

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LII • Septiembre - Octubre 1976 • Núm. 516

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Ramón María Roca Sastre.

CONSEJEROS:

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

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

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

Depósito legal: M. 968 - 1958

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

SUMARIO

	<i>Págs.</i>
ESTUDIOS:	
«El recurso gubernativo contra la calificación del Registrador de la Propiedad», por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ ...	1029
«El matrimonio religioso, el matrimonio canónico y el matrimonio civil. El vínculo matrimonial, ¿es indisoluble o disoluble?», por ENRIQUE FOSAR BENLLOCH ...	1087
NOTAS:	
«La tributación de las parcelaciones y de los actos de reparcelación», por JOSÉ MENÉNDEZ HERNÁNDEZ ...	1145
«Algunas reflexiones sobre la revocación de la mejora hecha en capitulaciones matrimoniales», por CELESTINO A. CANO TELLO ...	1167
VIDA JURIDICA:	
«El Instituto Español de Derecho Foral», por JOSÉ CERDÁ GIMENO ...	1175
JURISPRUDENCIA:	
I. Jurisprudencia comentada, por BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ ..	1187
II. Resoluciones y Sentencias:	
I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA ...	1199
II. Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Jurisprudencia civil, por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, JOSÉ QUESADA SEGURA, CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ y FRANCISCO CASTRO LUCINI ...	1207

	<i>Págs.</i>
2. Jurisprudencia fiscal, por CARLOS MARÍN ALBORNOZ ...	1236
3. Jurisprudencia contencioso-administrativa, por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ ...	1241
III. Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central, por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA ...	1247

LIBROS:

«La anulación de oficio de las licencias de edificación», de JOSÉ BOQUERA OLIVER, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ ...	1265
«Casos prácticos de Derecho administrativo», de A. CARCELLER FERNÁNDEZ, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ ...	1267
«Introducción al Derecho constitucional español», de M. FRAILE CLIVILLES, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ ...	1273
«La calificación urbanística del suelo», de D. ROMERO SAURA, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ ...	1277

REVISTAS:

II. Noticias de Revistas ...	1283
------------------------------	------

ESTUDIOS

El recurso gubernativo contra la calificación del registrador de la propiedad

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. NOCIONES GENERALES: 1. *Concepto*.—2. *Naturaleza jurídica*: a) Planteamiento. b) La jurisdicción voluntaria. c) Naturaleza de la jurisdicción voluntaria. d) Conclusión.—3. *Fundamento*.—4. *Regulación*: a) Legislación hipotecaria. b) Legislación supletoria.—III. REQUISITOS: 1. *Idea general*: a) Concepto. b) Clases: a') Subjetivos. b') Objetivos. c') De la actividad. c) Tratamiento jurídico: a') Posibilidad de examen de oficio. b') Posibilidad de subsanación.—2. *Requisitos subjetivos*: a) Referentes al órgano ante el que se interpone: a') Competencia. b') Régimen de abstención y recusación. b) Requisitos subjetivos referentes a los interesados: a') Capacidad. b') Legitimación: a'') Personas interesadas: a'') Que se hubiera de practicar la inscripción a su favor. b'') Tener interés conocido en asegurar los efectos de la inscripción, como transferente o por otro concepto. c'') Quien ostente notoriamente o acredite en forma auténtica la representación legal o voluntaria. b'') El Fiscal de la Audiencia. c'') El Notario autorizante del título, en todo caso. c') Postulación. 3. *Requisitos objetivos*: a) Acto y recurso. b) Actos recurribles. c) Motivos del recurso. Cuestiones que pueden plantearse y documentos a tener en cuenta. d) Efectos en la delimitación objetiva del recurso gubernativo del proceso incoado sobre el mismo objeto. e) Recurso en el supuesto de inscripción parcial.—4. *Lugar, tiempo y forma*: a) Lugar. b) Tiempo: a') Cómputo del plazo: a'') Momento inicial. b'') Cómputo. c'') Día final. b') Inaplicación de la doctrina del acto consentido. c) Forma.—IV. PROCEDIMIENTO: 1. *Iniciación*: a) Escrito de interposición del recurso. b) Requisitos.—2. *Tramitación*: a) Admisión del recurso. b) Orden al Registrador de extender las notas marginales a los efectos del último párrafo del artículo 66 de la Ley Hipotecaria. c) Informes: a') Peticiones de informe. b') Emisión del informe.—3. *Terminación del procedimiento ante el Presidente de la Audiencia*: a) Terminación normal: resolución: a') Idea general. b') Requisitos: a') Subjetivos. b'') Objetivos: a'') Acto impugnado. b'') Peticiones del recurso. c'') Plazo y forma. c') Contenido: a'') Declarar la inadmisibilidad del recurso. b'') Decidir la cuestión de fondo. d') Efectos. b) Terminación anormal: a') Idea general. b') Desistimiento y renuncia. c') Rectificación total de la nota. d') Caducidad. e') Muerte del recurrente.—V. EFECTOS: 1. *Efectos de la interposición del recurso*: a) Efectos respecto de las potestades del Registrador. b) Efectos respecto de las potestades del órgano competente para decidir el recurso. c) Efectos respecto del acto objeto de la inscripción: a') Que no hubiese caducado el asiento de presenta-

