquélla es facultad exclusiva del Tribunal sentenciador, debiendo prevalecer su criterio sobre el del recurrente. Se plantea, por otra parte, una cuestión nueva, ya que el demandado opuso no la prorrogabilidad del arrendamiento por tácita reconducción, sino que el actor había aceptado tácitamente la prórroga de seis años que al arrendatario concede el número 1 del artículo 10 del Reglamento de Arrendamientos por el hecho de haber admitido la renta del primer año de la misma, lo que tampoco es cierto, ya que terminado el arrendamiento el 31 de agosto de 1973 sin que el demandado, con la antelación de un año hubiese notificado su propósito de prorrogarlo, las partes convinieron prolongar la relación arrendaticia por un año más, convenio llevado a efecto, sin que se oponga a disposición legal alguna ni a derecho alguno del arrendatario. Tampoco se demuestra el error en la apreciación de la prueba documental, sin que la confesión judicial sea medio apto para demostrar el error en la estimación de los demás medios de prueba.

RETRACTO: NO PROCEDE POR HABER CADUCADO LA ACCION CORRISPONDIENTE (SENTENCIA DE 4 DE JULIO DE 1977).

Según el arrendatario, se realizó la venta de la finca arrendada sin que el comprador notifique ésta, enterándose de la misma por una denuncia de pastoreo abusivo en el Juzgado Comarcal. Interpuesta la demanda ante el Juzgado de Primera Instancia de Cáceres, se opone el comprador alegando la caducidad de la acción, ya que el arrendatario había tenido conocimiento mucho antes por conversaciones y cartas del propio arrendatario con el comprador. El Juez de Cáceres estimó la excepción de caducidad, manteniendo la misma doctrina la Audiencia Territorial.

No tiene éxito el recurso de revisión. La carta del padre del recurrente de 21 de julio de 1974 no tiene fuerza para demostrar el error de hecho en la apreciación de la prueba, ya que no se le puede atribuir la eficacia que pretende para que prevalezca su criterio de no caducidad de la acción, porque su contenido no tiene relación con dicha cuestión, que deriva de la apreciación conjunta de la prueba, según la cual tiene conocimiento el retrayente de la venta el 28 de mayo de 1974, y la demanda se presenta el 6 de diciembre, premisa fáctica que ha de ser aceptada por no haber sido combatida eficazmente. No puede admitirse la infracción del artículo 411 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por referirse a la caducidad de la instancia, lo que es distinto por su alcance y efectos de la acción, por lo cual no fue aplicado por la Audiencia.

DESAHUCIO: NO PROCEDE LA APLICACION DE LAS PRORROGAS DEL REGLAMENTO DE ARRENDAMIENTOS RUSTICOS A UN CONTRATO LIMITADO A LA RECOLECCION DE UNA COSECHA DE ALGODON (SENTENCIA DE 5 DE JULIO DE 1977).

Se arrendaron unas tierras para la siembra de barbechos de algodón, especificándose que una vez recolectado el algodón debía abandonar el arrendatario las mismas, es decir, con una duración limitada. No habiendo abandonado las fincas el colono al acabar el contrato, se le demanda de desahucio, y el Juzgado número 3 de Sevilla estima que ha lugar, lo mismo que la Audiencia.

Se rechaza el recurso de revisión. Fundado en el error de derecho en la apreciación de la prueba, porque, de una parte, el demandante, al rendir confesión judicial, respondiendo a la posición de si era cierto que desde últimos de 1971 el demandado viene explotando un terreno de propiedad del confesante, manifestó que es cierto, aunque no puede precisar la fecha, sin que de ello pueda deducirse que tal explotación emane de vínculo arrendaticio de distinta naturaleza del de la circunstancia contemplada en el contrato de que se trata y, por tanto, no es claro que se esté en presencia de un contrato sometido a la normativa del Reglamento de Arrendamientos y con la mínima duración prevista en el mismo. El recurrente ha tratado de alterar la técnica rigurosa y formal del recurso de revisión, imperativa de que se pueda convertir este trámite en una nueva instancia, donde se proponga otra vez el examen y decisión de todos los puntos litigiosos planteados, debatidos y resueltos oportunamente.

DESAHUCIO: LOS PLAZOS MINIMOS ESTABLECIDOS EN LA LEY SON RENUNCIABLES UNA VEZ QUE EL ARRENDATARIO HA ADQUIRIDO YA SU DERECHO A ELLOS, RECHAZANDOSE UNICAMENTE LA RENUNCIA PREVIA (SENTENCIA DE 2 DE NOVIEMBRE DE 1977).

Concertado un contrato arrendaticio por diez años, al terminar este plazo, el propietario quiso cultivar el predio directamente, por lo que solicitó el desahucio del arrendatario. El Juez de Miranda de Ebro admitió la demanda, lo que confirmó la Audiencia.

No triunfa el recurso de revisión. El contrato primitivo quedó extinguido por novación, en virtud de lo convenido en el segundo contrato, por lo que la denegación de la prueba es impertinente a los efectos del pleito y no puede producir indefensión al demandado. La alegación de que el plazo de seis años no es renunciable hay que desestimarla, por cuanto los derechos son renunciables una vez que han entrado a formar parte del patrimonio de la persona, y en este caso concreto se hizo un contrato independiente, que supone novación, y si es cierto que el primer contrato, pactado por cinco años, debía tener una duración de seis, ello no puede ser obstáculo para celebrar otro contrato nuevo por diez años, cuando este contrato ha de ser más beneficioso para el arrendatario. No puede tenerse en cuenta la cuestión marginal relativa a la valoración de los árboles plantados por el colono, ya que supone la resolución del contrato como cuestión previa, lo que lleva al desahucio que ahora se decreta, como está previsto en el artículo 1.600 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para evitar que estas alegaciones de los arrendatarios puedan ser esgrimidas para estorbar el desahucio.

REVISION DE RENTAS: LA SENTENCIA IMPUGNADA TUVO EN CUENTA TODOS LOS FACTORES DEL ARTICULO 7 DEL REGLAMENTO DE ARRENDAMIENTOS PARA FIJAR LA NUEVA RENTA (SENTENCIA DE 5 DE DICIEMBRE DE 1977).

Los propietarios intentan una revisión de la renta, conforme al alza de los precios, según el índice del coste de la vida, demandando en tal sentido al arrendatario ante el Juzgado de Lucena, que desestimó la demanda, pero la Audiencia de Sevilla revocó esta sentencia.

No se admite el recurso de revisión de los colonos. La renta se fijó en el contrato en el importe metálico equivalente a 648,148 quintales métricos de trigo, computados a razón del precio de tasa vigente para el trigo, sin ninguna clase de bonificación ni de premios el día en que la renta deba manifestarse y los artículos 6 y 7 del Reglamento previenen que, cualquiera de las partes, transcurrido un año desde el contrato podrá acudir al Juez para que se revise la renta pactada, teniendo en cuenta diversos factores, como el precio de los productos, los gastos de cultivo, etc. Según reiterada jurisprudencia, la esencia de esta revisión viene dada por la tendencia a que no se produzca desequilibrio en las prestaciones de ambas partes, a fin de que no se altere en beneficio de una de las partes el contenido de un negocio jurídico. No es evidente error de hecho en la apreciación de las pruebas documental y pericial, ya que la sentencia dice simplemente que el fruto de la viña ha experimentado un incremento de valor paralelo al del olivo y el concepto «paralelo» no es sinónimo de igual, sino meramente de aspecto comparativo. El beneficio de una actividad se contrae no a un elemento de juicio para fijar la renta que procede asignar en proceso de revisión a un arrendamiento rústico si que simplemente a un resultado de productividad, comparados ingresos y gastos y, entre éstos, la renta abonable por el trabajador arrendatario al propietario arrendador, por lo que el artículo 7 del Reglamento no habla del beneficio entre los factores susceptibles de ser considerados para la revisión de rentas. Igual se puede decir

respecto a los usos y costumbres locales en cuanto al aumento y disminución de la renta en la proporción en que lo hace el valor del aceite, ya que éste es sólo uno de los elementos que dicho precepto tiene en cuenta para revisar la renta, transcurrido un año agrícola desde el contrato. También es inoperante para la revisión el que las labores del arrendatario sean superiores a las medidas, ya que esa circunstancia sólo puede afectar al beneficio que pueden obtener aquéllos por el cultivo y no al derecho de percepción de renta por el arrendador, ya que la fijación de ésta tiene su razón de ser en el concepto objetivo de contraprestación de la entrega de la cosa cedida en arrendamiento y no en la mayor o menor dedicación a ella del arrendatario, ya que en la producción normal de los predios se comprende el que el arrendatario realice las labores agrícolas en las mejores condiciones que el arrendatario estime, pues con ello dará origen a una mayor productividad en beneficio de sus intereses, sin repercusión en la renta.

ARRENDAMIENTOS URBANOS

RETRACTO DE VIVIENDA: NO PROCEDE EL RECURSO DE CASACION POR INFRACCION DE LEY EN LOS ARRENDAMIENTOS DE VIVIENDA, SEGUN LA LEY DE 27 DE JUNIO DE 1974 (SENTENCIA DE 17 DE MAYO DE 1977).

Vendido el piso, ocupado por el inquilino desde hacía más de sesenta años, y notificada la venta, aquél ejerce la acción de retracto. El Juez de primera instancia número 3 de Madrid admite la demanda y lo confirma la Audiencia Territorial.

No triunfa el recurso de casación por infracción de ley. El recurso precedente era el de injusticia notoria hasta la Ley de 27 de junio de 1974, que suprimió este recurso contra la sentencia de la Audiencia, y, por excepción, admite el recurso de casación por infracción de ley en los arrendamientos de local de negocio, cuya renta exceda de 300.000 pesetas anuales, por las causas y trámites de la Ley de Enjuiciamiento Civil, derogando los artículos 136 a 139 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos. Como el retracto objeto de la litis es de vivienda, su admisibilidad es improcedente, y esta causa de inadmisión ha de producir necesariamente la desestimación del recurso, sin necesidad de entrar a examinar los motivos que lo integran.

NULIDAD DE CLAUSULA CONTACTUAL: ES NULA LA CLAUSULA POR LA QUE SE FIJA A REVISION DE RENTA, CONFORME A LAS VARIACIONES DEL SALARIO MINIMO INTERPROFESIONAL (SENTENCIA DE 2 DE DICIEMBRE DE 1977).

En un contrato de arrendamiento de local se establecieron dos cláusulas especiales: una, por la que se fijaba un aumento de renta cada veinticuatro meses, en atención a las obras a realizar en el local, y otra, en la que se

establecía la revisión de la renta conforme a la variación del salario mínimo interprofesional, cláusulas que el arrendatario solicitó sean declaradas nulas en su demanda ante el Juzgado número 1 de Pontevedra, por suponer, a su juicio, aumentos abusivos de renta. El Juez estimó la demanda, declarando nulas las dos cláusulas. La Audiencia de La Coruña confirma en parte esta sentencia, considerando nula la relativa a la elevación según el salario mínimo interprofesional y válida la otra.

No tiene éxito el recurso de casación por infracción de ley. La libertad de contratación no es absoluta, teniendo como límite el que no resulte ilusorio el derecho de prórroga forzosa del artículo 57 de la ley especial, que es lo que ocurriría con un pacto de estabilización sólo al alza. La referencia a los incrementos del salario mínimo interprofesional, como módulo de estabilización, es una cláusula sólo de aumento, pues por la constante elevación del nivel de vida en una sociedad civilizada, ni siquiera teóricamente es previsible una regresión de precios salariales, en general, aunque en determinadas profesiones pueda bajar, convirtiendo, por tanto, la cláusula aludida no de estabilización, sino de incremento, que de no anularse conculcaría el criterio de esta Sala en las sentencias citadas por el recurrente.

C. R. R.

2.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

POR JESÚS GONZÁLEZ SALINAS

Consideraciones sobre una rara cualidad que tiene la iniciativa privada. Según cierta jurisprudencia: Alterar el sistema de competencias municipales sobre planificación urbanística.

I. PLANTEAMIENTO

1. Formación y aprobación de los Planes en general

Sirva un breve planteamiento para centrar, luego, el tema en los planes de iniciativa privada.

Debe constatar, en primer lugar, cómo la importancia que tiene en general la existencia de un *procedimiento* a seguir en la adopción de acuerdos por las *personas jurídicas* se reduplicaba en relación con las públicas, dada su vocación ordinamental al interés público (poco o nada del de cada uno en particular: los que integran la persona jurídica y los que desde fuera tienen *interés* en una determinada resolución). Pues bien, trasladar todas las consideraciones, a que la idea anteriormente expuesta induce, a los *Planes* de ordenación supone acentuarlas; como, ya decía con anterioridad, se está incidiendo sobre derechos tan tradicionalmente privados como el de propiedad y *sobre competencias tan tradicionalmente locales como las urbanísticas* (1).

Cuando se trata además de *planes de iniciativa particular*, que por tanto son redactados por particulares, la incidencia *sobre* la propiedad y *de* la propiedad en el procedimiento parece una vez más reduplicar el problema, sobre todo, y esta es la idea fundamental, en tanto que podría significar en el estado actual de nuestra jurisprudencia, una alteración de las competencias locales, ya de por sí grandemente disminuidas (2).

(1) Así en mi comentario en la R. C. D. I., núm. 525, págs. 385 v. ss.

(2) En la Sentencia del T. S. de 29 de octubre de 1967 se llega a decir expresamente que «la competencia urbanística de los municipios ha sido *absorbida* por órganos centrales y periféricos de la Administración del Estado».

Conviene destacar la importancia de las afirmaciones como la anterior para partir de datos que son fundamentales en el análisis que se realiza. Por ello, debe completarse la anterior cita con otra de la *Sentencia del T. S. de 3 de marzo de 1978* (GORDILLO), en la que se dice:

«Que la cuestión en autos debatida es una de las más arduas y debatidas del Derecho urbanístico .., y ello es así porque para resolverla es necesario partir de dos principios contrapuestos, cuales son el de la *autonomía municipal* y el de la *tutela estatal*, lo que supone la posibilidad de múltiples y distintas soluciones, que van desde el mero control de

Debe constatar, en segundo lugar (3), el esquema a que responde el procedimiento en la aprobación de planes, para que quede registrado que las *competencias* operan en distintos momentos, y según supuestos: La aprobación definitiva, como último momento procedimental, en el que un órgano estatal (o preautonómico) decide sobre un Plan ya redactado y tramitado; la competencia para redactar como momento clave, y quizá no suficientemente valorado en la letra de la legislación urbanística, que implica una valoración de oportunidad en cuanto a la existencia y modelo de Plan, y que determina la competencia para aprobar inicialmente y consiguientemente tramitar y aprobar provisionalmente el Plan; la *información pública* como trámite *esencial* de la tramitación y colocado entre aprobación inicial y provisional; competencia municipal, como principio general, para la redacción de Planes Municipales que sólo podrá ser sustituida en los supuestos genérica o específicamente previstos en la Ley; competencia estatal para aprobar definitivamente que determina toda la problemática de la amplitud de posibilidades (de contenido y formales) respecto de la labor realizada por el órgano que aprobó provisionalmente.

2. En los planes de iniciativa privada el procedimiento es el mismo

Aparte especialidades, que no inciden en este comentario, el procedimiento para formar y aprobar planes de iniciativa privada es el general: ¿Qué quiere decirse? Aparte el que la cuestión planteada tenga una importancia fundamental, como luego tendremos ocasión de ver al referirme a las *Desaprobaciones*, lo que debe ya quedar registrado es que, con ello, lo que se pretende es respetar las competencias locales. Debe resaltarse, en efecto, que no sólo debe seguirse la misma tramitación, sino que el plan debe elevarse al Ayuntamiento para que lo tramite. Con mismo procedimiento se está diciendo también mismas competencias: que sea el Ayuntamiento el que aprueba inicialmente, someta a información pública, apruebe provisionalmente y después, al igual que en el procedimiento oficial, se someta a la aprobación definitiva. Desde esta perspectiva, por tanto, debe subrayarse que el órgano que aprueba definitivamente, no puede pronunciarse sin que el Plan haya recorrido la fase local. Y que, además, la fase local es la que conlleva la correspondiente tramitación, en el sentido de que debe ser la Corporación local quien *someta y valore la* información pública. El particular que redacta un Plan no puede entenderse directamente con la Comisión Provincial de Urbanismo (4).

las actuaciones locales a modo de homologación de las mismas para que ellas no puedan contradecir normas de orden superior hasta la total asunción o avocación de competencias, lo que supone la total subordinación de las administraciones locales a la estatal, ya que aquellas sólo siguen disfrutando de autonomía en cuanto ello es tolerado por éstas; cierto es que la L. S. no es siempre precisa y coherente en sus soluciones, lo que ha llevado a algún ilustre profesor a hacer la categórica afirmación de que la autonomía local es un mito, pero no lo es menos que el principio básico de que dicha Ley responde se halla concretado en el párrafo final del artículo 5.º, en el que claramente se indica que la actuación de los organismos urbanísticos estatales serán primordialmente para el *fomento*, subrogándose sólo en ellas cuando no las ejercitaren ordenadamente o su cometido exceda de sus posibilidades; es decir, *la Ley se halla articulada sobre la base del reconocimiento de la autonomía municipal* »

(3) Deben verse el 41 y 35 de la Ley del Suelo con sus correlativos del Reglamento de Planeamiento.

(4) Así como se sabe 54, 1, de la L. S.

Es de precisar que según el 2 del mismo artículo, cuando el Plan es intermunicipal (que afecta al territorio de distintos municipios) la competencia no corresponde a los Ayuntamientos, sino a la Diputación (antes comisión), cuando de planes de iniciativa privada se trata, pero no en otros su-

La idea se encuentra por demás recogida en la jurisprudencia, siendo ejemplos las siguientes sentencias.

En la de 25 de enero de 1971 (Sala 4.ª), Ponente TRUJILLO, el Tribunal Supremo dice expresamente que:

«Basta citar el artículo 42 (antiguo) de la Calendada Ley (la del Suelo) que expresamente determina respecto a los Planes y proyectos formados por particulares que habrán de ser remitidos al Ayuntamiento y serán tramitados conforme a lo previsto en la Sección 4.ª, con citación personal de los propietarios de los terrenos comprendidos en aquéllos para cerciorarse claramente que la intervención del órgano urbanístico municipal es exactamente e igual.»

En la de 14 de abril de 1971 (TRUJILLO también), se insiste:

«Procede entrar en la cuestión de fondo debatida, cual es si debe o no acogerse la pretensión del recurrente sobre la aprobación por el Ayuntamiento de Pamplona del proyecto del Plan parcial... y en este punto, aunque la solicitud del señor S. adolece de cierta imprecisión al pedir que se apruebe el proyecto sin aludir al requerimiento de los trámites oportunos, ello no obsta a que el Ayuntamiento debe obrar con sujeción a aquéllos y esto por cuanto de conformidad a lo previsto en el artículo 42 (antiguo) de la Ley del Suelo, los planes se elevarán al Ayuntamiento—según lo hizo el recurrente—y serán tramitados conforme a lo previsto en la Sección cuarta, lo cual implica una total remisión a las normas procedimentales que integran dicha Sección, las cuales, lógicamente habrán de adaptarse al supuesto de iniciativa particular contemplado en el artículo 42 (antiguo)..».

Otro ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1971 (Ponente PONCE DE LEÓN). En ella se dice:

«Que de acuerdo con el citado artículo 32 (hoy 41) de la Ley del Suelo, relacionado con el 42 (hoy 54), el procedimiento para la aprobación de Planes y Proyectos en sus líneas generales se contrae una aprobación inicial de la Corporación, al trámite de información pública (en su caso con citación personal de los propietarios afectados), aprobación provisional de la propia Corporación por último, la definitiva del órgano urbanístico competente.»

También es expresiva la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1978 (PONCE DE LEÓN). Se dice (siguiendo a la apelada):

«Que los artículos 32 a 35 (hoy 41 y ss.) de la Ley del Suelo regulan el procedimiento administrativo para la aprobación y promulgación de los planes de ordenación urbana y establecen tres

puestos (de planes oficiales). La incongruencia de la L. S. en este punto (no en el otro, de planes Intramunicipales parciales, en el que la incongruencia es sólo de los Jueces que interpretan la Ley), es patente. No voy a entrar en el tema, pero lo dicho me parece evidente y consecuentemente una incongruencia manifiesta el que el hecho de que a determinadas inmobiliarias se les ocurra redactar un plan intermunicipal, y así lo hagan y lo presenten a tramitación, determine un cambio de competencias: en principio, municipales, por obra y gracia de la iniciativa privada, provinciales.

fases procesales sucesivas, calificadas de aprobación inicial, provisional y definitiva; trámites aplicables e ineludibles tanto a los supuestos de iniciativa pública como a los de iniciativa y colaboración particular (art. 42, hoy 54).»

En conclusión, por tanto, y por ahora, el órgano que aprueba definitivamente no puede prescindir de la fase local, aunque el plan lo haya redactado, no el Ayuntamiento, sino un(os) particular(res).

En viceversa, puede constatarse que los planes de iniciativa privada deben aprobarse definitivamente no por el Ayuntamiento, sino por la Comisión Provincial de Urbanismo. Esto creo que es evidente y no plantea los problemas que suscita la intervención de un particular en el sentido antes expuesto. Baste subrayar que tal aprobación por el Ayuntamiento podría plantear el tema de si sería convalidable en vía de recurso. Sólo quede recogida una alusión al tema en un considerando de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1974 (Ponente FERNÁNDEZ TEJEDOR). Dice:

«Tales acuerdos fueron dictados por órgano manifiestamente incompetente, defecto determinante de su nulidad absoluta según el 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo en relación con el 28 (hoy 35) de la Ley del Suelo. Consecuentemente fue declarada dicha nulidad por la expresada resolución ministerial, si bien al amparo del número 2 del artículo 53 de la Ley de Procedimiento Administrativo, el Ministro procedió, por vía de la convalidación en los términos y en la forma prevista en dicho precepto, a la aprobación definitiva (39).»

Por último, baste aludir al tema de *los informes*. Es evidente que el Plan sea de iniciativa particular no puede desvirtuar lo preceptivo de algunos. Así, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1975 (Ponente GABALDÓN), respecto de la Zona marítimo-terrestre.

3. *El tema de las desaprobaciones en fase local desde la perspectiva procesal*

Antes de entrar en la materia conviene hacer unas breves precisiones, de orden procesal, para el supuesto de que efectivamente se produzca desaprobación en fase local. Luego veremos el tema de si es posible y, consecuentemente, el posible fundamento de la acción que se ejercite.

En primer lugar, debe afirmarse la posibilidad de impugnación de las desaprobaciones en fase local, porque aunque la inicial sea un acto de trámite y la provisional pueda considerarse tal tipo de acto, dan lugar a que no pueda proseguirse el procedimiento. Es bien expresiva, en este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 1975 (BOTELLA), en la que se dice que:

«aunque en todo caso posea la resolución el carácter de acto de trámite, cuya impugnación contenciosa se halla en principio vedada por el artículo 37, número 1, de la Ley jurisdiccional, cualquier decisión que implique, independientemente de la terminología empleada, originaria oposición al plan propuesto por un

particular, lleva, por tanto, consigo la negativa a incoar el proceso de referencia, con la derivada subsunción en los supuestos excepcionales también previstos en el precepto mencionado como susceptibles de acceso a la vía jurisdiccional al hacer imposible la continuación del procedimiento».

En el supuesto de que sea efectivamente inválido el acuerdo de desaprobaración en fase local, la sentencia, en congruencia con la lógica petición, declarará no sólo la invalidez de la desaprobaración, sino que, además, establecerá concedida la correspondiente aprobación. En este sentido dice la Sentencia de 30 de junio de 1975 (VIDAL) aceptando lo considerado por la apelada:

«que el aludido acuerdo de tramitación adoptado por el Tribunal Administrativo, vinculante para el Ayuntamiento, implica la aprobación inicial a que se refiere el art. 32 (antiguo) L. S. al que se remite el 42 (también antiguo), cuyo trámite, por tanto, ha de estimarse cumplido».