ción ni, en su caso, la anotación preventiva por defecto subsanable. b') Que hubiesen caducado.—2. *Efectos de la decisión del recurso*: a) Límites de la eficacia. b) Efectos declarativos: a') Posibilidad de deducir nuevo recurso gubernativo. b') Posibilidad de incoar proceso civil. c) Efectos ejecutivos. d) Efectos económicos: a') Los gastos del procedimiento. b') Los interesados deben satisfacer los gastos y costas.—VI. RECURSO DE APELACIÓN ANTE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS: 1. *Idea general*.—2. *Requisitos*: a) Subjetivos: a') Órgano administrativo. b') Interesados. Legitimación. b) Objetivos: a') Acto recurrible. b') Motivos del recurso. c) Plazo.—3. *Procedimiento*: a) Iniciación. b) Admisión. c) Remisión del expediente. d) Instrucción. Audiencia y vista de los interesados. Informes: a') Idea general. b') El trámite de audiencia y vista. c') Informes preceptivos. e) Terminación: a') Terminación normal. b') Terminación anormal. f) Publicación y notificación.—4. *Efectos*: a) Idea general. b) Impugnabilidad ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

I. INTRODUCCION

La confusión que rodea la configuración de la naturaleza jurídica de la institución registral adquiere especial relieve al tratar de definir el medio de impugnación que arbitra el Ordenamiento jurídico contra algunos de los actos que adopta el Registrador de la Propiedad: los que impiden el acceso al Registro de los títulos presentados.

Si el Registro de la Propiedad se ha definido como institución, que se intenta catalogar entre las jurisdiccionales, administrativas o en esa figura híbrida que es la «jurisdicción voluntaria»; si el procedimiento seguido ante el Registrador y los actos que adopta han sido calificados asimismo de jurisdiccionales, administrativos y de jurisdicción voluntaria, ¿qué dudas no se habrán planteado al enfrentarse con un recurso que la ley denomina «gubernativo», que se interpone contra un acto registral y que se decide en una primera instancia por el presidente de un órgano jurisdiccional, y en una segunda instancia por un órgano tan específicamente administrativo como es la Dirección General de un Departamento ministerial?

Problema éste de la naturaleza jurídica que no tiene un valor puramente dogmático, en cuanto del mismo depende el régimen jurídico y la reglamentación aplicable. Precisamente por ello tiene una fuerza incuestionable el argumento invocado por LACRUZ BERDEJO frente a mi decidida posición por la tesis administrativa de la institución registral (1): que tiene menos de común el Registro con el servicio público que con la Administración de Justicia (2), lo que conduciría a que de poco sirve tal confi-

(1) Desde mi trabajo *Naturaleza del procedimiento registral*, «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 1949, págs. 581 y ss.

(2) LACRUZ, *Jurisdicción y Administración en el Registro de la Propiedad*, ponencia presentada en el *Primer Congreso de Derecho Registral*, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España, Madrid, 1961, en especial págs. 9 y ss.

guración si tenemos que acabar concluyendo con que, dadas las especialidades, no le serían aplicables, ni siquiera por la vía de supletoriedad, ninguna de las normas propias del Ordenamiento administrativo.

Mas es lo cierto que cualquiera de las otras posiciones acerca de la naturaleza jurídica no conducen a resultados diferentes. Es más, puestos a decidir el problema en función de las normas más idóneas para ser aplicadas como supletorias de las especiales, habría que inclinarse por la solución administrativa. Porque no parece serio acudir a las normas reguladoras del proceso civil para llenar las lagunas del Ordenamiento hipotecario. Y si se admitiera la naturaleza de «jurisdicción voluntaria», ¿cuál sería la normativa realmente aplicable como supletoria?

No es que el Ordenamiento jurídico-administrativo sea de una aplicación incuestionable en todo aquello que no se regule especialmente por la ordenación específica del Registro de la Propiedad. Pero sí que puede serlo sin forzar tanto las cosas como lo sería aplicar la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Cuando, en cumplimiento de la disposición final primera de la Ley de Procedimiento Administrativo, se dictó el Decreto de 10 de octubre de 1958, por el que se señalaban los procedimientos especiales que, por razón de la materia, habían de quedar vigentes, se incluyeron entre ellos «los procedimientos regulados en las Leyes y Reglamentos Hipotecarios...» (artículo 1.º, apartado 7.º). Lo que no supone en modo alguno que tales procedimientos no sean administrativos. Pues precisamente el Decreto se dictó para determinar las normas especiales que seguirían regulando determinados procedimientos *administrativos* después de entrar en vigor la Ley de Procedimiento Administrativo. El artículo 1.º dice que «se consideran procedimientos administrativos especiales, a efectos de lo dispuesto en el artículo 1.º de la Ley de Procedimiento Administrativo...». Y este artículo 1.º, en su apartado 2.º, dispone: «Las normas contenidas en los títulos IV y VI, salvo el capítulo I de éste, y en el capítulo II del título I sólo serán aplicables en defecto de otras especiales que continúen en vigor, de acuerdo con lo preceptuado en la disposición final primera, 3.» Por lo que, en definitiva, aquella calificación de procedimientos administrativos *especiales* no comporta una exclusión en bloque de las normas comunes sobre procedimiento administrativo, sino únicamente la no aplicación directa—pero sí, en su caso, supletoriamente—de las normas siguientes:

- Las del capítulo II del título I, sobre órganos colegiados.
- Las del título IV, sobre procedimiento en sentido estricto, es decir, sobre la tramitación.

— Las del título VI, excepto el capítulo I, sobre procedimientos especiales.

Por lo que, en principio, el resto del articulado de la Ley de Procedimiento Administrativo, según el artículo 1.º de la propia ley, en relación con el Decreto de 10 de octubre de 1958, debería aplicarse directamente.

¿Hasta qué punto resultan admisibles estas consecuencias de la aplicación del artículo 1.º de la Ley de Procedimiento Administrativo? Parece necesario examinar las distintas categorías de normas contenidas en la Ley de Procedimiento Administrativo:

1. Normas del título I, sobre «principios generales y competencia». No plantea dificultad alguna su aplicación a los procedimientos registrales. Es evidente que algunos de los preceptos de este título, dado el supuesto de hecho que contemplan, no guardan la menor relación con el Registro de la Propiedad. Así, artículos 1.º, 2.º, 5.º y 6.º Pero aquellos otros que contienen los preceptos generales del régimen jurídico de la competencia son perfectamente aplicables a los procedimientos registrales.

2. Normas del título II. Al regular con carácter general el régimen jurídico de los interesados, tampoco ofrece dificultad su aplicación a la actuación de los administrados ante el Registro de la Propiedad. En cuanto se den los supuestos de hecho que contemplan los artículos del título II de la Ley de Procedimiento Administrativo podrán aplicarse, sin que ello contravenga ninguno de los principios específicos del Derecho registral.

3. Normas del título III. Las diferencias existentes entre las normas de este título se traducen necesariamente en la posibilidad de aplicación al procedimiento registral. En efecto:

a) Aquellas normas que contienen los principios generales que informan la actuación administrativa rigen indudablemente en el procedimiento registral. Así, los principios de «economía, celeridad y eficacia» (art. 29); normalización de documentos (arts. 30 y 31); reducción al mínimo de peticiones de datos y estadísticas (art. 32); horario de despacho al público (art. 37), etc. Alguna resolución de la Dirección General (Res. 28 mayo 1971) así lo ha reconocido.

b) Asimismo no parece ofrecer duda la aplicación de las normas sobre términos y plazos del capítulo III de este título, ni parte de las contenidas en el capítulo V sobre «recepción y registro de documentos».

c) Sin embargo, las del capítulo II de este título, que contienen el régimen jurídico de los actos administrativos, muy difícilmente serían aplicables en el ámbito del Derecho registral dadas las especialidades que concurren en los actos de los Registradores de la Propiedad.

4. Normas del título IV. Son tan generales las normas reguladoras del procedimiento en sentido estricto, obedeciendo al propósito del legislador de que fuesen susceptibles de aplicación, sin perjuicio de las especialidades de cada procedimiento, que serían susceptibles asimismo de aplicación al procedimiento registral, con el carácter supletorio que establece el artículo 1.º de la Ley de Procedimiento Administrativo.

5. Normas del título V. El régimen de revisión de los actos en vía administrativa que se regula en este título, difícilmente puede aplicarse a los actos registrales.

6. Normas del título VI. Como los procedimientos especiales que regula no cabe concebirlos en relación con el Registro de la Propiedad, por el propio ámbito de aplicación de los preceptos, quedan fuera del sector registral. Únicamente resulta de aplicación el procedimiento sancionador (arts. 133 a 137) para la corrección disciplinaria de los funcionarios públicos a los que se confía el servicio público registral.

De lo expuesto se desprende que pese a la terminante declaración del artículo 1.º de la Ley de Procedimiento Administrativo, en relación con la disposición final primera y el Decreto de 10 de octubre de 1958, las normas generales del procedimiento administrativo no son susceptibles de aplicación en dos de los aspectos en que, según tales preceptos, deberían ser necesariamente aplicadas: régimen jurídico de los actos y revisión de los mismos en vía administrativa.

Y como el llamado «recurso gubernativo» constituye precisamente una de estas excepciones al régimen general, se han cargado las tintas de la especialidad y la improcedencia de toda referencia a la normativa administrativa (ni siquiera con carácter supletorio) al afrontar su estudio sistemático.

II. NOCIONES GENERALES

1. CONCEPTO

El artículo 66, párrafo primero, inciso primero, de la Ley Hipotecaria, dispone: «Los interesados podrán reclamar gubernativamente contra la calificación del título hecha por el Registrador en la cual se suspenda o deniegue el asiento solicitado, sin perjuicio de acudir, si quieren, a los Tribunales de Justicia para ventilar y contender entre sí acerca de la validez o nulidad de los mismos títulos.» Y el artículo 111 del Reglamento Hipotecario dice que en los casos del artículo 19 de la ley (es decir, cuando el Registrador notare alguna falta en el título), «los interesados

podrán... recurrir contra la calificación del Registrador gubernativamente o formular la correspondiente demanda ante los Tribunales de Justicia».

Ante el acto registral denegatorio de la inscripción (sea denegatorio o de simple suspensión), el Ordenamiento arbitra un procedimiento especial de impugnación. Admite, por supuesto, la posibilidad de acudir a los Tribunales de Justicia «para ventilar y contender... acerca de la validez o nulidad de los títulos», lo que da lugar a un proceso indebidamente calificado a veces de «recurso judicial», como contraposición al «recurso gubernativo».