Evidentemente, debe conectarse lo dicho con el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa, en el sentido que muy expresivamente recoge la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1978 (PONCE DE LEÓN), (tomando lo considerado por la apelada):

«Que las sucesivas pretensiones que escalonadamente se formulan en el escrito de demanda sólo es dable acceder a aquella que solicita se mande al Ayuntamiento aprobar inicialmente el Plan propuesto y que se lleve a cabo su ulterior tramitación legal; porque es imposible acceder a la pretensión de que la Sala apruebe definitivamente el referido Plan parcial, pues ello equivaldría a salirnos de nuestra específica misión puramente revisora de la legalidad de los actos administrativos e invadir atribuciones ajenas, máxime cuando, en este caso, tal decisión corresponde por ministerio de la Ley a un organismo específico, la C. P. U., que ni siquiera ha tenido ocasión de pronunciarse.»

II. LA POSIBILIDAD DE DESAPROBACIÓN EN FASE LOCAL

1. *Planteamiento*

Cuando la legislación urbanística reconoce a particulares la facultad de redactar planes (5), ¿qué está significando? El alcance que se dé a esta posibilidad determinará la problemática planteada.

En un primer acercamiento se podrá entender que si bien no está reconociendo el derecho a una resolución afirmativa respecto del planteamiento propuesto, sí se está reconociendo la exigencia de una *resolución*, *previo el correspondiente procedimiento*.

(5) El artículo 52, 1, de la Ley del Suelo

No entro en el tema de qué planes o, en general, instrumentos urbanísticos pueden ser redactados por particulares. Indudablemente los Parciales (art. 139 del Reglamento de Planeamiento), aunque sean intermunicipales (idem)

Hasta ahora las afirmaciones no son discutibles. El problema es precisar *qué procedimiento es el adecuado*. Ello no porque pueda afirmarse que además del procedimiento para la formación y aprobación de Planes de urbanismo, cabría dudar si existen otros procedimientos que aquí suscitarían la duda de su utilización. No se trata de eso exactamente. *Evidentemente el procedimiento para aprobar (y desaprobado)* tiene que ser el de los Planes de urbanismo, pero la cuestión es *cuánto de dicho procedimiento* debe tenerse por utilizable. En este orden de ideas cabrían tres hipótesis; la desaprobación sólo puede tener lugar en la aprobación definitiva, la desaprobación sólo en la provisional, la desaprobación en la inicial. Para la elección de la hipótesis más conveniente podemos partir de la *jurisprudencia recaída sobre el tema desde 1970*, y respecto de la cual interesa profundizar en dos aspectos fundamentales: la posibilidad de desaprobado en la fase local, distinguiendo en la hipótesis afirmativa si en la aprobación inicial o sólo en la provisional y en base a qué criterios sustantivos puede ser válido el acuerdo, esto es: qué puede calificarse.

2. Posiciones del Tribunal Supremo

La primera de las sentencias es la de 14 de abril de 1971 (TRUJILLO). En ella se sostiene, como veíamos anteriormente (considerando de la apelada aceptada), que a los planes de iniciativa privada será aplicable el procedimiento general, puntualizando:

«...pero sin que sea dable omitir la aprobación inicial que presupone el artículo 32-1 de la misma Ley, de donde se infiere que la solicitud de aprobación no está fuera de lugar y puede entenderse referida a esta primera fase del procedimiento, a más de que el mismo artículo 32 prevé una posterior aprobación provisional, que incumbe a la propia Corporación, antes de someter el proyecto a la aprobación definitiva por parte del órgano competente según el artículo 28.

Y que la aprobación inicial del proyecto no es materia de la potestad discrecional del Ayuntamiento, sino de índole reglada, y debe ser otorgada si aquél se ajusta al contenido del artículo 10 de la Ley del Suelo (art. 1 de la misma) y no se opone al Plan General de Ordenación—según ya declaró esta misma Sala de lo contencioso-administrativo de Pamplona en Sentencia de 27 de junio de 1968—, todo ello sin perjuicio de la procedencia o no de la subsiguiente aprobación provisional».

La hipótesis escogida, por tanto, es la de que sólo puede desaprobarse inicialmente si falla el contenido del Plan por no ajustarse a las determinaciones Generales de los Planes Parciales y específicas de la de iniciativa privada (cuando falte alguna podrá desaprobarse inicialmente), o cuando tal contenido, aun siendo formalmente impecable, contradice el Plan General, superior en la jerarquía que constituye la cascada planificadora. Caso de que no se den los presupuestos vistos, el Plan debe aprobarse inicialmente, dado que dicho acuerdo tiene carácter reglado, aunque, se puntualiza sin perjuicio de que luego se pueda otorgar, o no, la aprobación provisional. Resulta, por tanto, que en la inicial no puede discutirse la oportunidad, pero que *parece* que sí en la provisional.

Ahora bien, esta conclusión, recogida en el último inciso, paradójicamente viene a no ser aceptada en un considerando propio del Tribunal Supremo. En él se dice:

«Que resulta incuestionable el acierto de la sentencia apelada en cuanto a la interpretación que ofrece del 42 en relación con el 32 L. S., para llegar a la conclusión de la necesidad de aprobación inicial y provisional que en el último de los preceptos se comenta respecto la intervención del Ayuntamiento en los Planes formados a iniciativa de particulares, criterios que aparte de coincidir en el unánime doctrinal (?), está avalado por las Sentencias de esta Sala de 19 de junio de 1968 y 25 de enero de 1971.»

Pues bien, aparte la Sentencia del Tribunal Supremo del 68, debe destacarse que la del 71, que se cita, lo único que hace es, como ya vimos, establecer el principio de que el procedimiento es el general, lo que no quiere decir cosa alguna utilizable en este tema, ya que en el procedimiento general el Ayuntamiento puede desaprobar. Es más, la Sentencia del Tribunal Supremo del 71 contempla el supuesto en el que el Plan quedó definitivamente aprobado y lo que se impugna, precisamente, es dicho Plan y no una desaprobación en fase local, y como ya vimos, lo que sí es evidente es que para que entre en vigor el Plan que los particulares redacten, debe recorrerse todo el procedimiento: la Sentencia de 25 de enero del 71 no es utilizable.

Quede constancia, además, de lo que decía al principio: El incuestionable acierto de la sentencia apelada lo hace recaer el Tribunal Supremo incluso sobre afirmaciones que el Juez apelado (Sala de Pamplona) no hizo; concretamente, sobre la necesidad de aprobar provisionalmente o, lo que es lo mismo, dar a tal aprobación carácter reglado.

¿Qué significa tal hipótesis? Ni más ni menos que el control de oportunidad no puede ejercitarse por el Ayuntamiento. La iniciativa privada parece estar dotada de la rara cualidad de desplazar al Ayuntamiento de una competencia consagrada como Municipal por la L. S. (67), y de rebajarlo a un simple puesto de *tramitador* de un expediente que resolverá la Administración Central (o Autonómica). Permítaseme las expresiones; el Ayuntamiento se tiene que tragar el Plan, el Ayuntamiento tiene que pasar por el Plan.

Pues bien, esta jurisprudencia, que se ha denominado en algún sector doctrinal «progresiva», tendrá su confirmación en una nueva sentencia del mismo año que la anterior de 18 de noviembre (PONCE DE LEÓN), en ella, al aceptarse el segundo considerando de la apelada, y después, como vimos, de establecer cuáles son «las líneas generales» del procedimiento, se dice que

«...de ese esquemático planteamiento se desprende que el acto de aprobación inicial se limita a constituir una previa *valoración del contenido del Plan* y cuando como en este caso se trata de iniciativa privada determina que la Corporación asuma la responsabilidad del trámite ulterior, puesto que ésta se asimila a la de los que tienen formulación pública (art. 42), y en tal sentido hay que atribuirle el *doble efecto de conferir desde entonces carácter público* a la actividad de planteamiento y consignar un

derecho de los promotores en orden a la prosecución y terminación legal del procedimiento en los términos del artículo 70 y concordantes de la Ley de Procedimiento Administrativo, en relación con los 280 y 281 del Reglamento de Organización, funcionamiento y régimen de las Corporaciones Locales; de aquí que si, como en este caso, ya venía acordada la aprobación inicial desde 13 de febrero de 1963, la decisión impugnada sólo puede entenderse como una revocación de aquélla, vulnerando el aludido derecho de los promotores a la continuación, ya que solamente se funda en una circunstancia de hecho preexistente al primitivo acuerdo (el que una parte de la zona a urbanizar era exterior al Plan General) unida a un cambio de criterio fundamentado al parecer en el seguido por los órganos urbanísticos competentes, respecto de otro caso análogo (en que no aprobaron el Proyecto por tal motivo); estas circunstancias justificarían acaso una modificación del Plan o un requerimiento a los promotores para que la introdujesen antes de proseguir el trámite, por evidentes razones de economía procesal y de logro adecuado del público interés con el menor sacrificio posible del de los particulares, pero no pueden determinar lícitamente la revocación de aquel acto como tampoco la adopción de una decisión de fondo en un momento que únicamente permite la continuación del trámite hasta la fase siguiente; y no es parte a desvirtuar lo expuesto en la alegación de que aquella aprobación inicial venía condicionada por ciertas modificaciones impuestas en la misma, algunas de las cuales se dicen incumplidas por los particulares, porque, amén de ser aquéllas de poca importancia, se instrumentaron como complementarias del Plan y, por consiguiente, no podían privar de los efectos antes señalados al acto de aprobación inicial».

Debe constatar que, según se desprende, efectivamente, en el caso hubo aprobación inicial con modificaciones que se ordenaron introducir. Y que la tesis sostenida (Sala de Santa Cruz de Tenerife) es: que no puede denegarse la aprobación provisional cuando se otorgó la inicial; que sólo cabe introducir modificaciones, ello por existir desde la aprobación inicial un derecho del promotor en orden a la terminación legal del procedimiento. Pues bien, el resultado será el idéntico al de la sentencia anterior, si en la aprobación inicial el Ayuntamiento no puede desaprobare. Es más, si la única posibilidad que se tiene es introducir modificaciones, y éstas pueden no ser aceptadas por los particulares, y las que se obligaron a introducir no se introdujeron por los particulares, justificándolo el Juez por el carácter complementario de las mismas respecto del Plan, ¿dónde queda la Autonomía Municipal?

Pero no sólo esto, según el tercer considerando resulta:

«Que aparte de las anteriores, “*otras razones más profundas*” contribuyen a estimar no ajustado a Derecho el acto que se impugna, y son las que derivan del *análisis de la naturaleza propia de las aprobaciones* de la Corporación a los planes y proyectos en el procedimiento de la Ley del Suelo, a cuyo efecto es preciso verlo proyectado en su *doble vertiente del planeamiento por iniciativa pública* (art. 32) y *por iniciativa privada* (art. 42); en el

primer supuesto es obvio que la aprobación inicial, tras la tramitación previa de preparación, tiene el específico valor de acto de iniciación del procedimiento de aprobación que ha de desenvolverse según los trámites del citado artículo 32, y teniendo en cuenta que en la iniciativa pública, antes de manifestarse y, por consiguiente, cuando terminan aquellos trámites de preparación (normalmente internos) es todavía el interés público el único en juego, *puede admitirse sin dificultad que las Corporaciones a los órganos de planeamiento puedan libremente otorgar o no esta previa aprobación*, tanto más cuanto que ello tendría lugar por motivos técnicos o de hecho, ya que los de carácter jurídico deben ser observados por dichos órganos administrativos; y *en cuanto a la llamada aprobación provisional*, es de advertir que el párrafo segundo del citado artículo no autoriza expresamente para denegar, sino que, por el contrario, establece que "en vista del resultado de la información, lo aprobará provisionalmente con las modificaciones que procedieren y lo someterá al Consejo Nacional o a la Comisión de Urbanismo competente para otorgar la aprobación definitiva", es decir, que *solamente se otorgan facultades para introducir modificaciones* en el Plan y se impone la obligación ("lo someterá") con o sin ellas de proseguir el trámite para que se pronuncie el órgano urbanístico (?); de tal modo la resolución de éste constituye la decisión final del procedimiento y única que, por tanto, puede denegar la aprobación por razones de fondo con las limitaciones que se desprende del apartado 3); *en el supuesto de la iniciativa privada*, debe partirse de la idea de que la preparación corre a cargo de los particulares (arts. 40 y 41) como suyo es el acto inicial de presentación, y *la aprobación inicial* tiene el doble sentido ya apuntado de examen y valoración del proyecto o Plan en todos sus aspectos y de asumirlo como propio integrándolo en el general desarrollo y ejecución del planeamiento, por lo cual el trámite es desde entonces sustancialmente el mismo del caso anterior, pero teniendo en cuenta que aquí, desde el primer momento se manifiestan intereses particulares que pueden pugnar con el público y que según las normas generales ya citadas se configuran como derecho a una resolución de fondo, ya que *no es posible admitir la posibilidad de denegar, por motivos sustanciales (sobre todo jurídicos) (?), la aprobación inicial*; lo demuestra el hecho de que la posible impugnación de aquéllos sería susceptible de determinar apreciaciones de fondo diferentes en los Tribunales que entendiesen de la misma, el órgano urbanístico que decidiese después sobre la aprobación definitiva y la sentencia que conociese de la impugnación de esta última; ello revela que, aun fraccionando el especial procedimiento del artículo 32 en fases diferentes para las que son competentes órganos distintos, se configuran como un procedimiento unitario cuya única resolución de fondo es la aprobación definitiva y de aquí que las inicial y provisional, aun recibiendo el mismo nombre, no constituyen en realidad verdaderos actos de aprobación con todo el contenido de potestades que ello significa, sino decisiones preparatorias de la única resolución final; con este contenido es for-

zoso concluir que tanto en la aprobación inicial (caso de iniciativa particular) como en la provisional, las Corporaciones no pueden reprobear el Plan o Proyecto, sino solamente introducir modificaciones directamente o por requerimiento a los interesados o demorar el acuerdo hasta que ello realice o se subsanen faltas iniciales de requisitos o documentos, pero con la obligación general de proseguir la tramitación hasta que el Órgano urbanístico se pronuncie sobre la aprobación definitiva; en el caso presente, pues, la Corporación tan sólo podía lícitamente o acordar la prosecución del procedimiento una vez introducidas las modificaciones acordadas, o, si por razones de oportunidad o economía procesal lo estimaba indicado, requerir a los promotores para que introdujesen las oportunas.»

Merece la pena subrayar algunas ideas de esta parte de la sentencia. En primer lugar, salta a la vista que los Planes Municipales oficiales, una vez aprobados inicialmente (esto desde luego con plena discrecionalidad en cuanto a la oportunidad), no pueden ser desaprobados provisionalmente, sino que solamente quepa introducir modificaciones. Tal interpretación parece basarse en una interpretación literalista del 41 de la Ley del Suelo, pero que si se mantuviese de igual modo respecto a las aprobaciones definitivas llegaríamos a la absurda conclusión de que sólo puede calificar las deficiencias técnicas, no las legales, y que además tampoco se puede desaprobar simple y llanamente, aunque se haga motivadamente (68).

Llama también la atención que no se admita la posibilidad de denegar «por motivos sustanciales, *sobre todo jurídicos*», la aprobación inicial. Según esto, redactado un plan por un particular, el Ayuntamiento debe ver solamente si su contenido está completo, si lo está debe aprobarlo (si no lo estaba, cuando lo esté deberá aprobarlo) inicialmente, tramitarlo, aprobarlo provisionalmente con carácter necesario, pudiendo sólo introducir modificaciones (aquí al menos admitiéndose la introducción directa) y elevarlo a la aprobación definitiva. ¿No es absurdo someter a información pública un plan cuyo contenido sea ilegal? ¿Dónde queda la tan reiterada autonomía municipal cuando el Ayuntamiento *necesariamente* debe elevar los Planes redactados por particulares a la aprobación definitiva? Es evidente que por muy mal que informe el Plan para conseguir una desaprobación definitiva, ésta puede no venir y que por muchas modificaciones que introduzca el resultado no será el querido, sobre todo cuando no se quiere que exista Plan alguno todavía.

Una nueva sentencia del Tribunal Supremo pone el problema sobre el tapete. *Es la de 29 de abril de 1974* (VIDAL). El supuesto fue el de un acuerdo municipal en virtud del cual no se admitió a trámite un Plan redactado por la Compañía Algodonera G., S. A., por no adaptarse a las previsiones del Plan General, y los considerandos que interesan son los siguientes:

«Que.. según el apelante (Ayuntamiento) los acuerdos se dictaron teniendo en cuenta y consideración los motivos de fondo atañentes a la aprobación solicitada y previo cumplimiento de las formalidades exigidas para Acuerdos de tal clase (informe de la Comisión de Obras y Urbanización, y en sesión plenaria del Ayuntamiento), y por ello, tales acuerdos no son cual se dice en la

sentencia resolutoria, de una mera cuestión de trámite consistente en aprobar o no la apertura del expediente para tramitar la aprobación provisional solicitada por dicha Compañía al amparo del artículo 4.º en relación con el número 2 del artículo 46 de la Ley del Suelo, sino que son acuerdos que resolvieron sobre el fondo, o sea, sobre tal aprobación provisional. Pues bien, el tratamiento de esta alegación habrá de hacerse en función de lo que para supuestos como el de autos se disponía en la citada Ley del Suelo, y en tal respecto no hay duda que la Compañía Algodonera se encontraba conforme al número 1 del artículo 40 de la Ley para solicitar del Ayuntamiento la aprobación provisional de los planes parciales de los Polígonos 48 y 49 del Plan General de Andoain y cambio del uso del último precisamente con fundamento y conforme al número 2 del artículo 46 de la mentada Ley, ya que al existir, como existía, aprobado un Plan General la petición de la aprobación provisional de los nuevos Planes Parciales de los Polígonos 48 y 49 formulada por dicha Compañía llevaba implícita o subsumida la modificación, en cuanto a tales Polígonos del Plan General y cuya petición de aprobación provisional había de ser tramitada, por tanto, conforme y con arreglo a lo establecido en el número 3 de dicho artículo 46. Por ello, ante la petición de la Compañía al Ayuntamiento de la aprobación provisional de los Planes de los Polígonos 48 y 49 y a cuyo escrito de petición se acompañaban, según resulta del expediente, los documentos exigidos por la Ley: "Memoria, Planos, etc.", el Acuerdo que había de dictarse, era exclusivamente sobre la admisión o no a trámite de dicho expediente, que había de seguirse para que en el mismo y previo cumplimiento de lo dispuesto en el citado número 3 del artículo 46 dictarse el oportuno acuerdo en relación con la cuestión de fondo y objeto del mismo, o sea, sobre la concesión o denegación de la aprobación provisional de los Planes de tales polígonos 48 y 49 y cambio de uso de este último Polígono; acuerdo que, por otra parte, no es discrecional, sino reglado, ya que el mismo ha de venir determinado en función del cumplimiento o incumplimiento de los requisitos formales exigidos para la admisión de tal petición por la Ley, que en el caso de autos consistía en la aportación de los documentos por ella señalados, aportación que como ya queda dicho, se cumplimentó debidamente, cosa que, además, incluso viene indirectamente a reconocer el Ayuntamiento al no haber invocado la falta de tal aportación, luego resulta que en el caso de autos procedía que el Acuerdo fuera en el sentido de acceder a la tramitación del expediente. Por tanto, y como consecuencia de todo lo sentado, aparece evidenciado que los Acuerdos del Ayuntamiento, en este contencioso impugnados, al haber resuelto sobre la cuestión de fondo sin haber observado todos los requisitos que para resolver la misma exige el número 3 del artículo 46 de la Ley del Suelo, se presentan como no conformes a Derecho y por ello procede, cual ya se declara por la sentencia apelada, decretar su nulidad y, a su vez, procede en razón de lo anteriormente expuesto en cuanto que según el expediente lo pertinente era el dictado de un acuerdo accediendo a la tramitación

del mismo estimar, cual ya también se hizo por la sentencia apelada, la petición de la Compañía de que se declare que el Ayuntamiento viene obligado a la admisión y tramitación y resolución del expediente provocado por la petición de la "Compañía Algodonera" de aprobación provisional de los Planes de los Polígonos 48 y 49 y cambio de uso de éste. Por último, es de señalar que en nada enervan la conclusión que queda sentada de nulidad de los acuerdos del Ayuntamiento, las consideraciones que en las alegaciones del apelante se hacen sobre tal cuestión y que consisten: *a)* en que para el dictado de tales acuerdos se cumplieron los requisitos por la Ley, ya que informó previamente la Comisión Municipal de Obras y Urbanización y se convocó sesión plenaria, y *b)* que no podía ser concedida por el Ayuntamiento la aprobación inicial, para un mes después, y sin que se hubieran modificado las circunstancias denegar la aprobación provisional, pues ello sería una infracción del principio que prohíbe ir contra los propios actos; y ello por lo siguiente, en relación con la *a)*, porque aunque se cumpliera con el trámite del número 3 del artículo 46, consistente en que el Acuerdo se tomara conforme el artículo 303 de la Ley de Régimen Local, se dejó, sin embargo, de cumplir con el trámite esencial de la información pública exigido en dicho número del artículo 46, y en relación con la *b)*, porque el acto de aprobación inicial o de otorgamiento al trámite no atañía a la cuestión de fondo ni, por tanto, puede suponer prejuzgar sobre ella como tal, pues se refiere exclusivamente y se adopta por consideraciones de tipo formal, por tanto, el que se admita a trámite el expediente y después en él se dicte, como consecuencia de lo que resulta de su desarrollo y aportación de posteriores elementos, tales como los resultantes de la información pública en él realizada, resolución denegatoria sobre lo que en tal expediente se pedía, no implica contradicción con la admisión a trámite y no la hay, por tanto, entre el acto de declaración de voluntad, primero, de la Corporación Municipal de adhesión al trámite y posterior de denegación de la aprobación provisional.»

Debe destacarse, cómo el argumento utilizado por el Ayuntamiento (sin duda temiendo que en la aprobación inicial no se le permitiese adoptar el acuerdo tomado) de aducir que lo que hizo fue desaprobar provisionalmente.

Evidentemente, el cebo utilizado es de difícil ingestión, dado que fácilmente se advierte que en tal caso el acuerdo debía ser necesariamente inválido, en tanto que no se produjo el esencial trámite de la información pública.

Otro argumento de interés es el que viene a decir que si necesariamente debía aprobar inicialmente, se vería obligado a hacerlo también provisionalmente. El argumento, desde luego, según la tesis de la sentencia del Tribunal Supremo antes vista de 18 de noviembre de 1971, es de gran vigor. La solución dada en este caso por el Tribunal Supremo es que sí puede denegarse la aprobación provisional (último inciso recogido) en contradicción con la tesis de noviembre de 1971.

Por último, respecto de la aprobación inicial, y siguiendo en este caso la tesis de noviembre de 1971, sostiene el Tribunal Supremo que lo único

que se puede calificar inicialmente es si el Plan está completo, es decir, los requisitos formales, no el contenido. De aquí que sea repetible lo que ya vimos. ¿No resulta ridículo no poder comprobar inicialmente si el Plan se ajusta al General, y tener necesariamente que tramitarlo, sometándolo a información pública a pesar de ser ilegal?

Pues bien, así las cosas, y con el tema tal y como quedó planteado, se producirá un nuevo planteamiento jurisprudencial referido a la necesidad de aprobar inicialmente. Se trata de la *magnífica Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 1975* (BOTELLA). En ella se sostiene:

« la cuestión fundamental planteada concierne a dilucidar si la distinción entre condiciones formales y de contenido, respecto a las legalmente exigidas a los planes presentados por particulares, resulta en sí relevante en cuanto a asignar exclusivamente a las primeras las posibilidades de control administrativo sobre legalidad del acto de presentación o elevación al Ayuntamiento del plan, de tal manera que, cumplidos que fueren los requisitos de forma, se halla por esta sola circunstancia vinculada la Corporación a otorgar la aprobación inicial, tesis que es la fundante de la sentencia apelada estimatoria del recurso, o bien, en opuesto sentido a la hermenéutica referenciada, puede y debe asimismo la Corporación examinar el contenido del plan propuesto y denegar la susodicha aprobación inicial si lo reputará en desacuerdo con las normas urbanísticas redactoras de aquel contenido, cuestión la así enunciada que procede resolver teniendo en cuenta, en primer término, que a tenor del artículo 10, párrafo 1.º, en relación con los 31, 40 y 42 de la Ley del Suelo y según señaló esta Sala en Sentencia de 14 de abril de 1971, el significado y alcance de los planes parciales no son otros que desarrollar el plan general, con la implícita necesidad de ajustarse a lo que en éste se dispone como limitativo o preceptivo del contenido de los parciales, siendo condición para aprobarlos inicialmente que no se opongan al susodicho Plan General de Ordenación, de donde se infiere la necesidad de que ya en el momento de decidir si se incoa el especial proceso corresponda al Ayuntamiento el examen de contenido y consecuente denegación si aquel ajuste al Plan General no lo entendiera logrado, lo que es coherente con la observación de que ningún precepto impone a la Administración municipal el deber de hacer suya, a efectos de la ulterior instrucción procesal, una propuesta particular de planificación cuando *ad limine* entiende que su redacción se conteste con el ordenamiento urbanístico vigente y aplicable al lugar acotado por el plan parcial propuesto; y en segundo término, tampoco es admisible la tesis relacionada al principio por cuanto que el invocado hacer suyo el órgano corporativo un plan elevado a su aprobación inicial no consiste meramente en una libre adhesión volitiva a su fondo, sin otro límite que el de la observancia de los requisitos formales, sino en expresión de un positivo criterio de ajuste del contenido del Plan a las superiores normas urbanísticas a que se hubiese atendido la Corporación para confeccionarlo, pues si a tenor del artículo 32 de la Ley del Suelo la aprobación inicial la realiza el Organismo o Corporación que lo hubiere redactado, y esta redacción atañe

propiamente al contenido, sólo cabe entender que con la aceptación originaria del Plan presentado por el particular—máxime cuando no ha sido autorizado de acuerdo con el artículo 40, número 2—se califica aquél en idénticas condiciones a como si lo hubiese redactado o confeccionado la Corporación, lo que implica no ya simple posibilidad, sino también necesidad de que el organismo municipal verifique el control de contenido de precedente referencia y deniegue la aprobación inicial, es decir, la apertura del proceso hacia la aprobación definitiva, si no cumple en este aspecto con la normativa vigente, sin perjuicio para el promotor particular de la instancia jurisdiccional contra el acto denegatorio si estimare que el planeamiento por él redactado es acorde con las referidas normas urbanísticas».

Añadiéndose en el siguiente considerando:

«Que es adecuado a los fines de la aprobación inicial fundar su desestimación en motivos de fondo, con el consiguiente conocimiento así dado al presentante del Plan de esos defectos.»

Debe subrayarse, *cómo se cierra, por fin, el paréntesis* producido desde la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 1971. En la de mayo de 1975 se vuelve a sostener la posibilidad de denegar la aprobación inicial por motivos de fondo de carácter legal, como es concretamente la contradicción con un Plan superior.

Y debe subrayarse, *cómo se cierra; precisamente estableciendo que es lo mismo calificar un plan elaborado por la iniciativa privada que uno oficial*, respecto del contenido de la calificación, y que no sólo ello es posible, sino necesario. La sentencia, desde luego, no puede ser más expresiva. Incluso recuerda otra frase de la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1971:

«La intervención del órgano urbanístico municipal es exacta e igual en uno y otro supuesto de planes privados u oficiales (que, aunque dicha en otro contexto no deja de tener significación.»

Una nueva Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1975 (VIDAL) no será excesivamente expresiva en este punto, baste destacar que parece identificar las modificaciones introducibles vía aprobación provisional con una auténtica desaprobación:

«se da cabida a las modificaciones que procedan, que, en consecuencia, podrán afectar a la totalidad del Plan proyectado, implicando así una auténtica desaprobación provisional».

Lo que, desde luego, sólo puede justificarse en el contexto en que la sentencia se produce (incongruencia del Tribunal Administrativo de Navarra), porque desde el punto de vista del procedimiento lo uno y lo otro son casos radicalmente distintos.

Respecto de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1976, antes vista, baste recordar cómo atribuía a las aprobaciones de la fase local carácter de trámite y la precisión de que a pesar de ser uno

el procedimiento (en concordancia en este punto con las sentencias anteriores), ello no obsta la

«sucesiva dualidad de competencia atribuida por la Ley a los órganos municipales y metropolitano (igual sería central) respecto al procedimiento».

En la *Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1978* (PONCE DE LEÓN) debe detectarse una nueva variación de criterios que nos hará volver al paréntesis de las Sentencias del Tribunal Supremo del año 1971 (noviembre) y del año 1974. Efectivamente, según los considerandos aceptados de la apelada:

«Los artículos 32 a 35 de la Ley del Suelo regulan el procedimiento administrativo para la aprobación y promulgación de los Planes de ordenación urbana y establecen tres fases procesales sucesivas, calificadas de aprobación inicial, provisional y definitiva: trámites aplicables e ineludibles, tanto a los supuestos de iniciativa y colaboración particular (art. 42), bien entendido que tanto en un caso como en otro la denominada aprobación inicial tiene mero carácter provisorio y nada prejuzga sobre la procedencia y viabilidad del proyecto ni produce otro efecto que el de tenerse por incoado el procedimiento; quiere ello decir, y así se desprende nítidamente del examen comparativo de los citados preceptos que el acto de aprobación inicial no confiere derechos ni altera la situación jurídica preexistente, siendo en puridad un acto de mero trámite equivalente a la genérica incoación del expediente administrativo, como conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirvan de antecedente y fundamento a la (ulterior) resolución administrativa—aprobación provisional o definitiva—, así como a las diligencias encaminadas a ejecutarla, según se define en el artículo 278-1 del vigente Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen jurídico de las Corporaciones Locales, expediente que se iniciará de oficio, cuando se trate de necesidades del servicio público, o a instancia de parte, cuando se promueva para resolver pretensiones deducidas por los particulares (279 Reglamento citado).

De ello se deduce que en los casos de planes y proyectos de urbanización confeccionados por particulares, la única misión que inicialmente compete a la Corporación municipal encargada de su tramitación con vistas a su ulterior aprobación o desaprobación (art. 42 L. S.) es la de constatar o recabar todos y cada uno de los datos y documentos que se enumeran y exigen en el artículo 41, ya que tiempo habrá después para estudiar la propuesta y resolver su procedencia; si están todos los antecedentes y la documentación está completa no cabe otra alternativa que la aprobación inicial, que ya se ha indicado nada prejuzga ni resuelve y no es más que una providencia de incoación o admisión a trámite, a fin de pasar seguidamente a la subsiguiente fase de instrucción o información pública, establecida con términos imperativos en el citado artículo 32-1 de la Ley del Suelo; tan sólo después de ambos trámites iniciales—incoación e información—es cuando la Corporación, en

vista del resultado de la información y de otros asesoramientos que estime necesarios o convenientes, puede y debe resolver sobre su aprobación provisional, con o sin modificaciones (32-2), bien entendido que en todo caso la última palabra corresponde a la Comisión de urbanismo competente para otorgar o denegar la aprobación definitiva, la cual, en su caso, es la que habrá de señalar las deficiencias de orden técnico y subsiguientes modificaciones que procediere introducir (art. citado); de cuya normativa se deduce claramente que ni siquiera en la fase ulterior—aprobación provisional—puede la Corporación municipal cerrar el paso al trámite final de la aprobación definitiva, sino proponer lo que estime conveniente por vía de informe, con vista del resultado de la información y estudio de las reclamaciones y alegaciones que puedan hacerse y demás que considere necesario.

De lo dicho se desprende con lógica meridiana que el acuerdo municipal recurrido, que decreta sin más, no somete el plan parcial elaborado y presentado por el recurrente al trámite de aprobación previsto en los artículos 32 y siguientes de la Ley del Suelo, es cuando menos prematuro y, como tal, si no nulo de pleno derecho, al menos anulable a instancia de parte interesada, a través de los recursos procedentes, por haber incurrido en las indicadas infracciones del ordenamiento jurídico vigente (art. 48 de la L. P. A.; L. P. A. 17 de julio de 1958) y haber dejado al interesado totalmente indefenso y privado de las garantías que la Ley le ofrece en las fases ulteriores del procedimiento; razón ésta, precisamente, que le ha podido abrir las puertas de esta vía contenciosa, no obstante tratarse de un acto de mero trámite (rat. 37-1 de nuestra Ley jurisdiccional: LCA 27 de diciembre de 1956).

Que tan patente infracción legal no puede cohonestarse ni convalidarse con la especiosa alegación formulada por la Abogacía del Estado (fundamento de derecho 7.º, f. 52) de que el acto impugnado, no obstante su imprecisión terminológica equivale a una resolución denegatoria de la aprobación provisional del proyecto, pues aun así, siempre quedaría manifiesta la omisión insoslayable de la fase o trámite de previa información pública, aparte de que, en ese caso, tendría que ir seguidamente a la Comisión de Urbanismo para que resolviera sobre su procedencia; está bien claro en el contexto de los acuerdos recurridos la intención del Ayuntamiento de cerrar *ab initio* el paso al plan propuesto, lo que no le estaba permitido, según se acaba de explicar.»

Puede subrayarse cómo, análogamente a la Sentencia del Tribunal Supremo del 74, se intenta introducir el argumento de que el acuerdo adoptado debe entenderse como desaprobación provisional, pero que tal argumentación del Abogado del Estado es tirada abajo con la simple indicación de que en tal supuesto, al faltar la información pública, el acuerdo sería inválido.

Debe resaltarse que la vuelta a las posiciones iniciales entre el 1971 y 1975, opera en todos sus sentidos, porque no sólo se limita la calificación en la aprobación inicial a los datos formales «antecedentes y documentos completos», sino que se descarta, además, la posibilidad de desaprobación provisionalmente; sólo cabe introducir modificaciones. En este sentido

último son bien expresivos los incisos finales de los dos últimos considerandos citados y sobre todo uno de los considerandos propios del Tribunal Supremo donde se dice:

«Que es preciso admitir como correcta la doctrina que sustenta la sentencia apelada, al declarar la nulidad del referido acto administrativo porque al decretar la Corporación Municipal en el mismo la desaprobación de manera definitiva del Plan Parcial de Urbanización, sólo sometido a su aprobación inicial y provisional, ha privado con ello al interesado de las garantías que la Ley le otorga en el ulterior trámite preceptivo del procedimiento encaminado a resolver definitivamente la Comisión Provincial de Urbanismo o en su caso el Organismo Estatal competente, sobre la procedencia o no de dicho Plan parcial, constituyendo una infracción de las normas aplicables en estos supuestos como es no someter el citado Plan parcial al trámite de aprobación definitiva previsto en el artículo 32 y siguientes de la Ley de Régimen del Suelo de 12 de mayo de 1956, y por consiguiente, determina la anulabilidad del acto que así lo acuerda en aplicación del artículo 48 de la L. P. A. de 17 de julio de 1958.»

En la misma línea se pronuncia la *Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1978* (MARTÍN) al establecer en su antepenúltimo considerando que:

«no puede ignorarse, en contra de lo mantenido por la Administración y que recoge la sentencia apelada (Pamplona), que nos encontramos simplemente en la fase de iniciación de un procedimiento de aprobación de una modificación o revisión parcial del Plan General de la Ciudad dicha (la iniciativa de la revisión no puede enteramente atribuirse al particular-actor), momento no adecuado para que la Administración use de las facultades que le otorga el Ordenamiento sobre aprobación o reprobación del Plan, ya que si al particular se le autoriza legalmente para elaborar planes (edificio singular en este caso) se le está, indudablemente, reconociendo legislación para incoar el procedimiento legal, para decidir acerca de la aprobación (art. 67 L. P. A. y 40 (1) L. S. y Concordantes) lo cual supone la necesidad de seguir los trámites establecidos con la finalidad de lograr un pronunciamiento definitivo, a la vez que se rechaza la viabilidad legal de la desestimación *a limine* del Plan en el momento de la aprobación inicial, tal como declaran las Sentencias de la Sala de 14 de abril y 18 de noviembre de 1971, 15 de noviembre de 1976, etc....» (a continuación se resume el inciso final del tercer considerando de la de 18 de noviembre de 1971, que ya vimos).

La posición del Supremo, por tanto, una vez más se hace tajante: aplicabilidad del 67 L. P. A. e imposibilidad de rechazar *a limine* el Plan. Pero, además, imposibilidad de reprobación en fase de aprobación provisional. Efectivamente, insistiendo en este último punto, en el penúltimo considerando se sostiene:

«Que en base a esta doctrina resulta insostenible la tesis inhibitoria municipal, pues, independientemente de que..., no puede olvidarse, que el procedimiento se para en el momento en que debe adoptarse la aprobación provisional después de cumplirse el trámite de información pública sin oposición, no existiendo por ello en el expediente elemento de juicio alguno que amparase una denegación de la aprobación provisional puesto que los informes y dictámenes son los mismos que sirvieron en el fundamento a la aprobación inicial y nada consta sobre un posible cambio de circunstancias... y aunque se tratase de puntos o materias que estuviesen incompletos o adoleciesen de algún defecto, serían *en todo caso* susceptibles de aportación posterior o convalidación por aplicación de la doctrina general.»

Pues bien, aparte repetir lo que se dijo en relación con la doctrina jurisprudencial que ahora se quiere rememorar, lo que sí hay que dudar es que los defectos en el contenido del Plan serían en todo caso susceptibles de convalidación: recuérdese la problemática de la necesidad de una nueva información pública en los casos de modificación posterior del Plan (por «subsananación» de defectos o no).

Pudiera decirse que el paréntesis que parecía iniciar las sentencias del Tribunal Supremo últimamente vistas, se cierra de nuevo en otra Sentencia, de 13 de octubre de 1978 (MEDINA), respecto de uno de sus efectos. Efectivamente, y citando a la importante Sentencia del Tribunal Supremo de abril de 1971 se vuelve a admitir la posibilidad de denegar la aprobación inicial por contradecir el Plan General. Se dice, al aceptar lo considerado por la apelada:

«Que única cuestión objeto de controversia en la presente *litis* es la referente a si procede o no ordenar que por el Excelentísimo Ayuntamiento de Irún se apruebe “inicialmente” y se le dé la tramitación legal del caso, al proyecto de Plan Parcial del Subpolígono cinco del Polígono XXV, sector barrio de Ventas, debido a la iniciativa particular de don José-León L. Y., pues bien, al objeto de la adecuada resolución de la controversia ha de dejarse sentada la naturaleza de la aprobación “inicial” respecto de cuyo tema esta Sala en reiteradas sentencias, de las que son buen ejemplo, la de 27 de junio de 1968, 21 de enero de 1969—sentencia ésta confirmada por la del Tribunal Supremo de 14 de abril de 1971—, mereciendo especial cita la de éste Tribunal de 15 de marzo de 1971 por referirse a la aprobación inicial de otro proyecto de Plan Parcial que, al igual que el actualmente controvertido, había sido denegada por el Ayuntamiento de Irún, con unanimidad de criterio se ha venido sosteniendo: a) que la aprobación inicial de tales proyectos no es materia de la potestad discrecional de la Administración, sino de índole reglada, y debe ser otorgada si aquél se ajusta al contenido del artículo 10 de la Ley del Suelo y no se opone al Plan General de Ordenación; b) que el acto de aprobación inicial es de mero trámite, en el sentido de que mediante él se abre un procedimiento a través del cual tiene la Administración la posibilidad de examinar el fondo de las pretensiones del soli-

citante, lo que determina que tal aprobación inicial no puede ser denegada por razones de fondo al no ser ése el momento adecuado para ello.»

Pues bien, si resulta evidente lo que puede calificarse, lo que no se apunta es si en la aprobación *provisional*, después de la información pública, puede rechazarse el plan por razones de fondo, que se entienda sean de *oportunidad*.

Una nueva e interesante Sentencia del Tribunal Supremo se producirá el 4 de diciembre de 1978 (JIMÉNEZ). En ella se dice que:

«adquiere especial relevancia la pretensión de la mercantil recurrente en orden a la necesidad de la Administración demandada de dar trámite a la pretensión modificativa del planeamiento formulada, cierto es, a este respecto que el acuerdo corporativo de 9 de diciembre de 1972 aborda la cuestión de fondo y ninguna referencia hace a los aspectos formales del escrito de 18 de noviembre inmediatamente anterior, ya que el escueto escrito presentado hace a lo concreto de su pretensión, no reúne los requisitos que para la viabilidad formal de una modificación del plan urbanístico exige el artículo 41 de la Ley de Régimen del Suelo, y mucho menos, las particularidades y concreciones que exige el artículo 25 del mismo texto legal, cuando lo que se trata de modificar es un plan comarcal, como el que en autos es aplicable al Municipio de Busturía; que debe tenerse en cuenta que tales anomalías, que sin duda hubieran exigido por parte de la Administración el uso de las facultades subsanatorias que respecto de los actos de los administrados, le concede el artículo 54 de la Ley de Procedimiento Administrativo, actuante al abordar la citada cuestión de fondo en el acuerdo resolutorio de 9 de diciembre de 1972, en el cual, prescindiendo de una precisión cual es confundir dispensa con modificación, se olvidan las motivaciones de la denegación de éste, que es, en realidad, lo pretendido, al estimar incompatible una autorización genérica, que en el caso llegaría a superar los 500 caballos de fuerza, transformando de ese modo en industrial una zona calificada de rural con ciertas tolerancias industriales y de vivienda, pero habida cuenta lo limitado de aquéllos, que tienen un máximo en la entidad de 10 caballos de fuerza para fincas de 600 o más metros cuadrados, y no se alegue, al respecto, lo dispuesto en el artículo 67 de la L. P. A., por cuanto la formulación y modificación de los planes de ordenación urbana tienen, cual señala la Sentencia de esta Sala de 18 de noviembre de 1972, su tratamiento específico en la Ley de Régimen del Suelo y si la aprobación inicial representa en los de promoción pública el acto de iniciación del expediente, tal aprobación adquiere una mayor trascendencia en los de iniciación privada, pues dada la naturaleza pública que, en todo caso tiene el planeamiento urbanístico, el acto de aprobación inicial tiene el doble sentido de examen y valoración del proyecto o plan en todos sus aspectos y de asumirlo como propio integrándolo en el general desarrollo».

Es de subrayarse cómo se reconoce expresamente la aplicabilidad del artículo 54 de la L. P. A. (.), lo que viene a significar el reconocimiento para el promotor del derecho a conocer los defectos formales de la documentación presentada y el deber del Ayuntamiento de comunicarlo, pero sobre todo la *inaplicabilidad del artículo 67 de la L. P. A. (...), lo que* quiere decir que no puede considerarse la presentación del Plan como *una instancia iniciadora del procedimiento de formación y aprobación de Planes (o su modificación)*. Insistiendo en esto último, debe constatarse que precisamente el argumento utilizado es la naturaleza que hay que entender tiene la aprobación inicial («el doble sentido... de examen y valoración del proyecto o plan en todos sus aspectos y de asumirlo como propio integrándolo en el general desarrollo»), naturaleza congruente con la funcionalidad que dicha aprobación tiene: mientras en los planes de promoción pública, simplemente dar el visto bueno a la labor realizada (redacción material del Plan) en virtud de un previo acuerdo de redacción; en los de iniciativa privada, concretar tanto un visto bueno sobre lo redactado, como asumir como propio lo redactado al margen de la actuación municipal.

En base a estos argumentos el Tribunal Supremo llega a la conclusión de que en la aprobación inicial pueden desaprobarse los planes privados, aunque reconociendo que si los defectos son sólo formales, lo más adecuado es aplicar el artículo 54 de la L. P. A.

Debe añadirse que la fecha de la Sentencia del Tribunal Supremo citada (18 de noviembre de 1972) debe entenderse referida a la del mismo día del año anterior 1971, lo que tiene su singular importancia, dado que, como vimos, tal sentencia del Tribunal Supremo era el exponente más «claro» de la doctrina contraria a la posibilidad de desaprobación (ninguna admitía) en fase local.

Respecto del motivo para justificar la denegación de la aprobación inicial, se concreta en la oposición del proyecto con el Plan General y consiguientemente con la legislación urbanística. Nada hay respecto de la valoración de una posible inoportunidad del plan privado. ¿Qué hubiera decidido el Tribunal Supremo en tal caso, utilizando el mismo argumento? Si no es aplicable el artículo 67 de la L. P. A., si el sentido de la aprobación inicial es no sólo examinar y valorar el plan presentado, sino también el asumirlo como propio, ¿acaso no podría dejarse de asumir como propio algo que se estima inoportuno en cuanto a su existencia o en cuanto al modelo que representa?

J. G. S.

3.º JURISPRUDENCIA FISCAL

Por CARLOS MARÍN ALBORNOZ

POLIGONOS DE NUEVA URBANIZACION. EXENCIONES. APLICABILIDAD A LA PRIMERA TRANSMISION DE EDIFICIOS CONSTRUIDOS NO SOLO CONFORME A PLANES REGULADOS POR LA LEY DEL SUELO, SINO TAMBIEN A LOS QUE LO HAYAN SIDO SEGUN PLANES ACOGIDOS A OTRAS LEYES URBANISTICAS, COMO LA LEY CASTELLANA DE 3 DE DICIEMBRE DE 1953, Y ESTO TANTO SI SE TRATA DE PRIMERA TRANSMISION DE VIVIENDAS O EDIFICIOS POR BLOQUES COMO SI LO FUESE DE LOCALES COMERCIALES POR SEPARADO (SENTENCIA DE 13 DE MAYO DE 1978).

Hechos.—Cierta sociedad anónima adquirió de otra, con fecha 25 de septiembre del año 1970, un local sito en la avenida del Generalísimo, 87, bajo escritura en la que se estableció que el inmueble del que forma parte el local transmitido está acogido a las disposiciones de la Ley 3-XII-53, Decreto 14-V-55 y Ley de mayo de 1956 sobre el régimen del suelo y ordenación urbana, solicitándose las exenciones previstas en el artículo 65, I, 37, del Texto Refundido del Impuesto.

La Abogacía del Estado giró liquidación, no estimando aplicable la exención pretendida. Establecida la oportuna reclamación ante el Tribunal Económico-Administrativo Provincial es estimada, anulando, en consecuencia, la liquidación impugnada. Sin embargo, el Tribunal Central, manteniendo criterio opuesto, anula la resolución del Provincial, confirmando la liquidación girada por la Abogacía del Estado.

Interpuesta reclamación ante la Sala Primera de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial se estima, considerando de aplicación la exención pretendida, criterio éste que igualmente mantiene el Tribunal Supremo, en base a la siguiente:

Doctrina.—Considerando que en el presente recurso de apelación en que ante todo es preciso reconocer cumplidos los presupuestos fácticos exigidos por la norma de derecho intertemporal contenida en el Decreto de 27 de mayo de 1968, y concretamente: 1) que la edificación de *litis* terminó de construirse el 26 de septiembre de 1967, según consta en la certificación expedida el 24 de octubre de 1967 por el Secretario General de la Comisión de Planeamiento y coordinación del Area Metropolitana de Madrid; 2) que la transmisión escriturada el 25 de septiembre de 1970 se efectuó dentro de los tres primeros años siguientes a la terminación referida, y 3) que la construcción se realizó con arreglo al proyecto aprobado por la Comisión

de Urbanismo, dentro de los plazos fijados y cumpliendo las condiciones que establece el Decreto de 14 de mayo de 1954, por el que se aplican al sector de la avenida del Generalísimo los beneficios de la Ley de 3 de diciembre de 1953, son dos los temas fundamentales planteados: A) Si la exención prevista en el artículo 65, I, 37, debe referirse estrictamente a edificios construidos conforme a planes regulados en la propia Ley del Suelo, o si, más ampliamente, debe comprender también los edificios construidos según planes acogidos a otras Leyes Urbanísticas, como puede ser la Ley de 3 de diciembre de 1953 (Ley Castellana). B) Si la referida exención únicamente ampara la transmisión de viviendas o edificios por bloques, o protege además la de los locales comerciales por separado.