El llamado «recurso gubernativo» viene definido en el Ordenamiento hipotecario por las notas siguientes:

a) En cuanto a la competencia para su resolución, que se atribuye: en una primera instancia, al Presidente de la Audiencia Territorial respectiva (art. 113 del Reglamento Hipotecario), y en una segunda instancia —que se denomina «apelación»—, a la Dirección General de los Registros y del Notariado (art. 121).

b) En cuanto a los actos objeto de impugnación, que son los emanados del Registrador de la Propiedad, cuyo contenido es suspender o denegar el asiento solicitado (art. 66 de la Ley Hipotecaria; art. 111 del Reglamento Hipotecario).

c) Y en cuanto a las cuestiones susceptibles de discusión, que únicamente podrán serlo las «que se relacionen directa o indirectamente con la calificación del Registrador». Y como, según el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, «los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulta de ellas y de los asientos del Registro», la cuestión sobre la que versará el recurso no será otra que la de si el Registrador actuó correctamente al calificar:

- la capacidad de los otorgantes;
- la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos;
- la validez de los actos.

Normalmente, los actos que tenían acceso al Registro eran civiles, sujetos al Derecho civil. De aquí que las cuestiones que pudieran plantearse en la calificación y en el recurso ulterior fueran de Derecho civil. La norma invocada como fundamento del recurso y la que deberá aplicarse en la resolución que decidiera el procedimiento era de Derecho civil.

No obstante, como consecuencia de la creciente intervención administrativa en los distintos sectores—y, por supuesto, en el de la propiedad rústica y urbana—, son cada día más los actos sujetos al Derecho administrativo que producen efectos en las relaciones jurídico-privadas y, por tanto, con acceso al Registro (3). Es indudable que cuando así ocurre, las facultades calificadoras del Registrador aparecen limitadas, a veces considerablemente (4); pero la función calificadora subsiste, y ya no versará sobre cuestiones civiles, sino sobre Derecho administrativo. Las normas entonces invocadas en el recurso y las aplicadas en la resolución serán de Derecho administrativo.

Por tanto, no puede afirmarse simplistamente que la norma aplicable, que la «materia del recurso»—empleamos una terminología no muy técnica, pero comúnmente utilizada y suficientemente expresiva—, sea jurídico-privada. Así ha sido casi exclusivamente durante mucho tiempo. Pero hoy la normativa aplicable, el Derecho debatido, puede ser privado (civil o mercantil) o público (administrativo).

Lo que, en definitiva, se verifica en el recurso es el derecho del recurrente a inscribir, lo cual, a su vez, depende del Derecho en cada caso aplicable, según la naturaleza del acto.

Existe, por supuesto, una relación de Derecho público, la relación del usuario con el órgano con competencia para la prestación del servicio. Lo que se discute es si el que acude al Registro en demanda de inscripción tiene o no derecho a inscribir, lo que está en función, aparte del Derecho formal, regulador de la actuación registral (desde esta perspectiva el Derecho hipotecario es puramente formal), del Derecho material (administrativo o civil), que regula el acto que, en cada caso concreto, trata de tener acceso a los libros de Registro.

2. NATURALEZA JURÍDICA

a) *Planteamiento*

La naturaleza jurídica del «recurso gubernativo» será la misma que la del procedimiento registral en que se dictó el acto que se impugna. Sobre este extremo parece existir una relativa unanimidad. De aquí que se replantee con motivo de la definición de su naturaleza jurídica la cuestión de la naturaleza de la calificación registral.

(3) Me remito a mi trabajo *Los efectos de la inscripción de los actos administrativos*, «Revista de Administración pública», núm. 79, págs. 9 y ss.

(4) Me remito a mi trabajo *Comentarios a la Ley del Suelo*, 2.ª ed., Cívitas, Madrid, 1976. Cfr. comentario al artículo 140.

Por lo que, al igual que al definir ésta, existe una tendencia francamente favorable hacia la tesis de la jurisdicción voluntaria. Y, por supuesto, completamente contraria a la tesis administrativa. Los hipotecaristas huyen de cuanto pueda tener la menor conexión con el Derecho administrativo. Como si la Administración pública fuese algo degradante —y quizá no les falte razón—, tratan de evitar el encuadramiento, de una u otra forma, en sus estructuras.

Podrá acentuarse más o menos el matiz jurisdiccional. Podrá llegarse a decir que la naturaleza del recurso gubernativo es «la de constituir un procedimiento de jurisdicción contenciosa civil, pues su objeto lo constituyen materias típicas de ese orden, aunque por circunstancias históricas no aparezcan comprendidas dentro del Código civil» (5). Pero lo que en modo alguno se admite es que pueda ser un procedimiento administrativo. Y, como hemos señalado, la tendencia dominante es la que configura al procedimiento registral—y al recurso gubernativo—como manifestación de la «jurisdicción voluntaria».

Como la tesis jurisdiccional no parece pueda seriamente defenderse, vamos a centrarnos en la de la jurisdicción voluntaria. Y como es éste, el de la jurisdicción voluntaria, uno de los conceptos más debatidos y confusos de la Ciencia del Derecho, no estará de más intentar precisar sus notas diferenciales para después verificar si en ellas pueden encajar las actuaciones del Registro de la Propiedad y, por tanto, el «recurso gubernativo».

b) *La jurisdicción voluntaria*

Con el inadecuado nombre (6) de jurisdicción voluntaria se denomina un conjunto de procedimientos tan heterogéneo y diverso, que se ha con-

(5) ASÍ CAMY, *Comentarios de la legislación hipotecaria*, 2.ª ed., Pamplona, 1975, V, pág. 616.