Considerando que en relación con estas dos cuestiones, ya las Sentencias de esta Sala de 20 y 27 de enero y 12 de junio de 1977 y 20 de febrero y 6 de marzo de 1978 han establecido los siguientes puntos de doctrina: 1) que la frase introducida en el número 37 del artículo 65, I, del Texto Refundido de 6 de abril de 1967 debe ser interpretada como equivalente a una referencia general a la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana y no como remisión concreta a uno o varios preceptos individualizados de la misma Ley; 2) que dichas palabras cuando citan la Ley de 12 de mayo de 1956 lo hacen sólo de forma aclaratoria, para evidenciar la necesaria referencia a polígonos urbanísticos aprobados por la Autoridad Administrativa competente, pero sin que esta nueva referencia a la repetida Ley del Suelo puede estimarse equivalente a polígonos «tramitados conforme a la misma», pues ni su sentido literal puede llegar a tanto, ni en todo caso la interpretación de la norma, conforme al artículo 3-I del Código Civil, puede prescindir de su finalidad: que es otorgar el beneficio de la exención cuando se promuevan edificaciones dentro de los expresados polígonos, y 3)—y último—que la exención de que se hace mérito no sólo comprende la transmisión de viviendas y edificios por bloques, sino que ampara, asimismo, a los locales de negocio transmitidos separadamente, puesto que si estos locales se benefician de la exención cuando el edificio se vende en bloque, no hay razón para dejarlos excluidos cuando se enajenan como finca independiente, y esto en *primer lugar* porque la expresión «separadamente por viviendas» está contemplando cada parte individualizada del edificio susceptible de integrar el objeto de la llamada «propiedad horizontal» y no el destino concreto de la habitación humana, y en *segundo lugar* porque cuando la finalidad de la habitación, como criterio decisivo, ha querido tenerse en cuenta, así se ha expresado, sin la menor ambigüedad, como en el Decreto de 27 de mayo de 1968.

APROVECHAMIENTOS FORESTALES. MEDIOS DE COMPROBACION. APLICABILIDAD DEL MEDIO CONTEMPLADO EN EL ARTICULO 117, APARTADO 9.º, DEL TEXTO REFUNDIDO, O SEA, EL PRECIO EN QUE APAREZCAN ARRENDADOS LOS BIENES, NO SIENDO PROCEDENTE ESTIMAR LA PRIORIDAD ALEGADA SOBRE ESTE MEDIO DEL PREVISTO EN EL ARTICULO 80, 2, DEL REGLAMENTO DE DERECHOS REALES DE 1959 (SENTENCIA DE 13 DE MAYO DE 1978).

Hechos.—La cuestión fáctica planteada, tras el requerimiento efectuado por la Oficina liquidadora a cierto Ayuntamiento, a fin de que presentase la documentación necesaria para proceder a la confección del expediente de

comprobación de valores de los bienes de la entidad a los efectos de fijación de la base correspondiente para la liquidación del impuesto sobre las Personas Jurídicas, estriba en determinar si, tratándose de montes, es acertado el criterio que mantuvo la oficina liquidadora de aplicar como medio de comprobación para fijar la base el de capitalización al 4 por 100 del importe de la anualidad media correspondiente a las rentas obtenidas en los últimos cinco años en las explotaciones forestales del municipio, o más bien debió de aplicarse, como pretendió el Ayuntamiento recurrente, el de los trabajos catastrales topográficos confeccionados para el municipio de Calomarde.

El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado excelentísimo señor don Diego Espín Cánovas, siguiendo el criterio mantenido por la Autoridad Territorial de Zaragoza y aceptando en lo sustancial los fundamentos de la sentencia apelada, da la razón a la oficina liquidadora, en base a la siguiente:

Doctrina.—Considerando que la litis debe de decidir si está ajustada a derecho la comprobación de valores en el impuesto de sucesiones, recayente sobre las personas jurídicas realizada por la Administración a tenor del artículo 17, número 9, del Texto Refundido de 6 de abril de 1967 sobre transmisión de bienes, aplicando el criterio obtenido del precio del arrendamiento de los bienes que han de valorarse o, si por el contrario, como se propugna por el recurrente, este criterio debe ceder la prioridad al contemplado en el artículo 80, 2, del Reglamento de Derechos Reales del 59, deducido de los trabajos catastrales debidamente aprobados.

Considerando que, si bien el Reglamento citado de 1959 conserva su vigencia en tanto no esté en contradicción con las normas legales y en especial con el vigente Texto Refundido del Impuesto de 1967, la jerarquía normativa obliga a considerar el tema en la perspectiva primaria de la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963, que al regular la comprobación de valores de las rentas y demás elementos fiscales enumera en primer lugar la capitalización de rendimientos (art. 52-I, a)), sin señalar prioridad entre los diferentes medios enumerados a los que añade los específicos de la Ley de cada tributo, y en conformidad con la Ley fiscal general, el Texto Refundido del impuesto tampoco enumera, según criterios prioritarios, los diferentes medios comprobatorios, estableciendo entre ellos el precio del arrendamiento (art. 117-I, 9), por lo que es clara la procedencia de aplicar los medios comprobatorios admitidos en este impuesto, según conduzcan mejor al fin de obtención de la valoración de los bienes sujetos, sin que pueda prevalecer un texto reglamentario que sólo conserva su vigencia en tanto no exista contradicción con el texto legal refundido, criterio ya mantenido por esta Sala en caso similar (Sentencia de 30 de noviembre de 1968).

Considerando que, por otra parte, al referirse la litis a los aprovechamientos forestales se aplica acertadamente por la Administración la norma fiscal referida como más idónea al caso al estar tales aprovechamientos, haciendo aplicación de la norma de desarrollo contemplada en el artículo 118, número 4, del mismo Texto Refundido, por lo que la obtención del promedio del quinquenio anterior impide que puedan obtenerse resultados contrarios a la realidad por la sola estimación de una anualidad si se obtuviesen rendimientos muy elevados, y por otra parte, en cuanto a los rendimientos extraordinarios alegados por la recurrente ya han tenido

su repercusión en la resolución recurrida al ordenar su exclusión, sin que respecto a otros pretendidos aprovechamientos extraordinarios haya resultado acreditado ese carácter.

IMPUESTOS. EXIGENCIA SEGUN LA VERDADERA NATURALEZA JURIDICA DEL ACTO O CONTRATO LIQUIDABLE, CUALQUIERA QUE SEA LA DENOMINACION QUE LAS PARTES LE HAYAN DADO. LA INTENCION DE LOS CONTRATANTES DE PACTAR, FRENTE AL POSIBLE INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION PERSONAL DE PAGO POR ALGUNO DE LOS COPROPIETARIOS, UNA GARANTIA DE NATURALEZA REAL DE SUJECCION DIRECTA E INMEDIATA DE CADA CUOTA DE COMUNIDAD Y DE CADA PISO AL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE PAGO ASUMIDAS POR SUS TITULARES, Y EFICAZ ERGA OMNES, IMPLICA ESTAR ANTE LA CONSTITUCION DE UN DERECHO INNOMINADO, INCLUIDO ENTRE LOS DERECHOS REALES DE GARANTIA O DE REALIZACION DE VALOR, CON APLICACION A LA BASE DEL TIPO 1,90 PREVISTO EN EL NUMERO 5 DE LA TARIFA DEL IMPUESTO (SENTENCIA DE 20 DE MAYO DE 1978).

Hechos.—Mediante escritura pública se compra por varios señores un solar con la finalidad única y exclusiva de la construcción de una casa según proyecto de arquitecto y que sería dividida en régimen de propiedad horizontal. En la escritura, entre otras, se contiene la siguiente cláusula: «si cualquiera de los copartícipes no pagara el coste de la construcción en la cuantía, plazos y forma determinados en la cláusula 4.ª, se entenderá que renuncia al piso y a la participación preferente de adquisición para los demás propietarios y, en edefecto de éstos, mediante venta en pública subasta, obligándose el adquirente, en ambos casos, a satisfacer las cantidades impagadas por el renunciante y las que aún falten por pagar hasta concluir la construcción, así como también el precio del remate, que se destinará en primer término a pagar los gastos a que diere lugar la enajenación, el arbitrio sobre el incremento del valor de los terrenos y los gastos de la escritura de venta correspondientes al renunciante, quien percibirá el remanente, si lo hubiere; terminando la cláusula sentando expresamente que su contenido se considera como gravamen del piso adquirido y de la participación indivisa comprada y que, como tal, se solicita su inscripción en el Registro de la Propiedad.

Presentada la escritura en la Abogacía del Estado se gira liquidación al tipo del 7,40 por 100 por el concepto de constitución de derecho real a cargo de la comunidad de propietarios del citado solar o casa. Entablada reclamación es desestimada tanto por el Tribunal Provincial como por el Central. Sin embargo, la Audiencia Territorial de Sevilla, accediendo a las pretensiones formuladas por la citada comunidad de propietarios estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto, anulando la resolución del Tribunal Central, así como la liquidación practicada.

Interpuesto recurso de apelación por el señor Abogado del Estado, en nombre y representación de la Administración Pública, el Tribunal Supremo lo estima en parte, confirmando la sentencia apelada en cuanto que

anuló el acuerdo del Tribunal Central y la liquidación girada a cargo de la mencionada comunidad, y la revoca en cuanto ordena devolver su importe; mandando, en cambio, que se gire otra liquidación a dicha comunidad, sobre la misma base determinada para la anterior, al tipo del 1,90 por 100, limitándose la devolución a la cantidad que represente la diferencia entre ambas liquidaciones. Todo ello en base a la siguiente:

Doctrina.—Que, sin sujeción, por tanto, a las exigencias que impone el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, la calificación a efectuar ha de ajustarse básicamente, de una parte, a la regla común de los artículos 25 de la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963 y 7.º del Texto Refundido del Impuesto de 6 de abril de 1967; regla que manda exigir el impuesto con arreglo a la verdadera naturaleza jurídica del acto o contrato liquidable, cualquiera que sea la denominación que las partes le hayan dado, prescindiendo de los defectos, tanto de forma como intrínsecos, que puedan afectar a su validez y eficacia; lo que permite actuar con criterio más amplio e incluso distinto del permitido en el campo registral, y de otra parte, el artículo 1.281 del Código Civil, que, como norma interpretativa de los contratos, dispone que si las palabras de un contrato parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas.

Considerando que en cuanto la cláusula objeto de estudio termina con la afirmación de considerar su cotenido como gravamen inscribible en el Registro de la Propiedad, pone de manifiesto la evidente intención de los contratantes de pactar, frente al posible incumplimiento de la obligación personal de pago por alguno de los copropietarios, una garantía de naturaleza real, de sujeción directa e inmediata de cada cuota de comunidad y de cada piso al cumplimiento de las obligaciones de pago asumidas por sus titulares, y eficaz *erga omnes*, concurriendo así las notas que la doctrina señala como características de común aceptación para concluir—dentro del sistema de *numerus apertus* vigente en nuestro Derecho, que permite admitirlos en determinados supuestos—hallarse en presencia de un derecho real innominado, con mayor entidad que los meros pactos de trascendencia real modificativos de alguna de las facultades del dominio sobre inmuebles o inherentes a derechos reales, a los que el inciso final del artículo 7.º del Reglamento Hipotecario abre el acceso al Registro de la Propiedad, puesto que—además de guardar semejanzas muy acusadas, en otro aspecto, como advierte el Abogado del Estado, con el derecho de preferente adquisición entre comuneros, ampliatorio del campo propio de aplicación del tanteo, al que la Dirección General de los Registros y del Notariado calificó como figura de naturaleza real en la Resolución de 20 de septiembre de 1966—afecta al derecho de dominio hasta el grado de imponer el cambio de su titularidad merced a la enajenación forzosa del piso en construcción y de la cuota de comunidad indivisa en forma *sui generis*, aunque parecida en algunos extremos a la hipoteca, como afirma el Tribunal Económico-Administrativo Central, otorgándoles a los copartícipes la seguridad de que la afección directa de esa cuota de participación y piso en construcción les garantiza frente a riesgos derivados de la conducta personal del copropietario moroso; sin que la circunstancia de que la posibilidad de que se produzca esa traslación del dominio de modo forzoso para su titular se derive del consentimiento que a ello prestó en la escritura, tenga otro alcance que el de haberse constituido un derecho

real de garantía por la vía contractual admitida expresamente por el artículo 54-2 del Texto Refundido para toda clase de derechos reales, entre ellos la propia hipoteca, que, además, tampoco despliega sus efectos en tanto que el deudor no incumple su obligación personal de pago; y sin que la consideración del destino asignado por la cláusula en cuestión al precio que se obtenga en la enajenación lleve a consecuencias que difieran notablemente de las que produce la ejecución hipotecaria, porque, como señala también el Tribunal Central, en el caso objeto de calificación, el precio se integra por la suma de lo efectivamente pagado con las cantidades ya en descubierto y las demás que corresponda aportar en el futuro, a cuya completa garantía permanece invariable la afección directa de la participación del inmueble adquirida por el comprador, cualquiera que sea también la posterior conducta de éste.

Considerando que una vez calificado el pacto plurilateral contenido en la estipulación que motiva estas reflexiones como constitutivo de un derecho real innominado, una más profunda consideración de éste lleva a incluirle en el grupo de los derechos reales de garantía o de realización de valor, cuyo nacimiento no afecta a las facultades dominicales y cuya efectividad sólo dará lugar al cambio de su titular consecuente a la enajenación del bien afecto a la garantía, sin que tampoco en ese momento se opere modificación alguna en el haz de facultades que integran el núcleo del dominio, a diferencia de lo que ocurre con los derechos reales de disfrute que, o bien se identifican con el dominio mismo, o le desmembran en algún modo; distinción que ofrece especial interés porque una y otra clase de derechos reales se encuentran tratados de distinta forma en el Texto Refundido y en las tarifas del Impuesto General sobre Transmisiones Patrimoniales, por razón de sus diversas naturalezas y, muy especialmente, por sus contenidos económicos, pues no es infrecuente en derecho fiscal atender más a los intereses que a los conceptos; distinción que se produce tanto en lo relativo al modo de determinar las bases liquidables como a la fijación de los tipos aplicables en cada caso, de forma que para los derechos reales de disfrute las bases se cifran sobre el valor de los bienes (art. 70, núms. 9 al 11) y los tipos correspondientes en la fecha de la escritura objeto de liquidación eran, según se trate de derechos reales constituidos sobre bienes inmuebles o muebles el 7,40 por 100 y el 4 por 100 señalados, respectivamente, en los números 3 y 4 de la tarifa, y para los derechos reales de mera garantía el tipo aplicable, común cualquiera que sea la naturaleza de los bienes afectos a la misma, era el 1,90 por 100 del número 5 de la tarifa y la base el valor de la obligación o capital garantizado, según el número 12 del citado artículo 70.

Considerando que lo anterior pone de manifiesto el error con que se practicó la liquidación discutida, dado que, pese a ser determinada su base en función del montante de las obligaciones garantizadas, esto es, del modo establecido para los derechos reales de garantía, como la demanda advierte, no se aplicó el tipo del 1,90 señalado entonces en la tarifa para esta clase de derechos reales, sino el 7,40 por 100 correspondiente a los derechos reales de disfrute constituidos sobre bienes inmuebles; razón por la que no puede accederse plenamente a la confirmación de la liquidación pretendida en la apelación y ha de ser sustituida por otra que, sin variación del sujeto pasivo ni de la base, aplique el tipo del 1,90 por 100.

III. Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central

Por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA

EXENCION DE LA PRIMERA TRANSMISION DE VIVIENDAS BONIFICABLES. SE CONSIDERAN A EFECTOS FISCALES COMO VIVIENDAS DE PROTECCION OFICIAL (Resolución de 10 de abril de 1975).

Hechos.—En la Abogacía del Estado de Madrid se presentó escritura de compraventa otorgada ante el Notario don Luis Hoyos de Castro en virtud de la cual se transmitía el pleno dominio de un hotel destinado a vivienda y garaje en la ciudad satélite Mirasierra de Madrid, en precio declarado de 2.674.764 pesetas, solicitándose la exención del impuesto por estar acogido el inmueble a la legislación de viviendas bonificables, de acuerdo con la calificación definitiva de 19 de abril de 1968 y haberse producido la primera transmisión dentro de los seis años de esa fecha.

La Abogacía del Estado giró la correspondiente liquidación, que fue reclamada por el interesado ante el Tribunal Provincial, el cual estimó la reclamación anulando la liquidación.

Notificada la anterior resolución, la Dirección General de lo Contencioso del Estado interpuso recurso de alzada ordinario ante el Tribunal Central.

Doctrina de la resolución.—El Tribunal Central desestima el recurso interpuesto por la Dirección General y declara la procedencia de la exención del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, por lo siguiente:

«Considerando que frente a la doctrina sentada por este Tribunal Central en Resoluciones de 28 de septiembre de 1972, 5 de octubre de 1972 y 28 de septiembre de 1972, entre otras, relativas al supuesto de Derecho que aquí se debate sobre la condición de “viviendas de protección oficial” de las llamadas “viviendas bonificables”, de acuerdo con la legislación vigente reguladora de aquéllas (pronunciando la no aplicación a las segundas de los beneficios fiscales derivados de la calificación, como tales, de las primeras) el Tribunal Supremo de Justicia en Sentencias, entre otras, de 26 de marzo, 14 de mayo, 1 de junio de 1973 y 1 y 16 de abril y 27 de junio de 1974 (alguna de ellas referidas a casos con igual supuesto de hecho e idénticas partes a las que intervienen en el negocio jurídico cuya tributación se debate en el presente recurso) ha señalado: que la normativa fiscal aplicable, a los efectos del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y de los beneficios que del mismo se derivan, viene determinada por la fecha

de la primera transmisión *inter vivos* de las viviendas de protección oficial; que el mandato de refundición contenido en la disposición final de la Ley de 23 de diciembre de 1961, hace que deban incluirse bajo la denominación de "viviendas de protección oficial", todas las construidas o que se construyan al amparo de un régimen protector, cualquiera que fuera su denominación específica y, por consiguiente, lo mismo si la transmisión se refiere a "viviendas protegidas" que a "viviendas bonificables"; y que el obstáculo que pudiera suponer la disposición transitoria 6.ª del Texto Refundido del Impuesto de Derechos Reales de 21 de marzo de 1958, según la cual para gozar las referidas viviendas de las bonificaciones que señala, es preciso que la primera transmisión de las mismas se efectúe antes de transcurrir seis años contados desde primero de mayo de 1958, que terminaba igual día del año 1964, claramente—siempre según el Tribunal Supremo de Justicia—desaparece a la luz del artículo 181 de la Ley de Reforma Tributaria de 11 de junio de 1964, según la cual serán aplicables a este Impuesto de Transmisiones Patrimoniales las normas de la Ley del Impuesto de Derechos Reales de 21 de marzo de 1958 y de su Reglamento de 15 de enero de 1959, salvo aquellas que definen los actos sujetos, exentos y bonificables.»

«Considerando que pronunciándose la presente resolución en época y momento posterior a tales Sentencias del Tribunal Supremo, revocatorias todas ellas de acuerdos de este Tribunal, en los que se concluía doctrina y tesis contraria a tales conclusiones, debe acogerse la argumentación del Tribunal Supremo para evitar nuevas e inútiles instancias procesales, cuando, sobre todo, en algunos casos se trata de supuesto de hecho y de Derecho idéntico al presente e incluso referente a igual sector urbanístico e igual sociedad constructora vendedora.»

«Considerando que sobre la doctrina expuesta por el Tribunal Supremo de Justicia en las sentencias invocadas (traídas, además, por los contribuyentes al presente expediente en escrito no previsto en el procedimiento) y teniendo en cuenta que la cédula de calificación definitiva de "vivienda bonificable" se expidió, en el supuesto debatido en el presente recurso, el 19 de abril de 1968 y que la enajenación tuvo lugar el 22 de noviembre de 1969, es de apreciar que entre una y otra no había transcurrido el plazo a que se refieren los artículos 146-30 de la Ley de Reforma Tributaria de 11 de junio de 1964 y 65-29 del Texto Refundido de 1967, por lo que, en definitiva, ha de considerarse que debe aplicarse a la misma la exención recogida en tales artículos en la forma como han sido interpretados por el más Alto Tribunal de la Nación.»

EXPEDIENTE DE DENUNCIA: TRAMITES. NOTIFICACION CONJUNTA DE LAS DIVERSAS ACTUACIONES. PRUEBA DE LA EXISTENCIA DEL CONTRATO PRIVADO DE VENTA: DATOS DE SOLICITUD DE URBANIZACION EN EL AYUNTAMIENTO. PRACTICA CORRECTA DE LA COMPROBACION DE VALORES POR EL PRECIO DE FINCA ANALOGA, DE LA LIQUIDACION Y DEL REGARGO (Resolución de 23 de abril de 1975).

Hechos.—Un particular formuló denuncia en la Abogacía del Estado de Málaga contra «Rumasa, S. A.», y sus empresas filiales o asociadas, «Hote-

les Agrupados, S. A.», e «Inmobiliarias Reunidas, S. A.», dando cuenta de la existencia de una operación mixta de compraventa y permuta de terrenos y edificaciones, documentada en contrato privado suscrito en 1966, en virtud del cual «Inmobiliarias Reunidas, S. A.», había adquirido de don Francisco L. Ternero, determinados terrenos de una finca de su propiedad, recibiendo a cambio, como parte del precio, la propiedad del Hotel «El Mero» de Manilva, perteneciente a «Hoteles Reunidos, S. A.», manifestándose que el valor de los terrenos adquiridos por la indicada sociedad era de 51.000.000 de pesetas, correspondiendo 32.000.000 al valor del Hotel «El Mero».

Admitida a trámite la indicada denuncia, se procedió por la Abogacía del Estado a la iniciación del correspondiente expediente, el que, previa la tramitación reglamentaria, con audiencia de las personas interesadas, terminó con acuerdo, en el que, entre otros extremos, se ordenó la práctica de dos liquidaciones a cargo de «Inmobiliarias Reunidas, S. A.», una por la adquisición probada de los terrenos, con sus correspondientes recargos, multa e intereses de demora, y otra, por la opción de compra contenida en un documento aportado por la misma sociedad, con multa, recargo de documento privado e intereses de demora, con un total a ingresar de 6.986.611 pesetas y 199.805 respectivamente.

Interpuesta reclamación económico-administrativa por no existir aún el contrato denunciado, el Tribunal Provincial de Málaga la desestimó, por lo que «Inmobiliarias Reunidas, S. A.», formuló recurso de alzada.

Doctrina de la resolución.—El Tribunal Central desestima el recurso por lo siguiente:

«Considerando, ante todo, sobre la cuestión planteada por el recurrente al sostener que sólo una vez que se ha resuelto en firme el expediente de denuncia, cabe girar la liquidación del impuesto que proceda, que el apartado 6) del artículo 203 del Reglamento todavía vigente de 15 de enero de 1959 no se refiere a la firma, sino a la mera resolución del expediente al decir que se practicará la correspondiente liquidación y todavía añade, “aun cuando se promueva reclamación”; y si bien es cierto, como se reconoce en la Resolución de este Tribunal de 23 de noviembre de 1969, que este artículo 203 parece autorizar que cuando haya existido denuncia se notifique la resolución del expediente antes de practicar las liquidaciones, se trata de una posibilidad que no impide, por tanto, la notificación conjunta de la resolución, comprobación de valores y liquidaciones que se deriven del expediente, prevista en el artículo 180-3) del mismo Reglamento, para los expedientes de investigación, que en muchos casos será una garantía de los derechos del contribuyente y en todos producirá una simplificación de trámites con la consiguiente aceleración del procedimiento; de todo lo cual se deduce que no tendría sentido en este caso, y con apoyo en una interpretación rígida del citado artículo 203, dejar sin efecto todo lo actuado como consecuencia del expediente, y no pasar a examinar las demás cuestiones planteadas.»

«Considerando, por lo que respecta a la liquidación número 11.754, girada como consecuencia de la aportación al expediente del documento privado que aparece suscrito el 19 de noviembre de 1966, que: 1.º La existencia de este contrato no puede, naturalmente, dejar de tenerse en cuenta, a efectos legales, dada la prueba documental aportada, cualesquiera que sean las circunstancias que hayan dado lugar a su otorgamiento y a su incorpo-

ración al expediente; 2.º Su calificación jurídico-fiscal, como opción de un contrato sujeto al impuesto (art. 85 del Texto Refundido) no ofrece duda, teniendo en cuenta su naturaleza jurídica y, prescindiendo de los defectos tanto de forma como intrínsecos (art. 7 del mismo Texto), ya que el objeto y el precio están suficientemente determinados; 3.º La base se ha obtenido con sujeción a lo previsto en la regla 7.ª del artículo 70 del mismo Texto Refundido, partiendo del precio a que se refiere el contrato, y 4.º La liquidación se ha girado en todo correctamente y debe ser mantenida.»