(6) ALCALÁ-ZAMORA, *Premisas para determinar la índole de la llamada jurisdicción voluntaria*, en «Studi in onore di Enrico Redenti», Milán, 1950, I, págs. 5 y ss., dice: «Pocas veces una construcción jurídica, de existencia plurisecular y plurinacional, cual la que nos ocupa, habrá descansado sobre cimiento tan deleznable. Que, por ejemplo, la famosa definición de CELSO acerca de la acción haya perdurado hasta nuestros días y que aún conserve irreducibles partidarios se aplica por diversos motivos, y entre otros, además de su claridad y de su concisión, porque realmente es .. una definición de la acción. Pero que el insípido pasaje de MARCIANO, ya sea auténtico o interpolado, haya resistido las inclemencias del tiempo, engendrado numerosas teorías y creado dificultades sinfín, es algo que debiera producir estupor, ya que no pasa de insinuar una distinción, sin fijarle un solo rasgo o atributo. Mas de él arranca el nombre, que ha prevalecido contra viento y marea. Porque, con raras excepciones, si algún resultado concluyente se ha logrado en materia de jurisdicción voluntaria es el de que no es ni lo uno ni lo otro. No es jurisdicción porque en la variadísima lista de negocios que la integran será difícil

siderado imposible agruparlos bajo un punto de vista general sistematizador (7). Los distintos tipos de procedimiento pueden quizá catalogarse en dos grandes grupos (8):

- Por un lado, «los que de una manera preventiva, preparatoria o cautelar enlazan con eventualidades procesales, aunque el proceso no llegue, en definitiva, a surgir».
- Por otro, los que, al margen de toda perspectiva o propósito procesal, tienen por objeto la autorización, la homologación o dación de fe de ciertos actos. Ahora bien, en estos últimos cabe que, a fin de rodear de mayores garantías la tramitación de los expedientes, se confíen a órganos judiciales o que, por el contrario, se confíen a órganos no judiciales (Notarios, Registradores de la Propiedad, etc.).

c) *Naturaleza de la jurisdicción voluntaria*

Esta heterogeneidad de supuestos englobados bajo la rúbrica de jurisdicción voluntaria, las enormes dificultades—por no decir imposibilidad—de encontrar un denominador común que defina su naturaleza, explica la insatisfacción de la doctrina ante los distintos intentos (9). No se ha encontrado una solución que pueda satisfacer las mínimas exigencias de rigor científico.

encontrar alguno que satisfaga fines jurisdiccionales en estricto sentido: y mucho menos es voluntaria, porque con frecuencia la intervención judicial resulta para los interesados en promoverla tan necesaria o más que en la jurisdicción contenciosa, en la que, al menos cuando se trata de procesos civiles dispositivos, a diferencia de los inquisitorios, las partes pueden eludir el juicio, ponerle término o sustituirlo por medios autocompositivos y hasta autodefensivos. Tan no es jurisdicción voluntaria (como tampoco *proceso* voluntario) que expositores de diversos países, cual queriendo salvar el escrúpulo de conciencia inherente al empleo de una terminología inexacta, hablan, al referirse a ella, de «die sogenannte freiwillige Gerichtsbarkeit» o bien de la *cosi detta*, de la *soi-disante* o de la *llamada* jurisdicción voluntaria. Y, sin embargo, pese a su notoria impropiedad, el nombre subsiste y persiste, por el lastre de la tradición, tan fuerte en el campo jurídico, y, acaso más, porque la variedad extrema de los procedimientos que la componen y la insuficiencia de las teorías puestas en circulación para explicarla dificultan la indispensable convergencia de pareceres que lleve a cabo el cambio.»

(7) Así, ALVAREZ CASTELLANOS, *El proceso de jurisdicción voluntaria*, en «Revista de Derecho procesal» (primera etapa), 1945, núm. 3, pág. 340.

(8) Reducimos así, en principio, los tres que distingue ALCALÁ-ZAMORA, *Pre-misas*, cit., págs. 13 y ss., por entender que los dos últimos que distingue cabe agruparlos inicialmente en uno.

(9) Estamos ante una actividad de naturaleza muy discutida. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milán, 1970, I, pág. 72. PRIETO CASTRO, *Meditaciones sobre la jurisdicción voluntaria*, en «Trabajos y orientaciones de Derecho procesal», núm. 35, y *Derecho procesal civil*, 9.ª ed., Madrid, 1972, II, págs. 553 y ss.

La simplista fórmula de tratar de catalogar la jurisdicción voluntaria entre las funciones jurisdiccionales (10) o administrativas parece superada (11). Y la cómoda solución de decir que se trata de un tercer género, intermedio, distinto de uno y otro, no puede aducir ni un solo argumento serio para calificar jurídicamente una actividad que se resiste a ser catalogada unitariamente. Porque, en efecto, si bien el primer grupo de los procedimientos que se consideran de jurisdicción voluntaria, por su conexión con las funciones procesales, ocupa, ciertamente, una posición intermedia, que justifica su regulación en los Códigos de Enjuiciamiento (12), el grupo segundo no tiene otra conexión con el principio procesal que su atribución, cuando se considera oportuno rodear de mayores garantías la tramitación de los expedientes a alguno de estos procedimientos, a órganos jurisdiccionales, a órganos a los que confía la función jurisdiccional. De aquí que cuando estemos ante procedimientos en que no se considere necesario ni oportuno atribuir su conocimiento al juzgador y, por tanto, se desarrollan y deciden por órgano que no es jurisdiccional, sino administrativo, la calificación de los mismos como de «jurisdicción voluntaria», en lugar de resolver el problema de su naturaleza, lo agrava. Pues a las dificultades que en sí plantea su régimen jurídico propio, se añadirían las que plantea la naturaleza de la jurisdicción voluntaria.

La impropia terminología utilizada al referirse a esta jurisdicción (15)

(10) Aun cuando se dice que la tesis administrativa es la dominante, no deja de tener adeptos la tesis procesal o judicial. Así, entre nosotros, ALVAREZ CASTELLANOS, *El proceso*, cit.; PINA, *Notas sobre la jurisdicción voluntaria*, en «Derecho procesal» (temas), 2.ª ed., Méjico, 1951, págs. 207 y ss.; SÁEZ y LÓPEZ, *Compendio de Derecho procesal civil y penal*, Madrid, 1968, tomo III, vol. IV, pág. 328; OGAYAR, *Impugnación de la calificación registral*, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 1974, pág. 14.

(11) GUASP, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1945, I, páginas 277 y ss.; opinión que reitera en las distintas ediciones de su *Derecho procesal civil*. ALCALÁ-ZAMORA, que asimismo se adhirió a la tesis administrativa en *Ensayos de Derecho procesal*, Buenos Aires, 1944, págs. 603 y 648, y en *Proceso, autocomposición y autodefensa*, Méjico, 1947, pág. 135, rectificó su posición inicial en *Premisas*, cit. Por nuestra parte, en *Naturaleza del progreso registral*, «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 1949, págs. 581 y ss. En la línea crítica. GARRIDO, *Tratado de Derecho administrativo*, 2.ª ed., Madrid, 1961, I, págs. 33 y ss.

(12) ALCALÁ-ZAMORA, *Premisas*, cit., págs. 13-14.

(13) Una vez más citamos a ALCALÁ-ZAMORA. En *Premisas*, cit., pág. 12, dice: «Esa circunstancia crea una falsa impresión de semejanza y nexa, acorta de manera artificial la distancia entre los dos sectores y engendra confusiones que cabe y conviene evitar mediante el uso de un léxico distinto. Como hace años dijimos a propósito del Derecho hispano-cubano, "que no se llame *demanda* a la *solicitud*, ni *partes* a los *interesados* o *participantes*, ni *proceso* al *expediente*, ni *sentencia* a la *resolución*..., ni *apelación* a la *alzada* (si se admite)", sino que se extienda "a toda la cadena de sujetos y actuaciones el agudo contraste que entre el *juicio* y el *acto* (o mejor, el *negocio*)", como conceptos básicos de una y otra jurisdicción se supo establecer por el legislador español.»

no ha dejado de traducirse también al abordar el régimen jurídico del recurso gubernativo contra la calificación del Registrador, empleándose a veces por la Dirección General de los Registros en sus resoluciones expresiones como «personalidad», «excepción dilatoria» y otras análogas, correctas en el mundo del proceso, pero impropias cuando se trata de aplicar fuera del mismo, aunque sea a un procedimiento de «jurisdicción voluntaria».

d) *Conclusión*

Si la actividad del Registrador de la Propiedad se configura de jurisdicción voluntaria pertenecería a las que no se confían a órganos jurisdiccionales. Por lo que esa vinculación a las instituciones procesales en razón al sujeto que la realiza no existiría.

Por tanto, ¿qué razón existe para no calificar la actuación del Registrador de acuerdo con la naturaleza del funcionario?

Aquí radica, en definitiva, el nudo de la cuestión. No se considera que la excelsa función del Registrador pueda tener la menor relación con la función administrativa. LACRUZ recuerda cómo un hipotecarista alemán, ya antiguo, al comentar la Ordenación alemana del Registro, negaba a la función del Registrador su condición de administrativa, «por ser su cargo un *nobile officium*». Y LACRUZ añade: «Yo creo que la expresión *nobile officium* señala aquí al aspecto judicial de la profesión, que en España, donde, ciertamente, los Registradores no son Jueces, aleja bastante su figura de la de un funcionario administrativo corriente» (14). Pues —dice LACRUZ— el funcionario administrativo «no tiene independencia objetiva ni subjetiva: está acostumbrado y obligado a obedecer a sus superiores y aceptar sus indicaciones en el desempeño de sus tareas administrativas. La independencia del Registrador en el desempeño de su función es más semejante a la del Juez» (15).

Realmente, repetimos, ante el panorama que nos ofrece la realidad administrativa, es explicable esta resistencia a... llamar a las cosas por su nombre. Porque por muy especial que sea el régimen jurídico de su actuación, no parece posible negar que el Registro de la Propiedad sea un servicio público y que los funcionarios a los que se encomienda sean administrativos.

Cierto que su independencia de actuación no se da normalmente en la actuación de otros funcionarios. Pero tampoco aquí las diferencias son

(14) *Jurisdicción y Administración*, cit., pág. 15.

(15) *Jurisdicción y Administración*, cit., pág. 16.

sustanciales, sino derivadas de la corruptela. Por eso, LACRUZ, al referirse al «funcionario administrativo corriente», dice que «está acostumbrado y *obligado* a obedecer». Y se equivoca al decir «obligado», al menos en términos absolutos. Cuando un funcionario administrativo—por muy corriente que sea—, en la esfera de su competencia, emite una propuesta o informe, no tiene por qué hacerlo en el sentido que se le ordene—o indique—por el superior, sino que debe emitir su opinión de acuerdo con lo que estime procedente en Derecho. Si luego no le gusta al que tiene que firmar la propuesta, éste será muy dueño para apartarse de ésta; pero lo que no podrá hacer es ordenar al funcionario que haga otra propuesta. Si así se hace—y se hace—no es porque lo imponga el Derecho administrativo y la naturaleza de la función, sino por corruptela.