«Considerando en cuanto a la liquidación número 11.753 por compra-venta: 1.º Que la existencia y realidad de la transmisión onerosa a favor de la Sociedad recurrente, presupuesto obligado de la liquidación, y punto fundamental de la resolución del expediente de denuncia, que la estima probada, está, en efecto, suficientemente acreditada, según se expone y razona con detalle en el tercer considerando de aquélla, y conforme reitera el fallo de Primera Instancia, debiendo destacarse, sin perjuicio de cuanto resulta del conjunto de las pruebas, hechos tan concluyentes y expresivos como el que se refleja en la comunicación del Ayuntamiento de Málaga de 19 de agosto de 1968 (Documento 56), contestando a escrito de la Abogacía del Estado, según la cual consta en el correspondiente expediente que “Inmobiliarias Reunidas, S. A.”, mediante escrito fechado en 28 de marzo del mismo año, presentado en el Registro General del Ayuntamiento en 10 de mayo siguiente, al que acompañaba Proyecto de Plan Parcial de Ordenación de la finca “La Barriguilla”, interesó la autorización definitiva para la urbanización de que se trata, hablándose en el anexo de la Memoria de una superficie de 150.000 m² y en la Memoria de que el polígono objeto del presente Plan Parcial coincide con los terrenos de la finca denominada “La Barriguilla”, recientemente adquiridos por “Inmobiliarias Reunidas, Sociedad Anónima”, añadiéndose que la superficie total de estos terrenos es la de 150.382 m²; y diciéndose en el documento B), titulado “Relación de los nombres, apellidos y direcciones de los propietarios afectados por el proyecto”, que “Tratándose de una urbanización particular en la que resulta afectada una sola finca que pertenece sólo y exclusivamente a los promotores . . .”; y, por si fuera poco esta manifestación de parte, el fallo del Tribunal Provincial destaca el propio reconocimiento hecho por el transmitente de los terrenos señor L. Ternero, tanto en la instancia dirigida a aquél en solicitud de condonación de la multa que se le impuso como en la cursada a este Tribunal Central, según se deduce del Acuerdo de 4 de diciembre de 1969, antecedentes incorporados de oficio al expediente y que, como se afirma en el fallo de Primera Instancia, juntamente con las pruebas del expediente de gestión, evidencian la realidad de una transmisión consumada, frente a lo cual carecen de valor alguno las explicaciones intentadas por el reclamante en vía económico-administrativa, y reiterados ahora en el recurso que se resuelve; 2.º La comprobación de valores se ha efectuado, como se razona en el séptimo considerando del Acuerdo del expediente de denuncia, utilizando el medio ordinario que establece el artículo 117-1-6.º del Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Transmisiones de 6 de abril de 1967 y precisamente en función de la transmisión realizada que se cita específicamente de terrenos de la misma finca, y según precio declarado; de suerte que carece de fundamento lo alegado a este respecto por la sociedad recurrente, que ha podido, y no lo ha hecho, solicitar, incluso en vía económico-administrativa, la práctica de la tasación pericial

contradictoria, si no estaba conforme con el resultado obtenido; 3.º El recargo del 20 por 100 de la cuota que el artículo 72 del Texto Refundido impone a las transmisiones de inmuebles que se formalicen en documento privado es ineludible, al no haberse otorgado escritura pública; como asimismo es procedente la multa del 100 por 100, al haberse tenido que practicar la liquidación con los elementos que la Administración se ha procurado, por la negativa infundada del contribuyente a presentar el documento, de conformidad con lo previsto en el artículo 115-2 del Texto Refundido y artículo 228 del Reglamento de 15 de enero de 1959.»

COMPRAVENTA DE INMUEBLE CON PACTO DE RESERVA DE DOMINIO A FAVOR DEL VENDEDOR HASTA TANTO SE PAGUE EL PRECIO APLAZADO: NO IMPLICA CONDICION SUSPENSIVA POR LO QUE NO PROCEDE SUSPENDER LA PRACTICA DE LA LIQUIDACION DEL IMPUESTO A CARGO DEL COMPRADOR (Resolución de 23 de abril de 1975).

Hechos.—Se presentó en la Abogacía del Estado de Las Palmas un ejemplar de un documento privado en el que aparecían varios acuerdos, entre los cuales destaca la compraventa de unos terrenos por un total de pesetas 260.000.000, que se satisfará en la siguiente forma: cien millones en un plazo que terminaba en 1973, y el resto en un plazo que terminaría el 1 de enero de 1974, pactándose que la sociedad compradora realizaría las obras de urbanización de los terrenos y que la venta se hace con reserva de dominio, adquiriendo la compradora el dominio de los terrenos tan pronto como pague la totalidad del precio convenido; no obstante, la Sociedad compradora toma, en el mismo acto de la firma, posesión de los terrenos comprados.

La Abogacía del Estado giró la liquidación correspondiente, frente a la cual, la interesada interpuso primero recurso de reposición y después reclamación económico-administrativa, basándose sustancialmente en el carácter condicional suspensivo del pacto de reserva de dominio, y subsidiariamente en determinadas infracciones formales en la práctica de la liquidación, generadoras de indefensión.

El Tribunal Provincial desestimó la reclamación por interpretar que el pacto de reserva de dominio no implica condición suspensiva sino resolutoria, sin que tampoco pudieran aceptarse las infracciones formales que en la práctica de la liquidación se denunciaban, por haberse realizado correctamente la misma.

La sociedad interesada interpone recurso de alzada ante el Tribunal Central, insistiendo en sus alegaciones y argumentos.

Doctrina de la resolución.—El Tribunal Central desestima el recurso por lo siguiente:

«Considerando que el problema de fondo que la reclamación plantea, ya que la sociedad recurrente no impugna la procedencia en sí misma de la liquidación reclamada, pretendiendo únicamente su aplazamiento por estar afectada la compraventa gravada a un pacto de reserva de dominio, es el de determinar si tal pacto supone o no una condición suspensiva, con el con-

siguiente efecto de aplazar la liquidación, conforme a la normativa legal vigente para el tratamiento fiscal de tales condiciones.»

«Considerando que con arreglo al artículo 1.445 del Código Civil, el contrato de compraventa es de naturaleza consensual, perfeccionándose conforme al artículo 1.450, si el comprador y vendedor hubiesen convenido en la cosa objeto del contrato y en el precio, siendo obligatorio para ambos, aunque ni la una ni el otro se hubiesen entregado, preceptos que son consecuencia del supuesto de que parte el Código, de que los contratos no son por sí solos modos de adquirir la propiedad y que dan lugar con frecuencia al *pactum reservati dominii*, que no constituye condición suspensiva de su perfección por cuanto de él no depende el nacimiento de las obligaciones propias de la compraventa, obligación de entregar la cosa y obligación de entregar el precio, sino que afecta a la consumación del contrato y consiste en una estipulación expresa de las partes por virtud de la cual el dominio de la cosa no se transfiere al comprador mientras no se realice el pago total del precio, viniendo a constituir simplemente una garantía de pago, pero sin que por ello se desnaturalice el concepto jurídico de la compraventa, ni se prive a los contratantes, una vez perfecta aquélla por el libre consentimiento, del derecho a exigir recíprocamente el cumplimiento de las obligaciones esenciales del mismo.»

«Considerando que el examen del documento privado origen de la liquidación reclamada, demuestra que las partes celebraron un contrato válido de compraventa, puesto que en el mismo concurren los requisitos exigidos por los artículos 1.261 y 1.445 del Código Civil y que ese contrato quedó perfeccionado y fue obligatorio para ambas partes desde su celebración, toda vez que los contratantes convinieron en la cosa vendida y en el precio, cumpliendo así los requisitos del artículo 1.450 del mismo Código, el cual establece que la venta se perfeccionará entre comprador y vendedor y será obligatoria para ambas partes, aunque ni la una ni el otro se hubieren entregado.»

«Considerando que en la cláusula sexta del referido contrato no se establece una condición suspensiva de la que dependa la existencia legal del contrato, toda vez que las estipulaciones en ella contenidas, relativas a que el dominio de la finca sólo se entenderá transferido a la sociedad compradora el día que sea satisfecho el importe del precio y otorgada la correspondiente escritura, aparte de resultar contradicha por los términos del propio contrato que autoriza al comprador para efectuar en la finca actos de libre disposición, en definitiva, atribuyen a dicho pacto una simple garantía de pago del precio, pero dejando subsistente en toda su integridad desde el momento de su firma, la existencia del contrato, con todas sus condiciones legales, plenamente exigibles y, por tanto, sujeta al pago del impuesto, y que lleva consigo la confirmación de la liquidación recurrida con la consiguiente desestimación del recurso.»

**TRANSMISION DE TERRENOS CON DECLARACION DE DESTINARSE
A LA CONSTRUCCION DE VIVIENDAS DE PROTECCION OFICIAL:
LA COMPROBACION DE VALORES Y LA LIQUIDACION CAUCIONAL
PRACTICADAS AL CONCEDER LA EXENCION PROVISIONAL SON
FIRMES, POR LO QUE AL QUEDAR SIN EFECTO DICHA EXENCION**

ESOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE COMPROBACION Y LIQUIDACION CAUCIONAL SON VINCULANTES PARA LA ADMINISTRACION
(Resolución de 10 de abril de 1975).

Hechos.—Se presentó en la Delegación de Hacienda de Guadalajara una escritura pública de compraventa de una parcela de terreno expresándose por la sociedad compradora que sobre dicha finca se pretendían construir viviendas de protección oficial, solicitando las exenciones oportunas.

La Abogacía del Estado declaró la exención provisional, según hizo constar por nota al pie de la escritura, aparte de expresar que el comprador tenía la obligación de presentar, antes de tres años, la escritura en cuestión, acompañándola de la pertinente cédula de calificación provisional. Se giró también la correspondiente liquidación caucional sobre la base del valor declarado, a la que se le dio el número E-00537.

Posteriormente, la sociedad compradora enajenó parte de la finca adquirida, perdiendo así el beneficio fiscal que provisionalmente se le había concedido, razón por la cual, la Abogacía del Estado de Guadalajara acordó liquidar la compraventa, y a tal fin, sin tener en cuenta la base y los demás elementos tributarios fijados en la liquidación caucional extendida en su día, se aplicó el dictamen valorativo del Arquitecto de Hacienda, como aprecio referido a la fecha en que la transmisión, declarada inicialmente exenta de manera provisional, se produjo.

Notificada la cifra resultante de la comprobación de valores, la sociedad interpuso reclamación económico-administrativa, pues no cabía hacer una segunda comprobación de valores, invocando en apoyo de su tesis la circular número 1/67, de 2 de febrero, de la Dirección General de lo Contencioso del Estado, y el artículo 141 del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales.

El Tribunal Provincial desestimó el recurso porque el legislador establece para las liquidaciones provisionales una revisión de la totalidad de los elementos integrantes de aquéllas, por ser actos esencialmente provisorios.

Doctrina de la resolución.—Interpuesto recurso de alzada ante el Tribunal Central, éste estima el recurso, sentando idéntica doctrina a la ya mantenida anteriormente en Resoluciones, entre otras, de 17 de octubre de 1974 y 16 de enero y 20 de febrero de 1975, por lo que sólo interesa recoger lo que se dice en el penúltimo considerando, en que se resume la doctrina seguida:

«Considerando que a la vista de cuanto antecede expuesto, cabe sentar como definitivas las siguientes conclusiones: 1.º Las liquidaciones caucionales tienen carácter vinculante para la Administración, encontrándose suspensivamente condicionadas en sus efectos y aplicación a la cesación del beneficio fiscal generador de su práctica; 2.º Las facultades de las Oficinas liquidadoras al producirse el cese, extinción o caducidad de los beneficios fiscales provisionalmente otorgados quedan reducidas, en el supuesto de existencia de liquidación caucional, a requerir a los interesados para que dentro del plazo reglamentario procedan al ingreso de su importe en unión de los intereses de demora cuantitativamente determinados mediante la

correspondiente liquidación complementaria, o a proponer en su caso a la Administración jerárquica competente la revisión de la misma con arreglo a las formalidades legales.»

CONTRATO DE ASISTENCIA TECNICA POR CESION DE PATENTES Y LICENCIAS: SUJECION AL IMPUESTO DE TRANSMISIONES PATRIMONIALES POR EL CONCEPTO DE ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS Y NO POR EL DE CESION DE DERECHOS (Resolución de 24 de abril de 1975).

Hechos.—La Inspección Técnica levantó acta de constancia de hechos en el domicilio de la sociedad inspeccionada, haciendo constar que la misma tenía formalizado desde la fecha de su constitución, un contrato de asistencia técnica por cesión de patentes y licencias, por cuya cesión abonaba en concepto de cánones o *royalties* cantidades que oscilaban entre el 2,75 y el 3 por 100 del importe total de las rentas amparadas por tales patentes, habiendo declarado anualmente los cánones abonados hasta la fecha del acta a efectos de su liquidación por el Impuesto de Rentas de Capital. La Inspección entendió que el citado contrato podría estar sujeto al pago del Impuesto General de Transmisiones, por lo que requirió a la sociedad interesada su presentación en la Oficina Liquidadora correspondiente.

Instruido por la Abogacía del Estado el correspondiente expediente de investigación, se resolvió acordando la liquidación del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales por el número 2 de la Tarifa al 4 por 100 sobre una base de 9.029.689 pesetas y un total a ingresar de 380.129 pesetas.

La sociedad interpone reclamación económico-administrativa alegando que la calificación fiscal del contrato es la de arrendamiento de derechos o de servicios y no de cesión temporal de derechos, como había entendido la Abogacía del Estado.

El Tribunal Provincial de Burgos desestimó la reclamación, por lo que la sociedad interesada interpone recurso de alzada insistiendo en sus alegaciones.

Doctrina de la resolución.—El Tribunal Central estima el recurso, acordando la anulación de la liquidación practicada, para que en su lugar se gire otra por el concepto de arrendamientos, número 20 de la Tarifa, con distinto tipo de tributación, por lo siguiente:

«Considerando que como obligado antecedente para poder formular con claridad una conclusión sobre el extremo referente a la sujeción o no sujeción al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales del contrato motivador de la reclamación, es preciso concretar a efectos fiscales la naturaleza y alcance de los llamados contratos de asistencia técnica y en tal sentido el artículo 19 de la Ley de 23 de diciembre de 1961, define la asistencia técnica industrial como la cesión de Entidades Industriales de la utilización de patentes y procedimientos de fabricación, transformación y conservación de productos, así como la prestación de elementos o servicios que una empresa haga a otra por exigencias técnicas del proceso productivo de las empresas receptoras de tales prestaciones.»

«Considerando que no ofreciendo duda la calificación como de asistencia técnica del contrato generador de la reclamación, y a los efectos del trata-

miento fiscal que el mismo pueda merecer una vez admitida su sujeción al Impuesto de Rentas de Capital, resta únicamente por decidir entre el Impuesto General de Tráfico y el de Transmisiones Patrimoniales, dado su mutuo carácter excluyente, cuál sea de legal aplicación y en tal sentido y teniendo en cuenta, con arreglo a los términos de la Orden de 4 de abril de 1968, quedan sujetos al primero exclusivamente las prestaciones derivadas de los contratos de asistencia técnica que se formalicen por empresas de ingeniería y consultoras, ninguna de cuyas circunstancias concurre en el presente caso, llevan a la forzosa conclusión de decidir tal dualidad a favor del Impuesto General de Transmisiones Patrimoniales.»

«Considerando que admitida la anterior conclusión, queda como única cuestión a decidir la de precisar cuál sea la calificación jurídico-fiscal que a efectos de su liquidación corresponde al contrato debatido, y teniendo en cuenta que su objeto lo constituye la cesión por tiempo determinado de unas patentes de fabricación documentalente plasmadas o formalizadas juntamente con la prestación de servicios derivados de dicha cesión, llevados a cabo por entidad cesionaria de tales mediante la percepción de un precio cierto y determinado, aunque variable en su cuantía, es evidente que tal cesión temporal de bienes y servicios, puede ser y es de hecho objeto del contrato de arrendamiento a que hacen concreta referencia los artículos 1.542 y 1.543 del Código Civil, calificación y liquidación coincidente con el criterio mantenido por este Tribunal con relación a un contrato de asistencia técnica de análogo carácter al que es objeto del recurso, en su fallo de 7 de octubre de 1971 y cuya aceptación lleva consigo la estimación del recurso.»

PRESTAMO HIPOTECARIO A FAVOR DE COOPERATIVA PROTEGIDA, QUE ES LA PRESTATARIA: NO ESTA EXENTO DEL IMPUESTO DE TRANSMISIONES PATRIMONIALES, PUES SOLO ESTAN EXENTAS LAS ADQUISICIONES DE INMUEBLES POR COOPERATIVAS, NO LA DE MUEBLES, Y EL DINERO PRESTADO TIENE ESTE ULTIMO CARACTER (Resolución de 30 de abril de 1975).

Hechos.—Se presentó en la Oficina Liquidadora de Valmaseda una escritura de préstamo con garantía hipotecaria, otorgada por la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Bilbao en favor de la Cooperativa de Consumo La Cruz, por la que la primera otorgaba a la segunda un préstamo hasta el límite máximo de 6.000.000 de pesetas, con un interés anual del 6,5 por 100 sobre los saldos deudores, a amortizar en el plazo máximo de cinco años, en garantía de cuya devolución (más 800.000 pesetas de costas y gastos), se constituyó una hipoteca sobre determinadas fincas propiedad de la entidad prestataria.

La Oficina Liquidadora de Valmaseda giró liquidación por el concepto de préstamo a cargo de la Cooperativa de Consumo La Cruz, la cual interpuso reclamación económico-administrativa ante el Tribunal Provincial de Vizcaya, alegando que la Cooperativa prestataria estaba amparada por la exención prevista en el número 5.º del artículo 65 del Texto Refundido.

El Tribunal Provincial desestimó la reclamación porque el citado precepto, que coincide con el apartado a) del artículo 11 del Estatuto Fiscal de las Cooperativas de 9 de mayo de 1969 sólo es aplicable a las adquisiciones de bienes inmuebles o derechos, no a los actos de adquisición de dinero.

Doctrina de la resolución.—Interpuesto recurso de alzada, el Tribunal Central lo desestima, por lo siguiente:

«Considerando que en cumplimiento de lo ordenado en el párrafo 6.º del artículo 230 de la Ley de Reforma del Sistema Tributario de 11 de junio de 1964, se aprobó por Decreto de 9 de mayo de 1969, el Estatuto Fiscal de las Cooperativas que, en su artículo 4.º declara que las controversias sobre cuestiones de Derecho que puedan surgir entre la “Administración Fiscal” y las Cooperativas, se resolverán en la forma dispuesta en los artículos 160 a 171 de la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963, lo que equivale a atribuir el conocimiento de las reclamaciones tributarias y sobre exenciones tributarias, salvo los casos excepcionales reservados al Ministerio de Hacienda, a los Organos de la jurisdicción económico-administrativa; y como, por otra parte, dicho Estatuto, en la regla 4.ª de su artículo 15, deroga el Decreto de 9 de abril de 1954 y las Ordenes Ministeriales de 27 de enero de 1948 y 1 de junio de 1964, sus preceptos relativos a materias de competencia y de procedimiento deben estimarse de inmediata aplicación a cuantos expedientes se encuentren en curso y pendientes de dictar el acto administrativo que corresponda, según se desprende de la disposición 3.ª del artículo 15 antes citado y de la doctrina general sobre la eficacia y aplicación de las leyes de tal naturaleza (Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1923, 29 de diciembre de 1924, 25 de mayo de 1925 y 24 de mayo de 1949, entre otras).»

«Considerando que establecido lo anterior, es claro e incuestionable que la petición de recibimiento a prueba solicitada y denegada en la primera instancia en el presente caso y su reiteración en segunda instancia ante este Tribunal Central, es improcedente por no versar sobre puntos de hecho o cuestiones de esta índole discutidas, sino por tratarse de un dictamen a evacuar por la Junta Consultiva del Régimen Fiscal de las Cooperativas que, por las razones y fundamentos legales desarrollados anteriormente, no es pertinente ni necesaria ni vinculante, por escapar, desde el Decreto de 29 de mayo de 1969, de la competencia de dicha Junta las controversias y reclamaciones tributarias entre la Administración Fiscal y las Cooperativas.»

«Considerando que, en cuanto al fondo del problema que se debate en la presente reclamación y recurso, la cuestión se centra en determinar si la contratación de un préstamo con garantía hipotecaria de sus propios bienes, llevada a cabo por la Cooperativa de Consumo La Cruz, se encuentra exenta del pago del Impuesto sobre las Transmisiones Patrimoniales conforme lo prevenido en el apartado 5.º, número 1, del artículo 65 del Texto Refundido de dicho Impuesto de 6 de abril de 1967, ratificado por el artículo 11 del Estatuto Fiscal de las Cooperativas, aprobado por Decreto de 9 de mayo de 1969, o, por el contrario, se encuentra sujeto al pago de dicho impuesto en los términos de la liquidación motivadora de la reclamación.»

«Considerando que el artículo 65, número 1, apartado 5.º, del Texto Refundido citado establece que están exentos los actos y contratos mediante

los cuales las Cooperativas protegidas lleven a cabo adquisiciones de bienes inmuebles o derechos para sí o para sus asociados, siempre que tiendan directamente al cumplimiento de sus fines y recaiga sobre ellas la obligación de satisfacer dicho impuesto, lo que supone una redacción que presenta una relevante diferencia con la que venía establecida hasta el momento de la publicación de la citada Ley de Reforma del Sistema Tributario de 1964, en la legislación reguladora del Impuesto de Derechos Reales, puesto que la Ley y el Reglamento de este último tributo (arts. 3-*c* y 7.º, respectivamente), declaraban exentos los actos y contratos mediante los cuales las Cooperativas protegidas llevasen a cabo adquisiciones de bienes muebles, inmuebles o derechos, mientras que a partir de la Ley de 11 de junio de 1964, se silencian las adquisiciones de bienes muebles, reducción en el ámbito de la exención que no puede pasar inadvertida y cuya trascendencia subrayó la Dirección General de lo Contencioso del Estado en su circular número 2 de 1965.»

«Considerando que mediante el préstamo hipotecario a que el expediente se refiere, la Cooperativa de Consumo La Cruz—que es la obligada al pago del tributo—llevó a cabo la adquisición de la propiedad de la suma de dinero en el mismo estipulada, o sea, que adquirió un bien mueble, a tenor del artículo 335 del Código Civil (aplicable al caso, por mandato del art. 10 del Texto Refundido del Impuesto), no pudiendo, en cambio, entenderse que lo que la citada Cooperativa adquirió fue simplemente el derecho a percibir la expresada suma porque—aparte de otras obvias consideraciones—el contrato de préstamo es de naturaleza real y su perfección se opera por la entrega, y consiguiente transmisión del dominio, de la cantidad prestada (Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1927, 12 de febrero y 2 de junio de 1946, entre otras muchas) y de ahí que el artículo 1.753 del Código Civil preceptúa que el que recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible adquiere su propiedad y está obligado a devolver al acreedor otro tanto de la misma especie o calidad, debiendo entenderse por ello, a la luz de la doctrina y del precepto mencionado, que la transmisión de la propiedad de la cantidad prestada no es una mera consecuencia, sino un requisito esencial para la existencia del contrato.»

«Considerando que tratándose—como es visto—de un contrato mediante el cual la Cooperativa prestataria, o sea, la persona sobre la que recae la obligación de satisfacer el impuesto, adquiere única y exclusivamente la propiedad de un bien mueble, no puede venir amparada por la norma que consagra la exención, la cual no puede ser aplicada con criterios extensivos o analógicos a supuestos distintos de los que estrictamente comprende, dada la regla de interpretación que establece el artículo 24 de la Ley General Tributaria, no siendo necesario examinar, si posteriormente, y a cambio de la suma de dinero repetida aludida, adquirió, o pudo adquirir, la entidad prestataria, bienes inmuebles o derechos que tengan esa misma conceptualización, porque la norma legal que consagra la exención atiende—como ha quedado subrayado—exclusivamente al acto o contrato de cuya liquidación se trate y no a las posteriores adquisiciones que, mediante otros actos o contratos diferentes, que serían los que deberían declararse exentos, lleve a cabo la persona sobre quien recaiga la obligación de satisfacer el tributo.»

«Considerando que la doctrina exployada en la presente resolución, se ha reiterado varias veces por este Tribunal Central, destacando, entre otras, las Resoluciones de 14 de diciembre de 1972 y 26 de abril de 1973.»

IMPUESTO SOBRE BIENES DE LAS PERSONAS JURIDICAS: AUNQUE ES REGLAMENTARIA Y LA PRACTICA DE NOTIFICAR LA BASE COMPROBADA DEL EJERCICIO ANTERIOR Y DE GIRAR LA LIQUIDACION CORRESPONDIENTE SOBRE ESA BASE, NO CABE ACTUAR ASI CUANDO DICHAS BASE Y LIQUIDACION DEL EJERCICIO ANTERIOR ESTAN SUB JUDICE, POR LO QUE, DE MOMENTO, SOLO CABE GIRAR LIQUIDACION POR LOS VALORES DECLARADOS (Resolución de 7 de mayo de 1975).

Hechos.—La Oficina Liquidadora de Nieva, con fecha 10 de febrero de 1972, notificó al Alcalde de Martín Muñoz de las Posadas, la base fijada para el Impuesto sobre bienes de las Personas Jurídicas por el ejercicio de 1971, ascendente a 4.131.488 pesetas, y posteriormente, mediante comunicación de 26 del mismo mes, notificó al Ayuntamiento la liquidación por dicho impuesto por un total débito de 21.280 pesetas.

El Ayuntamiento reclamó en vía económico-administrativa ante el Tribunal Provincial de Segovia contra la expresada base, y posteriormente contra la liquidación, acumulándose oportunamente ambas reclamaciones.

El Tribunal Provincial de Segovia desestimó la reclamación, manteniendo la base y liquidación fijadas a la entidad por el ejercicio 1971, basándose en que no es exacto que no exista expediente de comprobación de valores, como alegaba el Ayuntamiento, puesto que para el ejercicio 1971 se ha fijado la misma base que en el ejercicio anterior, con carácter provisional, no aportándose el expediente por estar reclamado ante el Tribunal Central, en relación con reclamaciones del ejercicio anterior.

Doctrina de la resolución.—Interpuesto recurso de alzada, el Tribunal Central lo estima por lo siguiente:

«Considerando que si bien, según se afirma en el fallo impugnado, la base comprobada que se ha notificado a la Corporación reclamante es la misma del ejercicio anterior, práctica reglamentaria, seguida al amparo del artículo 288-3, conforme tiene reconocido este Tribunal, se requiere para ello que el resultado obtenido no esté *sub judice*, pues en otro caso habría de tenerse en cuenta lo previsto a este respecto en el artículo 89, en virtud del reenvío que efectúan los artículos 287 y 294, todos del mismo Reglamento, girando la liquidación por los valores declarados; ahora bien, deduciéndose claramente del propio fallo, al rebatir la alegación del Ayuntamiento de que no existe expediente, que el anterior, o sea, el utilizado para notificar la base y girar la liquidación, ha sido objeto de reclamación, la conclusión a que se llega es que deben anularse los dos actos administrativos ahora reclamados para que, en su lugar, la Oficina Liquidadora liquide el impuesto por lo que pueda entenderse como valor declarado, sin perjuicio de las rectificaciones que, en su día, procedan.»

IMPUESTO SOBRE BIENES DE LAS PERSONAS JURIDICAS: ES NULO EL EXPEDIENTE DE COMPROBACION DE VALORES CUANDO NO CONSTAN EN CASILLAS SEPARADAS, PARTIDA POR PARTIDA, LOS DISTINTOS BIENES DECLARADOS Y LOS DATOS RESPECTIVOS DE CADA UNO Y, SOBRE TODO, POR NO HABERSE UNIDO AL EXPEDIENTE CERTIFICACION ACREDITATIVA DE LOS APROVECHAMIENTOS FORESTALES Y LIQUIDO IMPONIBLE, UTILIZADOS COMO MEDIOS DE COMPROBACION (Resolución de 7 de mayo de 1975).

Hechos.—La Oficina Liquidadora de Santa María de Nieva notificó a la Comunidad de Villa y Tierra de Coca la base fijada para la exacción del Impuesto sobre Bienes de las Personas Jurídicas, ascendente a la cantidad de 195.419.750 pesetas. Contra dicha base la corporación interesada reclamó en vía económico-administrativa ante el Tribunal Provincial de Segovia, alegando, en síntesis, que el expediente no se había instruido en adecuada y reglamentaria forma; que no se evidencia cuál ha podido ser el medio de comprobación utilizado; que reputa excesiva la valoración; que faltan las certificaciones y demás documentos justificativos de los datos de influencia en la comprobación; que la Comunidad está exenta del Impuesto, de conformidad con lo establecido en el artículo 136, número 1.º, en relación con el artículo 46, número 1.º, apartado 9-a) de la Ley de Reforma Tributaria de 11 de junio de 1964, pidiendo que se anule el expediente por no ser conforme a Derecho.

El Tribunal Provincial de Segovia acordó desestimar la reclamación, basándose sustancialmente en que en los antecedentes unidos al expediente figuran las cantidades correspondientes a aprovechamientos forestales del quinquenio de 1966/1970, con la reglamentaria baja de la cantidad por el ejercicio de 1966 y el alta por el de 1971, que determina el quinquenio de 1967-71, datos todos ellos tomados de los elementos y antecedentes suministrados por el Distrito Forestal de Segovia, y, además, del rendimiento del quinquenio se ha efectuado una baja del 15 por 100.

Doctrina de la resolución.—Interpuesto recurso de alzada, el Tribunal Central lo estima en parte, anulando la comprobación efectuada para que se practique reglamentariamente y se incorporen al Expediente las certificaciones acreditativas de los aprovechamientos forestales y líquido imponible que se utilicen, en su caso, como medios de comprobación. Todo ello por lo siguiente:

«Considerando que ha de examinarse, ante todo, como cuestión previa, planteada expresamente en el recurso, y que según se resuelva, hará inútil el estudio de los restantes, la de la forma en que se ha instruido el expediente de comprobación de valores, y, si bien consta suficientemente o, se deduce, al menos sin esfuerzo, cuál es el medio de comprobación empleado—capitalización del promedio quinquenal de los aprovechamientos forestales, con excepción de un caso en que se ha utilizado el mayor valor que arroja la capitalización del líquido imponible—ni el expediente se ha instruido en realidad, como exige el artículo 84 del Reglamento de 15 de enero de 1959, todavía vigente en esta materia, haciendo constar en él, en casillas separadas, en los bienes declarados, partida por partida, a fin de que pueda apreciarse sin dificultad si confrontan con el capital consignado

en el libro-registro de liquidaciones, el valor declarado, el líquido imponible o, en general, el dato base de comprobación, el valor comprobado y aumentos obtenidos, etc., ni, lo que es más grave, se han unido al mismo todas las certificaciones acreditativas de los medios de comprobación empleados; y, en efecto, respecto a los aprovechamientos por subasta realizados durante el año forestal 1970-1971 en determinados montes, tan sólo figura en las actuaciones una llamada relación, en dos hojas de papel sin membrete alguno, y sin firma, con un sello la segunda—la primera carece de todo signo—, bien que exista un oficio de la Jefatura del Distrito Forestal, alusivo a la remisión de dicha relación, de los aprovechamientos de montes durante el año forestal 1965-1966, aparte de un Oficio de la misma Jefatura referente al Monte 104, se ha aportado una relación de dos hojas, con membrete del Distrito Forestal, sin sello ni firma alguna; y de los restantes años—con la excepción del forestal 1969-1970 en el que hay una certificación del Ingeniero-Jefe, firmada y sellada—no se encuentran las correspondientes certificaciones, como tampoco está unida la acreditativa del líquido imponible utilizado.»

«Considerando que, en efecto, como se afirma en la Resolución de este Tribunal de 14 de mayo de 1970, según dispone el artículo 84 del Reglamento de 15 de enero de 1959, en los expedientes de comprobación de valores deben figurar todas las certificaciones y documentos acreditativos de los medios previstos en el artículo 80, en él utilizados, y muy concretamente los relativos a los precios medios de venta asignados en el Índice al término municipal en que radiquen los bienes, y al importe de los aprovechamientos forestales en el quinquenio cuyo promedio de venta se utilizó, conforme al número 9 de dicho artículo 80 en relación con el 87-5 para su capitalización al 4 por 100, siendo motivo la ausencia de tales documentos, según criterio constante de este Tribunal Central, revelado, entre otras, en Resoluciones de 14 de julio de 1953, 5 de abril de 1967 y 22 de febrero de 1968, para decretar la nulidad de las actuaciones del expediente de gestión, por la posible indefensión del contribuyente e imposibilidad para los órganos jurisdiccionales de ejercer las facultades revisoras que les concede el artículo 46 del vigente Reglamento Procesal.»

«Considerando que, como consecuencia de lo expuesto, es obligado anular la comprobación de valores así efectuada para que el expediente se instruya reglamentariamente, cuidando de unir a él las certificaciones acreditativas, expedidas en forma, de los aprovechamientos forestales y del líquido imponible utilizados, y notificando su resultado oportunamente, con las advertencias obligadas no sólo sobre el recurso procedente, sino también sobre la posibilidad de pedir la tasación pericial en caso de disconformidad.»

J. M. G. G.

LIBROS

ARANA GONDRA, FRANCISCO JAVIER: *La censura de cuentas en las sociedades anónimas (régimen jurídico y fundamentos de su reforma)*. Prólogo de MAGÍN PONT MESTRES. Ediciones I.C.E. Madrid, 1976. Un tomo de 380 págs.

El presente trabajo de ARANA ha sido galardonado con el V Premio Antonio Rodríguez Sastre, del Instituto de Censores Jurados de Cuentas de España, correspondiente al año 1975, y constituye una valiosa aportación al tema de la censura de cuentas o auditoría contable en nuestro Derecho no sólo por la valoración de la normativa vigente, sino, además, por las perspectivas que abre *de lege ferenda*.

En cuanto a su estructura, la monografía ofrece tres partes, destinadas a: una introducción general, la censura de cuentas en la Ley de Sociedades Anónimas y unas reflexiones *de lege ferenda* en la materia. Lleva un apartado destinado a las conclusiones, así como un índice de bibliografía bastante completo. La obra se inicia con un interesante prólogo y unas líneas de agradecimiento del autor.

1) Introducción y parte general.

Se abre esta primera parte con unas ideas generales sobre el control de la sociedad anónima, recogidas en un capítulo I, en que expone el autor unas consideraciones previas sobre el control, señalando los intereses que con el mismo se tratan de proteger o de tutelar (accionistas, créditos concedidos por terceros en favor de las sociedades anónimas, la propia sociedad, los trabajadores, el Estado y la economía nacional), cuya variedad ha ocasionado que la teoría contractual pura ceda ante la teoría institucional, y las clases de control, limitada a la distinción entre el control de la gestión o control de la «oportunidad» de los actos de gestión y la censura de cuentas o control de la exactitud y veracidad de las anotaciones contables, pasando luego al examen del sentido y alcance del control en la doctrina del *management*.

En el capítulo II, el autor traza las líneas fundamentales de la evolución histórica centrada en el control y la transformación de la estructura de los órganos sociales, los antecedentes en el Derecho comparado (Derechos alemán, francés, italiano e inglés) y los precedentes en el Derecho español.

2) La censura de cuentas en la Ley de Sociedades Anónimas.

Dentro de la segunda parte, el capítulo III se destina a consideraciones preliminares sobre el control en la Ley de Sociedades Anónimas, y se es-

tudian las orientaciones seguidas en el proceso de gestación de la Ley y las líneas generales del sistema consignado en el texto definitivo, en el que el derecho de información de los accionistas es el fundamento de las actuaciones fiscalizadoras de los censores, ya que a los primeros se les priva del ejercicio directo del derecho de investigación contable. Como datos básicos del criterio recogido por el legislador en materia de órganos de vigilancia y fiscalización, destaca ARANA que: no se instaura un órgano permanente de vigilancia, sino unos accionistas censores de cuentas con una competencia realmente confusa e híbrida; la intervención del censor jurado se establece solamente para el supuesto de que el voto de los socios en la designación de los accionistas censores no sea unánime; ámbito excesivamente restringido en cuanto a la consideración de los intereses que deben ser defendidos o protegidos por la censura, y, concluye, que «el contenido realmente limitado de la normativa legal, unido a la ambigüedad y al carácter híbrido de alguna de sus disposiciones, plantean al jurista numerosos y complejos interrogantes».

En el capítulo IV pasa el autor a estudiar el control ejercido por los accionistas censores de cuentas. Señala la insuficiencia de la determinación legal respecto a los requisitos exigidos para ser nombrado accionista-censor. Desarrolla luego ampliamente las funciones de los accionistas censores de cuentas en orden al control de la contabilidad, y respecto de la problemática relativa al control de la gestión presenta las soluciones del Derecho comparado según los diversos sistemas de organización estructural de las sociedades anónimas, examinando a continuación si dicho control de la gestión puede considerarse en Derecho español función de los accionistas-censores, cuestión a la que da ARANA una respuesta afirmativa basándose en la diversa formulación que la Ley da a las atribuciones de las dos especies de censores que establece y en una correcta hermenéutica de lo establecido en los artículos 50, 102, 108 y 110 de la Ley de Sociedades Anónimas, de forma que corresponde a estos censores-accionistas dicho control de la gestión en su doble vertiente de control de la legalidad y comprobación de la oportunidad, si bien no existen en la Ley de Sociedades Anónimas garantías suficientes de la eficacia de dicho control de la gestión; lo que está absolutamente fuera de la competencia de estos censores en Derecho español es el ejercicio de actos de gestión, tanto con carácter directo como con carácter subsidiario o excepcional.

En cuanto a los resultados del control, o sea, a los informes, se estudian las orientaciones del Derecho comparado, referidas, como en otros lugares de la obra, a los Derechos alemán, francés, italiano e inglés, y los criterios seguidos en el Derecho español y se destaca que el Tribunal Supremo para el supuesto de que los administradores incumplan la obligación de poner a disposición de los socios el informe de los accionistas censores, en la forma establecida en el artículo 110 de la Ley de Sociedades Anónimas, ha considerado nulo el acuerdo que hubiese sido adoptado en la Junta con la falta de dicho requisito (Sentencias de 28-4-1960, 19-12-1961 y 3-5-1965). Al examinar la naturaleza jurídica de la relación que une a los accionistas censores con la sociedad sometida a control, ARANA GONDRA acepta la doctrina de su caracterización como órgano social, necesario, no colegiado, que tiene encomendadas funciones internas y permanente. En la cuestión relativa a la revocación sobre la que la Ley de Sociedades Anónimas guarda silencio, no arrojando directamente la luz necesaria para la resolución

idónea de su problemática jurídica, el autor, *de lege data*, considera que pueden ser libremente revocados los accionistas censores por la Junta general, pero, *de lege ferenda*, «teniendo en cuenta que los intereses que se deben defender con la censura de cuentas trascienden de los referidos simplemente a la Junta general, se debiera conceder a los censores unas ciertas garantías de continuidad en el desempeño de sus cargos, exigiéndose explícitamente que, para lograr su revocación, fuera necesaria la concurrencia de justas y suficientes causas, debidamente apreciadas y ponderadas por la autoridad judicial».

Por último, el capítulo IV estudia las «responsabilidades» civil—en la que, ante la falta de normas concretas en la Ley de Sociedades Anónimas, la doctrina inicialmente se inclina en favor de la aplicación analógica de las que regulan la responsabilidad de los administradores, y respecto de la que se examina con detenimiento el régimen de ejercicio de la acción de responsabilidad—y penal—en la que habrá de estarse al Código Penal y sus disposiciones complementarias—.

El capítulo V está dedicado al examen del control contable ejercido por profesionales independientes, que se inicia con un juicio general de ARANA sobre la carencia de previsión legal de una auténtica censura de cuentas confiada a profesionales independientes y su contraste con las soluciones del Derecho comparado, y unas consideraciones acerca de las garantías que proporciona la intervención de un técnico profesional ajeno a la sociedad controlada, centradas en la independencia de su actuación, la preparación técnico-contable y las garantías derivadas del sometimiento a la disciplina de una organización profesional.

En la consideración concreta del régimen de actuación del censor jurado de cuentas se examina en primer lugar por el autor la cuestión de los titulares del derecho a nombrar al censor jurado en el Derecho comparado y en la Ley de Sociedades Anónimas, y se destaca cómo los criterios seguidos por esta última difieren esencialmente de los establecidos por aquí; pasa luego a las funciones de control, exponiendo la regulación del control contable como única misión, en términos generales, de los censores de cuentas en los Derechos alemán, francés e inglés, y la de la verificación de la contabilidad como función esencial, pero no exclusiva, del *collegio sindacale italiano*, así como la de la Ley de Sociedades Anónimas, conforme a cuyo artículo 108 las funciones atribuidas a los censores jurados de cuentas se refieren y se circunscriben, exclusivamente, a las revisiones contables, y si bien en el supuesto de investigación extraordinaria a que se refiere el artículo 109 puede plantearse el problema de la determinación de la amplitud de las funciones asignadas, para ARANA su inserción dentro de todo el contexto de la censura de cuentas regulada por la Ley permite mantener una coordinación de criterios y deducir que en esta investigación extraordinaria no se podría penetrar en el control de la gestión social.

El autor traza las líneas fundamentales del resultado de la actuación, los informes, deteniéndose en los temas de la amplitud de su contenido y de los destinatarios del informe, extremo este último en el que en relación al problema de si el destinatario final debe ser la Junta general, crítica la solución dada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 3-4-1962, estimando que «si la Junta tiene competencia para exigir la ampliación del infor-

me del censor jurado, parece lógico y congruente que dicho órgano tenga también el derecho de conocer el citado informe ordenado por ella.

Concluye el capítulo con el examen del régimen de responsabilidad del censor jurado, deteniéndose ARANA en la responsabilidad disciplinaria, de la que quedan al margen los accionistas censores.

3) Reflexiones de *lege ferenda* en torno a la censura de cuentas.

El capítulo VI, único que compone esta tercera parte de la obra, lleva el expresivo título de «El reto de los tiempos actuales y las nuevas ideas reformadoras».

Se inicia con un apartado I destinado al estudio de la dinámica evolutiva de la sociedad anónima y de la información y el control en particular, en el que recoge el interesante planteamiento conceptual del problemático substrato inmutable y el movimiento reformador de la sociedad anónima o, en otros términos, de la sociedad anónima como «especie de *perpetuum mobile*» cimentada en un «criterio permanente de justificación», —como dicen, respectivamente, GARRIGUES y POLO—, haciendo el autor una apretada síntesis histórica, legislativa y doctrinal. ARANA analiza luego la evolución de la concepción tradicional a la nueva orientación de la censura de cuentas como elemento integrante básico del deber de informar al público en general, ya que el deber de información presupone la existencia de los pertinentes instrumentos jurídicos que aseguren la veracidad de las informaciones, y se observa modernamente una tendencia generalizada a institucionar aquellos dispositivos que aseguren una información veraz de las sociedades anónimas, entre cuyos dispositivos o instrumentos la censura de cuentas es indispensable.

Dedica luego ARANA su atención en un apartado II al reflejo de las nuevas tendencias sobre control social en el movimiento europeo de reforma en materia de sociedades anónimas, en el que hace unas apreciaciones en torno a las corrientes reformadoras de los Derechos nacionales internos referidos a la AktG alemana de 1965, la Ley francesa de 24-7-1966 y la Companies Act inglesa de 1948, en las que la censura de cuentas es elemento esencial de la regulación del deber de la sociedad de informar al público, censura que efectúan expertos contables independientes, sometidos tan sólo a la disciplina de una organización profesional; analiza el autor, asimismo, la especial significación y vicisitudes de los intentos renovadores en Italia, desde el trabajo elaborado por una Comisión presidida por SANTORO-PASSELLI en 1961 hasta la reforma parcial del control de las sociedades por acciones que ha obtenido consagración legislativa en el Decreto-ley de 8-4-1974 y la Ley de 7-6-1974, que parecen iniciar una tendencia de aproximación a la línea seguida en las otras tres legislaciones antes citadas.

En relación con las líneas generales futuras del control, de acuerdo con las orientaciones de la Comunidad Económica Europea y el proyecto de Estatuto de la sociedad anónima europea, estudia el autor, respecto de las primeras, las perspectivas de armonización legislativa sobre el control a través de las cinco «directrices» o «directivas» comunitarias propuestas de 1968 a 1972, particularmente de las que se derivan de la quinta directriz, que, como se sabe, regula la estructura de las sociedades anónimas y los poderes y obligaciones de sus órganos sociales, desarrollando, entre otras cuestiones, la materia relativa al control en sus dos vertientes de control de gestión y censura de cuentas; respecto de la censura de cuentas se parte

del principio de que el control contable es realmente necesario y debe ser llevado a efecto por personas diversas de los miembros del órgano de vigilancia y, por supuesto, del de dirección. En cuanto al espíritu supranacional del proyecto de Estatuto de la sociedad anónima europea, destaca ARANA que suponen «una notable excepción al principio general de la aplicabilidad de cada una de las legislaciones nacionales internas, constituyendo un claro exponente del espíritu unificador de las sociedades anónimas y de su proyección internacional; en materia de control se sigue la orientación procedente del Derecho alemán que separa los órganos del control de la gestión y de la censura de cuentas, y en este segundo aspecto se mantiene el criterio de exigir que sea realizado por profesionales independientes. En fin, el autor hace unas reflexiones sobre la tendencia exteriorizada por las referidas corrientes europeas y su incidencia sobre la reforma de la censura de cuentas de la sociedad anónima en el Derecho español; considera que constituye un punto de convergencia de las diversas corrientes reformadoras el reconocimiento de que el derecho del accionista a la información quede subordinado y sustituido por la obligación de informar al público de la sociedad anónima, información que: 1) ha de ser suficientemente amplia y detallada para dar una visión adecuada de la marcha de los asuntos sociales; 2) ha de disponer de las necesarias garantías de veracidad y exactitud, y 3) debe ser proporcionada en condiciones de llegar a conocimiento de todos los que se hallen interesados en la marcha de la sociedad, y estima «plenamente justificada la conveniencia de que la actividad jurídica supranacional y la de nuestros legisladores se dirijan hacia un conocimiento cada vez más íntimo y hacia una colaboración más recíproca y eficaz».

El apartado III se destina por el autor a la evolución actual del control contable en el Derecho español, señalando la necesidad de dar una respuesta jurídica válida a los nuevos postulados económicos y sociales. Se inicia con un resumen de la postura de la doctrina en relación al sistema seguido por la Ley de Sociedades Anónimas, postura que en términos generales es partidaria de la modificación de la Ley, particularmente en la materia relativa a la censura de cuentas, materia en la que, además, la actual Ley de Sociedades Anónimas tiene el inconveniente de establecer una ordenación uniforme para cualquier tamaño de sociedad; con el criterio legal vigente no se consigue tutelar siquiera los intereses de los propios socios. Se estudia, a continuación, la línea renovadora de la legislación posterior a la Ley de 17-7-1951 como iniciación del proceso reformador, referida a aquellas sociedades que, por la necesidad de disponer de elevados recursos financieros o por la índole de sus objetos sociales, hacen frecuente y amplio uso del ahorro público, y que se centra en: A) la orientación protectora del ahorro público en las sociedades cuyos títulos se cotizan en la bolsa de valores, conforme al artículo 21 del Decreto-ley de 30 de abril de 1964 y Reglamento de las Bolsas de Comercio promulgado por Decreto de 30-6-1967, así como en el Reglamento de los Bolsines de Comercio, publicado mediante Decreto de 6-6-1969, en cuyas disposiciones se establece la obligación a cargo de las sociedades afectadas de facilitar al órgano competente la memoria, balance, cuenta de pérdidas y ganancias y la aplicación de resultados, certificados por técnico titulado, miembro del Instituto de Censores Jurados de Cuentas, así como cuanta información se considere oportuna, si bien no se establece claramente la publicidad de dichos documentos y datos, con lo que, aparte de la oscu-

ridad en los textos legales sobre el significado exacto que debe darse a la antes mencionada certificación, se establece, a juicio de ARANA, una regulación todavía «demasiado modesta», que no guarda relación con los tiempos que corren; B) los deberes informativos y de censura de cuentas, impuestos a las sociedades de inversión mobiliaria y a los fondos, según el artículo 4.º del Decreto-ley de 30-4-1964, Orden de 5-6-1964 y Orden de 20-9-1974, para las primeras, y el propio Decreto-ley y Orden de 1-12-1970, modificada parcialmente por otra de 22-12-1971, para las segundas, que ofrecen como notas destacadas la ampliación de la información de carácter contable, puesto que se exige el acompañamiento de determinados estados complementarios y se deja abierta la posibilidad de aumentar la frecuencia de su presentación, y el carácter de mayor extensión y difusión de los datos informativos, y C) la modificación de los artículos 41 y 42 del Código de Comercio y el punto de partida de la reforma de la censura de cuentas que supone dicha modificación, pese a la falta del oportuno desarrollo reglamentario, que impide dar respuesta a una serie de problemas fundamentales.