Dada la posición del Registrador, la independencia se potencia al máximo. Lo que constituye una garantía real de la calificación. Pero esta independencia no es suficiente para negar la condición de funcionario administrativo (16).

La especialidad de la función—tiene por objeto normalmente actividad de Derecho privado—determina que el acto que dicta no esté sometido al régimen común de revisión de los actos administrativos. Pero esto tampoco permite negar al recurso que en última instancia resolverá una Dirección General del Ministerio de Justicia la calificación de administrativo. Será un recurso sujeto a una normativa especial. Pero administrativo. Y, por consiguiente, en tanto en cuanto ello sea compatible con su régimen especial y con los principios que le informan, se aplicarán supletoriamente las normas sobre los recursos administrativos de la Ley de Procedimiento Administrativo.

3. FUNDAMENTO

Si los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales (art. 1.º de la Ley Hipotecaria), en principio sería lógico que fuesen los Tribunales de Justicia los que decidieran acerca de la legalidad o ilegalidad del acuerdo denegando el acceso al Registro de la Propiedad de un título.

El Ordenamiento hipotecario así lo permite en el artículo 66 de la Ley Hipotecaria; pero lo permite al lado—o, si se quiere, como forma subsidiaria—del recurso gubernativo. «Los interesados—comienza este artículo—podrán reclamar gubernativamente contra la calificación del título

(16) Ultimamente ha defendido esta posición, con argumentos en nuestra opinión irrefutables, OGAYAR, *Impugnación de la calificación registral*, cit., págs. 14-15.

hecha por el Registrador en la cual se suspenda o deniegue el asiento solicitado.»

¿Por qué esta diferencia de régimen? ¿Por qué no cabe el «recurso gubernativo» contra la calificación que conduce a extender el asiento solicitado y sí en caso contrario?

Parece que la razón no es otra que los efectos tan diferentes que una y otra resolución comportan. Porque cuando se accede a extender el asiento solicitado, el Registro despliega plenamente sus efectos, sin perjuicio de que los perjudicados puedan promover el proceso correspondiente dirigido a obtener la nulidad del asiento, con la garantía de la anotación preventiva de la demanda, Así, la Resolución de 17 de diciembre de 1971.

Sin embargo, cuando el resultado es el no acceso al Registro del acto, el que solicitó el asiento se encuentra sin ninguna de las garantías de seguridad que el Registro confiere. De aquí que se arbitre una vía de impugnación más expedita y rápida que el proceso ante la jurisdicción ordinaria, al mismo tiempo que se prorrogan los efectos del asiento de presentación y, en su caso, de la anotación preventiva hasta que se resuelva definitivamente el recurso (art. 66, párrafo tercero, Ley Hipotecaria).

La resolución del recurso permitirá obtener la inscripción o, por el contrario, dejar al interesado como única alternativa la procesal, aparte, por supuesto, de proceder a la subsanación o rectificación del título, de acuerdo con la nota del Registrador.

Admitida la impugnación por vía de recurso, parecía lógico haber atribuido la competencia para su decisión en una única instancia al Centro Directivo de que dependa el Registrador (17). Ahora bien, si se piensa que dada la especial configuración del servicio registral, se confían las funciones de inspección y vigilancia, además de a la Dirección General de los Registros y del Notariado, al Presidente de la Audiencia (artículos 267 y 269, Ley Hipotecaria; arts. 469 a 471, Reglamento Hipotecario), está plenamente justificada esta regulación, que atribuye la competencia en una primera instancia al Presidente de la Audiencia, y no existe razón alguna para modificar esta regulación dada la garantía que siempre supone la intervención de un órgano vinculado al Poder judicial y la indiscutible eficacia de la misma (18).

(17) Así se defiende en la propuesta de reforma con que termina el trabajo de OGAYAR, *Impugnación de la calificación registral*, cit., págs. 24 y ss.

(18) Lo que reconoce y destaca el propio OGAYAR, *ob. cit.* en nota anterior.

4. REGULACIÓN

a) *Legislación hipotecaria*

El «recurso gubernativo» se encuentra regulado en la Ley Hipotecaria (art. 66) y Reglamento Hipotecario (arts. 112 a 136).

b) *Legislación supletoria*

El problema de la legislación supletoria viene complicado por la discusión acerca de la naturaleza jurídica del recurso.

Partiendo de la configuración como procedimiento de jurisdicción voluntaria, se ha negado la aplicación a cualquier precepto de la Ley de Procedimiento Administrativo. En este sentido, por ejemplo, la Resolución de 23 de marzo de 1961, cuya importancia ha destacado ROCA (19), en cuanto que, además de consagrar solemnemente la naturaleza de jurisdicción voluntaria, declara que la excepción contenida en el artículo 1.º, 7, del Decreto de 10 de octubre de 1958, que determina los procedimientos administrativos especiales, se refiere a los regulados en los artículos 265 y 289 de la Ley Hipotecaria y 563 y 618 de su Reglamento, pero no comprende los que por su naturaleza y circunstancias se hallan fuera de la competencia del citado Decreto.