Unas reflexiones finales cierran el capítulo y el apartado. Destaca en ella ARANA que «la reforma ha de sustentarse, entre otros pilares básicos, en el convencimiento propio de la necesidad del control contable de las sociedades anónimas y en su plena justificación», pero «en los momentos presentes la reforma de nuestra Ley de Sociedades Anónimas no puede limitarse a ese simple objetivo» de protección a la masa heterogénea y despersonalizada de los socios, «sino que debe alcanzar a la mejor defensa de todos los intereses legítimos que confluyen en las referidas sociedades o se relacionan con ellas». «Ahora bien, considerando que la censura de cuentas es el medio adecuado para garantizar la fidelidad de la información económica, se deduce que la futura reforma de las sociedades anónimas no puede prescindir de esta base». También que «el régimen de censura de cuentas obligatorio, como factor previo de la veracidad de la información, debe alcanzar, desde luego, a todas las sociedades anónimas». Otro punto esencial es «el relativo a la necesidad de que, en todo caso, la censura de la sociedad anónima se realice por parte de profesionales de la verificación de cuentas que sean independientes»; en cambio, «el control de mérito o de oportunidad constituye una materia que debe quedar al margen de su competencia».

La obra termina con unas «Conclusiones» en las que ARANA GONDRA ofrece, de una manera sintética, las ideas expresadas a lo largo de la monografía en orden a la conveniencia de que, partiendo del contenido actual de la Ley de Sociedades Anónimas en materia de censura de cuentas, se modifiquen los criterios rectores, adaptando el ordenamiento español a las orientaciones del Derecho comparado, a los actuales movimientos reformadores surgidos en Europa y a las modernas corrientes doctrinales de nuestros mercantilistas.

JUAN FERNÁNDEZ GUERRERO

BELTRÁN VILLALVA, MIGUEL: *La élite burocrática española*. 280 págs. en un volumen. Fundación Juan March y Editorial Ariel. Madrid, 1977.

Como breve presentación del autor de esta monografía, permítasenos anotar su Licenciatura (Universidad de Granada) y Doctorado (Universidad Autónoma de Madrid) en Derecho; su condición de Master of Arts en Sociología (Universidad de Yale) y pertenencia al Departamento de Sociología y Ciencia Política de la Universidad Autónoma de Madrid. Es Técnico de Administración Civil, y de sus variados servicios y experiencias en la Administración Pública española señalaremos que durante el año 1974 fue Secretario general del Instituto de la Opinión Pública.

Los pocos abundantes estudios sobre el tema nos llevan a destacar el presente y traerlo a las páginas de esta REVISTA. En la Introducción de la obra señala el autor que una encuesta—a la que luego nos referiremos abundantemente—realizada entre los altos funcionarios españoles en 1967, dirigida por un grupo de sociólogos y expertos en la Administración Pública, financiada por la Escuela Nacional de Administración Pública y cuya realización material corrió a cargo de DATA, S. A., ha quedado prácticamente sin explorar—salvo en ocasión de una mesa redonda organizada en el verano de 1967 por el Centro de Estudios Sociales—, pese a la enorme riqueza de material acumulado y a la circunstancia de que en el mundo no se había realizado, por aquellas fechas, una encuesta tan cuidadosa y completa a una muestra tan importante de una élite burocrática; tomando como base la citada encuesta, el autor recoge un conjunto de comentarios a diversos datos y extremos a que pasamos a referirnos.

El contenido de la obra aparece distribuido en siete capítulos, seguidos del cuestionario utilizado en la encuesta de 1967, y termina con una Bibliografía en la que se hace referencia a los más importantes estudios en la materia tanto españoles como extranjeros.

A) *Consideraciones generales sobre el estudio de la élite burocrática*. Se destina a ellas el capítulo 1, que se inicia con una referencia a los trabajos de KINGSLEY, LLOYD WARNER, BOTTOMORE, VAN RIPER, LONG y KELSALL. Indica el autor que en los estudios de este tipo se intenta la descripción y, eventualmente, la explicación de las características de las *élites* como grupo social, si bien este estudio ha de enmarcarse histórica e institucionalmente, y habida cuenta del limitado conjunto de conocimiento que sobre las *élites* se tiene actualmente, lo más pertinente es limitarse al análisis de las características de los funcionarios considerados como un grupo social y profesional con una relevante posición en el proceso político y administrativo, posición que implica rechazar la teoría de la «neutralidad» burocrática, elaborada con una óptica jurídico-formal.

El estudio de la *élite* burocrática no se agota con la problemática de las relaciones entre Administración Pública y Sociedad, imprescindible para entender y explicar los procesos políticos, sino que existe otra temática que relaciona el punto de vista de la sociología de la organización con las preocupaciones de los estudiosos de la Administración en sí misma considerada, como tal organización. La distinción de las dos perspectivas es el resultado de diferentes tradiciones intelectuales y, sobre todo, de la existencia de diferentes áreas de especialización académica, bien que des-

de el punto de vista de la propia realidad, la distinción no resulta suficientemente justificada. BELTRÁN expresa que su estudio se inspira en el deseo de atender ambos aspectos del fenómeno burocrático.

Termina el capítulo con una referencia a la investigación sobre la *élite* burocrática española, en la que se reseñan diversos trabajos publicados desde 1958, incluyéndose un apéndice con los más importantes trabajos sobre el tema de las *élites* burocráticas publicados en diferentes países.

B) *La élite burocrática en la Administración española.*—El capítulo 2 se centra ya en el examen de la *élite* objeto de consideración en la monografía. Inician el capítulo unas consideraciones sobre el proceso de formación de la burocracia española, sobre todo en la fase más próxima a la actualidad, en concreto desde la mitad del siglo XIX hasta las fechas en las que se elabora el estudio. En síntesis, para BELTRÁN, la *élite* burocrática española se presenta como un conjunto de grupos—los cuerpos de funcionarios—, altamente diferenciados entre sí en un plano formal, con una tradición de singularidad consagrada incluso por las normas vigentes, estratificada en función de puros criterios históricos y con un predominio de pautas particularistas.

C) *Los funcionarios de élite.*—En el capítulo 3 contiene una referencia a los criterios recogidos en la referida encuesta de 1967 para definir operativamente a la *élite* burocrática, en la que se ha partido del concepto de «cuerpos superiores» elaborado por GUTIÉRREZ RENÓN, quien incluía en él a todos aquellos cuerpos en los que actualmente se exige para el ingreso en ellos la titulación de Escuela Técnica Superior o la universitaria; la segunda característica utilizada en la definición es considerar integrantes de la *élite*, del total de funcionarios pertenecientes a dichos cuerpos, a sólo aquellos que están destinados en Madrid. El número de funcionarios pertenecientes a los mencionados cuerpos se computaba al diseñarse el estudio en unos 23.000, partiendo para dicha cifra de los escalafones cerrados a 31 de diciembre de 1963 y publicados con posterioridad, agrupados en 75 cuerpos; de ellos, 5.090 estaban destinados en Madrid (esto es, el universo del estudio comprende el 22 por 100 del total de funcionarios a los que se les exige titulación superior), y la muestra, aleatoria y por cuerpos, se fijó en 855 entrevistas, consiguiéndose 843 respuestas y terminándose el trabajo de campo en junio de 1967.

Utilizando los datos obtenidos en la encuesta, se señalan una serie de características muestrales referidas a sexo, edad, origen regional, origen social, estudios realizados y dependencia administrativa, muy interesantes, pero necesitados de una amplia consideración, para la que en este lugar, como respecto de otros datos, no hay, lógicamente, espacio.

D) *Los cuerpos de funcionarios.*—Se estudian con detalle en el capítulo 4. Al describir en un primer apartado el autor el sistema de «cuerpos», señala que el «cuerpo» es el elemento estructural básico del aparato estatal, mucho más que lo es, por ejemplo, en Francia o en Italia, pues los cuerpos españoles son mucho más estancos en su relación mutua, y desempeñan un papel más relevante en el funcionamiento de la Administración. Se examinan luego los temas del ingreso en los cuerpos, el autogobierno corporativo y la satisfacción o insatisfacción corporativa.

El capítulo concluye con una referencia al «espíritu de cuerpo», en la que se destaca que los funcionarios españoles no se sienten primero funcionarios y luego miembros de un cuerpo, sino al revés.

Para BELTRÁN, esta importancia del *ius singulare* se deriva de que la Administración española no ha sido «pensada», sino que es el resultado de un proceso histórico en el que la solidaridad no ha sido una característica del conjunto, sino de cada uno de sus fragmentos, y en el que la diferenciación ha producido un sistema altamente estratificado de grupos compitiendo entre sí.

Sin embargo, las respuestas a la encuesta revelan el hecho de que se da en la Administración española un grado muy alto de aceptación, si no del *statu quo*, sí, al menos, de las reglas de juego, hasta el punto de que para muchos funcionarios parece difícilmente concebible un aparato burocrático que no esté montado sobre el sistema de cuerpos.

E) *La mentalidad jurídico-administrativa*.—Se destina a su análisis el capítulo 5. Recuerda BELTRÁN en la introducción correspondiente las sensibles diferencias entre la tradición administrativa continental enraizada en el Derecho romano, la ideología codificadora racionalista y el sistema napoleónico, y la anglosajona, que ha producido un tipo de Administración mucho más pragmático y basado en la confianza y la negociación.

La primera de dichas tradiciones produce una mentalidad, un tipo de actitud en el funcionario, que se pretende rastrear en la varias veces mencionada encuesta a través de una serie de preguntas, centradas en torno a unos rasgos básicos, que se pueden sintetizar en lo siguiente: 1) si la acción de administrar es una cuestión de Derecho y de aplicación del Derecho; 2) papel que debe desempeñar el Derecho en la formación del funcionario; 3) opinión sobre el valor del precedente como regla de resolución, y 4) frecuencia en el manejo del *Boletín Oficial del Estado* y del Aranzadi de Legislación.

En el resumen y conclusiones del capítulo, destaca BELTRÁN que los datos ponen de manifiesto que la imagen general que la *élite* da de sí misma resulta jurídicista y conservadora, y, a su juicio, el factor que influye más en las actitudes de los funcionarios hacia el Derecho es la estructura misma del sistema de cuerpos, que está sesgada hacia el predominio de las actividades profesionales, que consisten en la aplicación de una norma; sin embargo, no le parece que el Derecho sea el exclusivo factor de rigidez de las estructuras burocráticas o, al menos, los datos disponibles no permiten afirmar que lo sea para la *élite* burocrática española, por lo que puede afirmarse que el exceso de juridicismo no es la condición necesaria y suficiente de la rutinización y el anquilosamiento administrativo, sino sólo uno de los factores que favorecen tal situación.

F) *La Administración vista por la élite burocrática*.—En este capítulo 6, el objeto considerado sigue siendo la *élite*, pero examinada en una de sus expresiones más relevantes: la imagen que tiene de la propia Administración en la que trabaja.

Como cuestión previa, se estudian las respuestas sobre la motivación para el ingreso en la Administración. Luego, las relativas al grado de satisfacción o insatisfacción personal que los entrevistados expresan acerca del trabajo que realizan, observándose en el conjunto de entrevistas un grado de satisfacción más alto que el común para otros grupos sociales. Se considera después la cuestión relativa al número de funcionarios, destacándose el doble *standard* que supone que la mitad de la *élite* burocráti-

ca piensa que faltan funcionarios en su cuerpo y sobran en los de los demás.

En el tema de las actitudes de la *élite* burocrática ante la reforma administrativa, recoge BELTRÁN unas conclusiones tomadas de LINZ y DE MIGUEL, según los cuales la aceptación de la reforma entre los funcionarios, como idea más o menos vaga, coexiste con cierta crítica puesta en práctica y con la percepción de un limitado interés sobre el tema en instancias superiores. Los resultados de la encuesta revelan que la *élite* tenía, en el momento de llevarse a cabo la reforma, una idea bastante poco precisa de en qué consiste una reforma administrativa y de sus objetivos y métodos.

Al final del capítulo se examinan los mecanismos a través de los cuales se lleva a cabo la provisión de puestos de trabajo, el *cursus* profesional que constituye la carrera de un funcionario e incluso la frontera que separa los puestos políticos de los que deben ser cubiertos por funcionarios. Señala el autor que en nuestro país, como en la mayoría, no hay una carrera administrativa que permita partir de los estratos más bajos de la Administración para llegar a los más altos, sino que hay varias carreras estancos entre sí, delimitadas por los distintos niveles de titulación exigidos para el ingreso en los cuerpos.

Con la Ley de Funcionarios de 1964 se abandona el sistema de rigurosa antigüedad, y con él un sistema que operaba con absoluto automatismo, pasándose al predominio de la libre designación para la provisión de puestos de trabajo que impliquen el ejercicio de jefatura, lo que lleva a destruir el concepto de carrera administrativa, pues introduce una gran dosis de inseguridad en las perspectivas profesionales del funcionario, erosionando a la vez la utilización que la Administración pueda hacer de la experiencia acumulada por sus servidores. En la actualidad pueden señalarse unos cuerpos con carrera jerárquica formal y otros sin ella; para cuerpos superiores pequeños no existe en la práctica más carrera administrativa que la que empieza y termina con el ingreso en el cuerpo, y para el resto de los cuerpos de nivel superior, la Ley de Funcionarios de 1964 no ofrece realmente una carrera administrativa que merezca tal nombre, con lo que, en suma, para BELTRÁN, la actual regulación de la función pública española no ofrece una carrera propiamente dicha a sus funcionarios.

Sobre los extremos a que acabamos de referirnos, las respuestas de la *élite* en su conjunto expresan un perceptible rechazo de las formas más extremas de provisión de puestos de trabajo, tanto la más rígida (antigüedad) como la más flexible (pura discrecionalidad), orientándose hacia las intermedias (concurso y discrecionalidad con lista de solicitantes), particularmente hacia la que de ellas es más reglada (el concurso).

G) *La religiosidad de la élite burocrática.*—Lo que pretende este capítulo 7, en palabras del autor, es comparar el grado de religiosidad de la *élite* con el del resto del país y, en la medida de lo posible, con el de otros grupos sociales, pretendiendo apreciar si la variable religiosa influye en otras actitudes y comportamientos, buscando, en definitiva, identificar el papel de la *élite* burocrática en los procesos de modernización y cambio del país.

Después de abordar distintas cuestiones y perspectivas, a la luz de las respuestas a la encuesta, concluye el autor que la *élite* burocrática española se presenta a sí misma como caracterizada por un alto grado de religiosidad, en comparación con otros grupos sociales del país, bien que es pre-

sumible que esta religiosidad sea en buena medida verbal, en términos de pura acomodación externa a un sistema de valores y normas que exige la profesión enfatizada de creencias y prácticas religiosas.

JUAN FERNÁNDEZ GUERRERO

FUEYO LANERI, FERNANDO: *Corrección monetaria y pago legal*. Editorial Temis. Bogotá, 1978, XII y 143 págs.

Aunque FUEYO LANERI no requiere ser presentado al lector, pues es sobradamente conocido en los países de habla hispánica, sí creo conveniente hacer algunas precisiones de carácter personal previas a la auténtica recensión de esta obra, pues aquéllas ayudarán a comprender algunas de las páginas del libro objeto de este comentario.

El jurista chileno, que orgullosamente presume de abuelo, es un hombre joven, sumamente joven. Su edad cronológica, ciertamente, se aproxima a los sesenta, pero su edad intelectual y espiritual acaba apenas de superar la etapa de posible emancipación. Digo esto no para imputar infantilismo, sino, muy al contrario, destacar el vigor propio de los pocos años que acompaña a FUEYO, así en su comportamiento personal como en su esfuerzo intelectual, del cual es prueba manifiesta *Corrección monetaria y pago legal*, tema para ser tratado por «jóvenes» y con energía juvenil.

Tuve la suerte de conocer a FUEYO LANERI en un reciente viaje a Chile, felicidad que se reiteró al hacer juntos el viaje a Madrid para asistir al II Congreso Mundial de Derecho Civil y Familiar. En Santiago pude disfrutar de su biblioteca, extraordinaria, envidiable—y envidiada—; de su amenísima y variada charla, y—honor a quien honor merece—de algunos de los magníficos vinos de su bodega. Conocía buena parte de su obra, pero allí, en su hogar, pude «tocar» ese extraordinario fichero, infraestructura que explica la superestructura de su producción.

De la misma forma que disfruté de algo de su patrimonio, he podido disfrutar ahora *Corrección monetaria y pago legal*, que se centra en torno al problema universal y actual (con actualidad de varios lustros ya) de la inflación y sus repercusiones en el cumplimiento del débito. Originado el libro en una conferencia dada en la Universidad de Puerto Rico, demuestra FUEYO su espíritu laborioso al convertirla en una monografía en un lapso de tiempo sumamente breve (cuatro meses). Se recoge en la obra la matización del pensamiento del autor, sustentado desde los años de 1950, que se refuerza por la experiencia vivida en el decurso de las últimas décadas, así en Chile como en todo el llamado «mundo occidental».

Tomando como premisa el carácter socio-político y económico de la inflación, la posición del autor es situarse en un plano estrictamente jurídico, patrocinando la solución que propone: realismo frente a nominalismo, si bien es cierto que propone un realismo moderado, que el autor apoya ahora no solamente en ser su pensamiento constante, sino en jurisprudencia chilena, así como en la evolución legislativa del propio país.

En suma, sustenta el autor un criterio jurídico perfectamente deducido desde sus premisas, expuesto, además, con una claridad y sencillez que se

combinan con el rigor característico del autor, y que él contrasta mediante la elaboración de una teoría general del realismo que hace descansar en la equidad, la justicia, el orden público, el propio concepto del débito como uno de valor y la idea del enriquecimiento injusto.

Se preocupa el autor al comienzo en resaltar su posición estrictamente jurídica. Insisto en ello porque puede ser relevante el punto. Se ha dicho siempre, al menos por los defensores del nominalismo, que pretender frenar la inflación con medidas de valuta real es fomentar la inflación misma, y que en la alternativa, control de la inflación o perjuicio en casos individuales es preferible esta solución a aquélla. FUEYO LANERI toma partido en sentido contrario, argumentando incluso que la reducción en la tasa de inflación de Chile (508,1 por 100 en 1973 a 63,5 por 100 en 1977), precisamente cuando la jurisprudencia y la normativa vigente eluden el nominalismo, es prueba palpable de lo contrario.

Creo que para aceptar la aseveración nominalista y para aceptar la prueba que ofrece FUEYO LANERI, habría que matizar antes de qué tipo de inflación se trata, ya que si bien el fenómeno «inflación» siempre es el mismo, sus causas, por diversas, definen muy distintos tratamientos. Por ejemplo, una inflación en costos no es igual, ni reclama el mismo tratamiento, que una inflación sustitutiva de *real demanda agregada*. Y creo, la experiencia de la corrección chilena tampoco tiene valor universal si no tomamos en cuenta, al analizar los índices de corrección, las causas y los medios que permiten llegar a ello. La inflación en los países con enorme dependencia externa no es igual, ni se trata igual, que la de países que puedan exportar su inflación.

Creo, además, que los juristas no podemos presentarnos muchas veces en un plano estrictamente jurídico (por demás, lógico, al ser nuestra especialidad), ya que el Derecho no es una realidad aislada, sino la resultante de esa otra realidad socioeconómica, que determina nuestra normativa en un momento dado. En principio, el Derecho es forma y nada más que forma, y las formas no se llenan consigo mismas, sino con el contenido que se les atribuye.

Digo esto porque si la inflación es un problema económico (político y social), no puede tener tratamiento estrictamente jurídico. Aunque se ha discutido y se discutirá mucho al respecto, pertenezco al grupo que cree que la inflación actual es consecuencia directa—lenta, pero directa—del *keynesismo*, como teoría para superar la crisis del año 1929, alentando una inflación controlada y relativamente reducida como medio de pagar al capital privado un interés o beneficio que éste no podía conseguir de otro modo, salvo riesgo de abocarse y abocar a una revolución de resultados poco satisfactorios para ese capital privado. Que el keynesismo no fue solución puede quedar demostrado por la imposibilidad que tuvo Roosevelt en solucionar la crisis norteamericana, que sólo se supera con la entrada de Estados Unidos en la guerra mundial, lo que permitió quemar excedentes en grado sumo, proporcionando a ese capital privado beneficios colosales e insospechados. Otros países afrontaron la crisis pretendiendo guerras y financiando armamentos con la «esperanza» de que ganada la contienda podrían pasar la factura de los gastos al vencido.

Pero la guerra, la postguerra y su Plan Marshall, e incluso la guerra de Corea, fueron insuficientes para que «el mercado» pudiera consumir la producción, y menos aún para estar en condiciones de poder consumir la

«capacidad productiva». Durante varios lustros, los Estados Unidos, principales generadores de la inflación, han podido exportarla limpiamente, haciendo que los países menos desarrollados sufrieran las consecuencias de su estructura productiva y de su irracional sistema de producción (ese abismo entre países ricos y países pobres). Solucionar la inflación sin atender a las causas que la provocan es, obviamente, pretensión de enajenados. Pero mientras que esos enajenados tengan en sus riendas el poder en medio del mundo, seguirá habiendo inflación. Hoy por hoy, las medidas que se vienen tomando—tímidas, por cierto—no son sino expedientes contables, nada más.

Combatir la inflación (ciertamente que las posiciones del realismo monetario tienden a ello en último extremo) es algo que todos defendemos, precisamente porque la inflación tiene unos costos sociales enormes (que, además, nunca aparecen contabilizados) que sufren las clases sociales más débiles (el aumento de los salarios siempre va detrás y por debajo del aumento de los precios): «que todo cambie para que todo siga igual». Ahora bien, hoy por hoy, y simplificando (con el riesgo que entraña la simplificación), podría decirse que la tesis nominalista se presenta como «progresista» frente al realismo, que sería así «conservador». ¿Por qué digo esto? Porque no se puede ser realista aceptando a la vez la permanencia de un sistema de producción que así no puede mantenerse. Roosevelt fue mucho más capitalista que Morgan o Rockefeller, pero demostró mayor inteligencia al proponer cambios en el sistema que dilatasen sus posibilidades, lo que bajo la política del partido republicano habría sido incrementar la crisis interna de USA.

El mundo occidental, en mayor o menor medida, necesita de planificación, que nada tiene que ver con la «racionalización» (dinámica de sistemas es el eufemismo con que se vende en los Estados Unidos, en que la planificación huele a comunismo: ¡el diablo!), y esa planificación, si se hace con los pies en el suelo y la cabeza encima, puede reducir la inflación. Pero mientras sigamos difundiendo el mito de la *mano invisible* y garantizando la existencia de una demanda agregada para que cuatrocientas industrias tengan beneficios, seguirá habiendo inflación. Con el agravante de que son cada vez más los países que la sufren; con la peculiaridad de que esa inflación es cada vez mayor y requiere mayores esfuerzos para atenuarse; con la circunstancia de que el poder mundial inicia una etapa de nuevo reparto, de incluso relativa disgregación.

Habría que entrar a fondo en estas consideraciones. Mientras, y en el campo del Derecho, puede ser suficiente con señalar lo siguiente: el orden jurídico garantiza al acreedor que con el cumplimiento queda satisfecha su expectativa objetiva, no la subjetiva. Y si la inflación es creada «socialmente», sus consecuencias son también «objetivas».

Difícil, pues, que el acreedor exhiba su expectativa subjetiva como incumplida. Eso ha sido siempre así. Y lamento decir esto, porque el uso de la inflación con amparo del nacionalismo puede beneficiar mucho más a quienes controlan la economía y fomentan la inflación. Pero mucho más les beneficia el realismo, que les permite cargar nuevamente las tintas.

Naturalmente, lo que antecede no es una crítica a FUEYO LANERI. Por el contrario, creo que la postura que exhibe en la obra es sumamente consecuente con su formación jurídica: habla de lo que sabe y calla en materias que no son propias. Y dentro de su campo reboza de lógica. Mi crítica

se limita a una simple afirmación: no podemos tomar como punto de partida el momento que, a su vez, reclama un *prius*, porque ese *prius*, al no haber sido considerado, nos está diciendo que hemos comenzado a mitad del camino. Allí donde al Derecho le vienen dados los factores, no cabe prescindir de ellos; es menester considerarlos. O dicho con otras palabras (y aquí sí podríamos hablar de una crítica a FUEYO LANERI y a todos nosotros, juristas, que pretendemos tratar jurídicamente nada más—que es lo único que podemos hacer—lo que es económico, político o social), en materias que abarcan diversas especialidades, tenemos que trabajar los diversos especialistas al unísono. Y éste es nuestro pecado como juristas: hemos convertido al Derecho en una ideología, en el más puro sentido marxista; hemos creído, nos hemos convencido de ello, que el Derecho vive por libre, y sinceramente creo que no es sino un esclavo, y muy atado, de otras manifestaciones del vivir.

Pero aquí es donde estriba, pienso, el mérito de la obra de FUEYO LANERI, así como el mérito de los juristas que se han atrevido a tratar el tema: ponen en evidencia el Derecho, como se puso en evidencia SERVANT-SCHREIBERT con su *El desafío americano* (¿era ése el título?). Y este tipo de servicios a la sociedad no tiene valor.

Te felicito, pues, Fernando, por tu esfuerzo. Sigue por ahí, que vas por buen camino.

EDUARDO VÁZQUEZ BOTE

RUIZ SERRAMALERA, RICARDO: *Lecciones de Derecho civil*. Parte general. Librería ICAI. 2.^a ed. Madrid, 1977 (dos vols.).

El presente libro tiene su origen en las explicaciones de clase del profesor RUIZ SERRAMALENA y es reflejo de su dilatada experiencia universitaria.

Se inicia con el estudio del Derecho objetivo. Se parte de la idea de la unidad del orden general o universal, que se manifiesta en el orden natural, el orden moral y el orden jurídico. Partiendo de la supremacía del Derecho natural sobre el positivo, la legitimación de éste viene dada en función de su adecuación con aquél.

La distinción entre Derecho público y Derecho privado no supone una contraposición entre ambos conceptos; si se acepta la distinción es para fijar solamente el carácter de las normas en relación con su aplicación práctica. Las normas de Derecho positivo se clasifican atendiendo a su extensión territorial (Derecho general y Derecho particular), su contenido genérico (Derecho común y Derecho especial) y su *ratio* o motivo interno (Derecho normal y Derecho excepcional).

Después de analizar la evolución histórica del Derecho civil en España y su codificación y de estudiar el Derecho foral, se aborda la materia de las fuentes del Derecho, configurándolas como los poderes o fuerzas que en un determinado momento asumen la potestad de crear normas jurídicas con valor coercitivo. En nuestro Derecho solamente tienen tal carácter

la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho. La jurisprudencia sólo tiene la misión de complementar el ordenamiento jurídico, en base de su tarea de interpretar y aplicar las fuentes reales. Los principios generales del Derecho están por encima de la ley y la costumbre, aunque directamente sólo se aplican a falta de ambas, y dentro de ellos se encuentran los principios de Derecho natural.

Se entra después en el estudio de la interpretación. La reforma de 1974 no ha supuesto una alteración en la teoría de la interpretación, puesto que el artículo 3 del Código Civil sólo establece unos principios amplios, al haberse articulado la Ley de Bases sin ningún desarrollo o concreción, precisamente para no encorsetar la interpretación en moldes rígidos o cerrados.

El examen de la eficacia de las normas jurídicas se inicia con el de la eficacia general de las mismas (deber jurídico general), continuándose con el estudio de sus tres sentidos principales: la necesidad de su cumplimiento (eficacia obligatoria) e incluso a veces de su conocimiento (*iura novit curia*), la exigencia de respetar las situaciones creadas por ellas (eficacia constitutiva) y el imperativo de soportar las consecuencias de su incumplimiento (eficacia sancionadora). Dentro de la eficacia constitutiva de las normas se encuadran la relación jurídica y el Derecho subjetivo, estudiándose como límites de éste la teoría del abuso del derecho, la prescripción y la caducidad. Se cierra el análisis de la eficacia de las normas con el de sus límites espaciales y temporales, y dentro de estos últimos se estudia la entrada en vigor y la derogación de las normas, así como el Derecho transitorio.

El Derecho de la persona comienza con el estudio del concepto de persona, que constituye el punto de referencia y de aplicación del Derecho. Persona, en principio, es todo ser humano por el mero hecho de serlo. Después del examen de la capacidad jurídica y la capacidad de obrar (que, se afirma, puede depender del estado civil o de la capacidad natural), se aborda el nacimiento y fin de la personalidad, así como la protección jurídica del concebido.

El estado civil se configura como «aquella cualidad de la persona, a la que se le atribuye eficacia general, y que se deriva de la posición concreta en que se encuentre dentro de cada una de las situaciones reconocidas por el Derecho como relaciones sociales típicas». Después del estudio del título de atribución y el de legitimación del estado civil, se examina el Registro civil, cuyo significado y eficacia se estudian siguiendo el esquema clásico en Derecho registral de los principios: inscripción, legalidad, legitimación, fe pública y publicidad.

Se abordan después las diversas circunstancias modificativas de la capacidad de la persona.

Dentro de la edad, se estudian los supuestos de mayoría de edad, minoría de edad y emancipación, examinándose dentro de ésta, detenidamente, las modificaciones introducidas en el Código Civil por la Ley de 2 de mayo de 1975, en cuanto a los efectos de la emancipación por matrimonio, y terminando esta institución con la figura del menor de vida independiente y las especialidades forales.

El estudio del sexo se inicia con un examen pormenorizado de las diferencias que, por razón del sexo, han desaparecido en nuestro ordenamiento jurídico, abordándose después las que aún subsisten y las que de entre

éstas se consideran lógicas por derivarse de la distinta constitución física del hombre y la mujer.

El estudio del matrimonio se divide por su repercusión en las esferas personal, familiar y patrimonial, abordándose con más detenimiento del usual en una parte general, la sociedad de gananciales, y cerrándose con el estudio del Derecho foral sobre la materia.

El sistema de la incapacitación se expone basándose en los principios generales que la rigen, que son: su carácter judicial, la tipificación de sus causas, la objetividad de sus efectos y la constitución del organismo tutelar.

La nacionalidad se examina estudiando como uno de sus efectos el que produce en las relaciones de Derecho internacional privado. Después de un estudio de su regulación en las Partidas, las Constituciones de 1812 y 1876 y la primitiva redacción del Código Civil, se aborda el estudio de la legalidad vigente, constituida por las redacciones del Código establecidas en las Leyes de 1954 y 1975.

Después del estudio de la vecindad civil y de las modificaciones introducidas en la misma por la reforma de 1973-74, se aborda el estudio del domicilio. La remisión del artículo 40 a la Ley de Enjuiciamiento Civil se entiende a los efectos puramente procesales.

La ausencia se divide en las tres figuras reguladas en el Código Civil: la simple desaparición; la ausencia legal, en la que existe una especie de duda oficial sobre la existencia de la persona, que influye de distinta manera sobre la administración de sus bienes (se provee para la protección y defensa de sus intereses personales) y sobre su capacidad para suceder (mientras no se demuestre que vive, los derechos hereditarios se le reservan, pero no se le adjudican), y la declaración de fallecimiento, en que toma cuerpo la presunción de muerte y se abre la sucesión, pero al no haber certeza absoluta, se someten los bienes a una situación especial.

Se entra a continuación en el estudio de la persona jurídica. El problema tan discutido de su naturaleza se resuelve de una forma práctica: ante la existencia de unas realidades sociales, el Derecho no puede cerrar los ojos, y por ello cuando adquieren relevancia, la ley no tiene más remedio que reconocer su existencia.

Después del estudio de los bienes o derechos de la personalidad, se examina el patrimonio, y dentro del mismo, el concepto y la clasificación de las cosas, con lo que se termina la obra.

Estamos en presencia de un texto eminentemente docente, en el que todo se ha sometido a la claridad expositiva. El libro ha nacido de la experiencia universitaria del profesor RUIZ SERRAMALERA, y en él se advierte la enorme influencia doctrinal del gran maestro don FEDERICO DE CASTRO, con quien el autor ha colaborado durante bastantes años.

Creo que el intento de exponer con claridad una materia tan ardua como la parte general del Derecho civil se ha conseguido plenamente.

JOSÉ POVEDA DÍAZ

TREJOS, GERARDO: *El nuevo régimen legal de la adopción*. Editorial Juriscentro. Colección Escuela Libre de Derecho. San José de Costa Rica, 1978.

Recientemente han sido dos los acontecimientos que me han permitido ponerme de nuevo en contacto con la institución jurídica de la adopción: la asistencia a un Congreso y el recibo de este libro que traigo a recensión. Utilizando una frase de NÚÑEZ LAGOS, que al referirse al tráfico jurídico decía que se trataba de un trasiego de valores de un patrimonio a otro, en virtud de un puente para los negocios traslativos y por medio de un vado para los hechos jurídicos, aclaro que mi acceso al Congreso de Derecho de Familia fue por el puente que amablemente tendió el profesor ESPÍN CÁNOVAS para una participación activa en el mismo, y la recepción del libro ha sido por un vado, JOSÉ MARÍA CASTÁN VÁZQUEZ (y que me perdone lo de vado), que me ha entregado el libro, que amablemente me envía el autor en ejemplar dedicado.

Ni qué decir tiene que en el II Congreso Internacional de Derecho de Familia se ha tocado el tema de la adopción e incluso en la ponencia que presenté, uno de los puntos tratados era precisamente referido a esta institución. El libro monográfico objeto de esta recensión se ocupa, como su nombre indica, de la misma materia. Explicadas las dos ocasiones de mi nuevo acercamiento a la figura, he de confesar mi osadía para comentar un estudio sobre la materia, pues a pesar de que al filo de la Ley de 4 de julio de 1970 (reformadora de la adopción en nuestro Código Civil) escribiera uno de los primeros artículos sobre la institución, mi desconocimiento y mi falta de experiencia es total. De ahí que al autor le tenga que hacer dos ruegos: que me disculpe el atrevimiento de esta crítica y que acepte mi agradecimiento por el obsequio del ejemplar dedicado.

La obra monográfica va precedida de un prólogo escrito—muy bien escrito—por JOSÉ MARÍA CASTÁN VÁZQUEZ. Este prólogo me va a servir para poder perfilar la personalidad del autor y valorar la aparición en el momento actual del trabajo que comentamos, pues sociológicamente yo no había llegado más que a plantearme la imagen del «trauma» al conocer el adoptado su condición, y jurídicamente sólo me planteaba la necesidad de «levantar el velo» a la adopción mientras el legislador no llegase a la plena equiparación entre hijos adoptivos y legítimos. GERARDO TREJOS es Decano de la Escuela Libre de Derecho, Doctor en Derecho y Asesor Parlamentario, pero por encima de todos esos títulos está el de ser un prestigioso jurista especializado en Derecho de familia. Cuenta CASTÁN que hace tiempo que conoce al autor con ocasión de un curso celebrado en el Instituto de Derecho Comparado de la Universidad Complutense de Madrid, y que posteriormente vuelve a encontrárselo en Estrasburgo (punto notable de incidencia del espíritu germánico y el latino, centro de las más puras esencias europeístas y lugar ideal para un trabajo sereno), donde seguía perfeccionándose y ampliando sus estudios sobre la materia familiar. Fruto de esta insistencia es la monografía que ofrecemos, y que es sólo una parte de lo mucho que el autor lleva escrito sobre el Derecho de familia.

Los grandes argumentos que ANTONIO CICU hiciera en su día para apoyar la autonomía del Derecho de familia parecían dormidos y superados.

Pero de repente, en forma casi obsesiva, se van sucediendo estudios sobre la materia y la bibliografía que se puede hoy citar es tan abundante como la que a partir de los años cuarenta surgió en el campo de las sucesiones. Buscando razones a estos movimientos, más que en unas de posible lucimiento de los autores en materias poco tratadas, hay que convenir que se deben a esta renovación de las generaciones que avanzan y que solicitan y exigen nuevas estructuras. Frente a ellas, el jurista estudia, reacciona y aconseja o apoya, pues no todo es «santo» en este movimiento reaccionario, ya que veladamente va penetrando un ataque a la institución familiar, no sé si con ánimo de destruirla o modificarla. No sé si la huelga es buena o mala, pero ese *derecho a la pereza* es un arma que mina la economía industrial. Tampoco sé si el divorcio es bueno o malo, pero es uno de los ataques más firmes a la idea de permanencia y unidad de la familia. Lo que me preocupa no son las nuevas estructuras, sino las consecuencias o resultados que se van a lograr alcanzar cuando se atacan los principios de coexión, unidad, sumisión y concentración familiar. Lo mejor ha sido siempre enemigo de lo bueno.

Costa Rica es uno de los diez o doce países del mundo que tienen un Código especial de Derecho de familia, con esa autonomía que predicara en su día CICU. Dentro de ese Código se regula, con especial preferencia, la materia de adopción en su triple proyección jurídica, social y ética. El estudio que hace el profesor TREJO ofrece al lector tres partes bien diferenciadas, precedidas de una especie de introducción, que vamos a respetar en un deseo de síntesis ajustada lo más estrictamente posible al texto de la publicación.

I. *Introducción.*—En esta introducción—introducir no es sólo abrir la puerta, sino hacerle pasar a uno al interior de la casa—el autor resume su postura frente a la adopción respondiendo a la pregunta de qué papel cumple esta institución, vieja como el mundo, que en el siglo xx desencadena todavía las pasiones, suscita campañas para conmover la opinión pública y es objeto muy especial por parte del legislador. Y la respuesta está en esa frase que el mismo autor brinda: no es, pues, una materia exclusivamente jurídica, sino una materia saturada de motivaciones sociales y éticas que, sin embargo, el Derecho la penetra y reglamenta.

Juntamente a esta exposición doctrinal de su opinión, ofrece el autor una síntesis de la evolución legislativa de su país en materia de adopción, que se inicia en el año 1841, a través del Código General, y llega hasta el Código de Familia del año 1973, con las etapas de la Ley especial del año 1934, las reformas de 1953 y las posteriores al año 1973, de 1976 y 1977, esta última destinada a la eliminación de la escritura pública y la intervención notarial en las adopciones.

II. *Disposiciones comunes a la adopción simple y plena.*—Esta parte de la obra concentra en su exposición los problemas de: los requisitos personales de adoptante y adoptado, las condiciones que deben presidir la relación entre ambos, los efectos comunes y la ineficacia y extinción de la adopción. Destaco, porque me ha chocado la expresión, que el autor al referirse al adoptado habla de *ADOPTANDO* y quizá tenga razón, pues el adoptado no adquiere esta cualidad hasta que lo es, siendo mientras tanto adoptando.

Con respecto al adoptante se estudian los problemas de su capacidad

de obrar, conducta, estado civil, edad, situación económica y consentimiento (veinticinco años, no ser sordomudo ni incapaz mental, no haber sido privado o suspendido del ejercicio de la autoridad parental, ser persona de uno u otro sexo, casada o soltera, costarricense o extranjera, del estado civil o el eclesiástico, con hijos o sin ellos, con edades máximas y mínimas, con capacidad económica para proveer a los alimentos del adoptando y manifestación de voluntad libre). Igualmente se examinan los requisitos del adoptando en materia de estado civil, consentimiento y los sucesivos casos de mayores y menores, incapaces, sometidos a tutela o a la autoridad de los padres y los casos de menores en situación de depósito o abandono. Me ha llamado mucho la atención una disposición en la cual se da preferencia al sexo femenino sobre el masculino para ser adoptado. ¿Esto no sigue siendo un residuo de la desigualdad de sexos?

En materia de relaciones entre adoptante y adoptando se estudian los requisitos de diferencia de edad (quince años), los impedimentos de tutores y curadores y la unicidad de la persona. Los efectos que la adopción produce se refieren al nombre del adoptado, así como los apellidos, y al régimen de administración de bienes. Serán, por último, causas de nulidad la adopción realizada en violación de los preceptos del Código referentes a la edad del adoptante, a la diferencia de edad, cuando es ilícita o falta la causa, etc.

III. *Particularidades de la adopción simple y plena.*—Realmente, la regulación legal parte de una adopción simple como regla general, reservando la plena para los cónyuges que vivan juntos y procedan de consuno, aunque la realidad ha demostrado que la plena viene a ser la regla general, y la simple, la excepción. Respecto de la adopción simple examina el autor tres puntos concretos: los requisitos de adoptante y adoptado, los efectos que la adopción produce y los casos de ineficacia o nulidad de la misma. Contrastando con esta regulación, el autor vuelve a repetir en sucesivos capítulos la sistemática empleada para darnos a conocer los requisitos, efectos y patología jurídica de la adopción plena.

IV. *El procedimiento para adoptar.*—La reforma que al Código de Familia hace la Ley de 14 de marzo de 1977 reduce el procedimiento a dos etapas: una judicial y otra registral, eliminando, por consiguiente, la fase notarial. Esta eliminación, que el autor apoya con la cita española de MARTÍN GRANIZO, contrario a la intervención notarial, la justifica o trata de justificar a través de los párrafos que a ella dedica la Exposición de Motivos de la referida ley, estimándose que la intervención notarial en el procedimiento para adoptar significa únicamente un gasto suplementario para las partes y está en abierta contradicción con el artículo 6 del Código de Familia, que exenciona de papel sellado todos los actos jurídicos que se tramiten en aplicación de las normas de dicho Código. Igualmente se cita el Derecho comparado de Cuba y Bolivia, que así proceden.

Sería muy difícil pronunciarse en este punto, pues por lo que a España respecta, la precisión de la naturaleza de la intervención notarial, los límites en que debe moverse la jurisdicción ordinaria, debieron aconsejar al legislador esa intervención que recoge una prestación de consentimiento de mucha trascendencia. Creo que el problema es más de fondo que de forma o de simplificación de formalidades.

Reducida a dos etapas la singladura procedimental, el autor se detiene en su respectivo estudio. Hay en la judicial, la solicitud con el problema de la legitimación para ello, las posibles oposiciones a la pretensión, la comparecencia, la conveniencia, la motivación, la posibilidad de que aparezca la figura del autocontrato (el adoptante representando al adoptando) y la simultaneidad de adopciones de varias personas a la vez. En la fase registral se exponen la necesidad de la inscripción y los efectos que la misma produce a «partir de la misma» y no de la resolución judicial, criterio que critica el autor.

La obra monográfica viene complementada por la inclusión de unos anexos en los que se recogen opiniones en extracto de la discusión sobre la materia de adopción antes de ser aprobada. Igualmente se nos brinda una carta del autor dirigida al Licenciado CARLOS JOSÉ GUTIÉRREZ, Presidente de la Comisión Redactora del Proyecto de Código de Familia, y los artículos de ese mismo Proyecto, que llegó a ser ley. Por último, la publicación contiene una bibliografía bastante completa de lo que se ha escrito sobre adopción.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

REVISTAS

II. NOTICIA DE REVISTAS

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Octubre-diciembre 1978

El estatuto jurídico del alojamiento familiar en el Derecho español, por Gabriel García Cantero, páginas 709 a 729.

Del contrato de nombramiento de heredero en Aragón, por Angel Cristóbal Montes, págs. 729 a 747.

Notas sobre actividades agrarias típicas, por Carlos Vattier Fuenzalida, págs. 747 a 782.

Un supuesto especial de levantamiento del secreto bancario, por L. M. Cazorla Prieto, págs. 163 a 173.

Los préstamos bancarios con garantía hipotecaria sobre buques y el impuesto de transmisiones patrimoniales, por R. Matilla, páginas 173 a 201.

Nuevas formas de la imposición indirecta en España, por A. Iglesias Suárez, págs. 201 a 239.

Constitución del Instituto Fiscal Israelita, Facultad de Derecho de la Universidad de Tel-Aviv, páginas 239 a 244.

REVISTA DE DERECHO FINANCIERO Y HACIENDA PUBLICA

Enero-febrero 1979, núm. 139

Las bases de la Administración Tributaria. Delegación de México en el CIAT, págs. 9 a 25.

La economía pública y el concepto de los recursos humanos, por A. J. Culyer y J. Wiseman, páginas 25 a 51.

Control presupuestario de la distribución efectiva de recursos, por E. A. Voznesenky, págs. 51 a 59.

El agente de Aduanas, por A. Márquez y Márquez, págs. 59 a 127.

El límite exento y la reducción de la base imponible en el impuesto de trabajo personal, por J. L. Argilez y Garcés de Marcilla, páginas 145 a 163.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

Noviembre 1978

Ideas generales sobre la sucesión contractual aragonesa, por Angel Cristóbal Montes, págs. 957 a 968.

Notas sobre los artículos 45-50 del Código Civil, por Juan Roca Guzmán, págs. 969 a 988.

Causa y tipo en las cooperativas agrarias, por Carlos Vattier Fuenzalida, págs. 989 a 1002.

Diciembre 1978

Fuentes materiales como elementos integradores de la Ley, por Manuel Novalvos y Pérez-Acevedo, páginas 1056 a 1067.

Algunas consideraciones en torno al concepto jurídico de las «APAS» (Agrupaciones de productores agrarios), por José Luis Algíbez Cortés, págs. 1068 a 1073.

El Derecho monetario en la era de los conflictos y de la inestabilidad monetaria, por Elyyahu Hirschberg, págs. 1074 a 1076.

Enero 1979

Los legados de créditos y de liberación de deuda, por María Teresa Fernández Pacheco, págs. 1 a 30.

La eficacia protectora del derecho sucesorio en la continuidad de la explotación agraria, por Javier Fernández Costales, págs. 31 a 42.

El Derecho Internacional Privado en el pensamiento de la doctrina civilista española contemporánea, por José Antonio Tomás Ortiz de la Torre, págs. 43 a 73.

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Enero-febrero 1979

Las Empresas de Publicidad Comercial, por José Tallón García, páginas 4 a 15.

Las anotaciones de la providencia de admisión a trámite de la suspensión de pagos, por Pedro Navarro Vilarocha, págs. 15 a 25.

Marzo 1979

Actividad jurídica en su fase de aplicación de la norma. La interpretación, por Manuel Novalvos y Pérez Acevedo, págs. 195 a 203.

Las retenciones por el empresario de cuotas de Seguridad Social e Impuesto de Rendimiento de Trabajo Personal de sus trabajadores y el delito de apropiación indebida, por Pedro Navarro Vilarocha, páginas 203 a 208.

REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

Octubre 1978

Los «derechos de la personalidad» en el Proyecto Constitucional, por José Manuel Martín Bernal, páginas 335 a 343.

El Derecho de Familia y el Registro de la Propiedad, por José María Chico y Ortiz, págs. 343 a 375.

Notas para la identificación del nuevo modelo sociolaboral, por Carlos Molero Manglano, págs. 375 a 395.

Noviembre 1978

Notas para la identificación del nuevo modelo sociolaboral, por Carlos Molero Manglano, págs. 425 a 437.

Algunos aspectos de la influencia hispánica en el Código Civil de Andrés Bello, por José Luis de los Mozos, págs. 437 a 469.

Diciembre 1978

El Proceso sumario de separación conyugal, por Antonio Pérez Ramos, págs. 523 a 549.

Directrices en la organización de la tutela, por Carlos Onecha Santamaría, págs. 549 a 561.

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Enero-marzo 1979

El Derecho Civil Catalán en la Constitución de 1978, por Encarna Roca i Trías, págs. 7 a 37.

En torno a la libertad de elección procesal del acreedor hipotecario, por Rafael Ballarín Hernández, páginas 37 a 57.

Preterintencionalidad y límites del artículo 50 del Código Penal, por Santiago Mir Puig, págs. 57 a 103.