Realmente, la afirmación de que el artículo 1.º, 7, del Decreto de 1958 se refiere a los procedimientos regulados en los artículos 265 y 289 de la Ley Hipotecaria y 563 y 618 de su Reglamento es inexacta. Porque el apartado 7 del artículo 1.º del Decreto citado se refiere, sin distinguir, a «los procedimientos regulados en las Leyes y Reglamentos Hipotecarios...». Ello no quiere decir que puedan someterse sin más estos procedimientos al régimen de los especiales, a que se refiere el artículo 1.º, 2, de la Ley de Procedimiento Administrativo. Pues como han señalado *ui supra* las normas generales de la Ley de Procedimiento Administrativo, que, según este artículo 1.º, 2, serían de aplicación como tal procedimiento especial, son incompatibles con los principios y regulación de los procedimientos hipotecarios. Pero en cuanto sean compatibles, no hay razón alguna para negar la aplicación supletoria de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Sin embargo, el criterio de las Resoluciones de la Dirección General es cerrado al respecto. Así, una Resolución de 23 de febrero de 1968, dictada

(19) ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario* (6.ª ed.), Barcelona, 1968, II, páginas 293-294.

en recurso contra acuerdo del Registro Mercantil, reitera la doctrina de la de 23 de marzo de 1961 y en su tercer considerando establece: «Que igualmente la mencionada resolución estableció que la excepción contenida en el número 7 del artículo 1.º del Decreto de 10 de octubre de 1958, que determina los procedimientos administrativos especiales, a los que no se aplican los preceptos contenidos en el título I, capítulo II, títulos IV y VI de la Ley de Procedimiento Administrativo, se refiere a aquellos procedimientos de las disposiciones citadas cuya materia es administrativa y, entre otros, los regulados en los artículos 265 y 289 de la Ley Hipotecaria, 563 y 618 del Reglamento para su ejecución, 340 y siguientes del Reglamento Notarial, pero no comprende los que por su naturaleza y circunstancias se hallan fuera de competencia del citado Decreto» (20).

En consecuencia, al plantear la cuestión sobre el cómputo de plazos, establece (cuarto considerando): «Que si se trata de recurso gubernativo interpuesto contra la calificación de los Registradores Mercantiles, las normas a aplicar, en defecto de las específicamente suyas, recogidas en el título II del Reglamento del Registro Mercantil, serán las mismas que el Reglamento Hipotecario establece para los recursos gubernativos contra la calificación de los Registradores de la Propiedad, dada la remisión que el Reglamento Hipotecario hace de la disposición transitoria adicional cuarta del primer texto literal citado» (21).

No obstante, hay que destacar alguna resolución que, rectificando la anterior tendencia, no duda en acudir a la Ley de Procedimiento Administrativo. Así, la Resolución de 28 de mayo de 1971 (*Anuario*, págs. 22 y siguientes), en cuyo primer considerando establece: «Que aun cuando se trata de dos notas de calificación, la íntima conexión existente entre ellas, y en armonía con los principios de economía, celeridad y eficacia que inspiren los procedimientos actuales, del que es muestra el artículo 73 de la Ley de Procedimiento Administrativo, aconsejan acumularlos y resolverlos en un único y solo expediente.»

(20) Publicada en el *Anuario* de 1968, págs. 92 a 97.

(21) Realmente, como después se señala, esta diferente regulación no tiene sentido después del Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, reformando en Título preliminar del Código civil al disponer el artículo 5.º del Código civil: «1. Siempre que no se establezca otra cosa, en los plazos señalados por días, a contar de uno determinado, quedará éste excluido del cómputo, el cual deberá empezar en el día siempre; y si los plazos estuviesen fijados por meses o años, se computarán de fecha a fecha. Cuando en el mes del vencimiento no hubiera día equivalente al inicial del cómputo, se entenderá que el plazo expira el último día del mes. 2. En el cómputo civil de los plazos no se excluyen los días inhábiles.»

Sobre el problema me remito a mi trabajo *La norma sobre cómputo de plazos del Código civil y su aplicación al procedimiento y proceso administrativos*, «Documentación jurídica», núm. 4 (octubre de 1974), págs. 1297 y ss.

III. REQUISITOS

1. IDEA GENERAL

a) *Concepto*

Para que el órgano al que se dirige el recurso pueda resolver la petición que se deduzca y, en consecuencia, anular el acto y acordar la inscripción denegada o suspendida, es necesario que concurren unas circunstancias, que constituyen los requisitos del recurso.

Así ocurre tanto en el ámbito de los procedimientos jurisdiccionales como en el de los administrativos. Y, por tanto, cualquiera que sea su naturaleza, en el recurso gubernativo. Sin que se den tales requisitos sería improcedente cualquier pronunciamiento en cuanto al fondo del recurso.

b) *Clases*

Los requisitos del recurso pueden clasificarse, en atención a los elementos a que afecta, en:

a') *Subjetivos*: Referentes al órgano ante el que se interpone (en especial competencia, régimen de abstención y recusación) y referentes a los interesados (capacidad, legitimación y postulación).

b') *Objetivos*: Que se desdoblan fundamentalmente en dos: actos susceptibles de recurso y motivos de impugnación.

c') *De la actividad*: Lugar, tiempo y forma.

c) *Tratamiento jurídico*

El tratamiento jurídico se traduce en el examen de las dos cuestiones fundamentales siguientes: si los defectos pueden ser tenidos en cuenta de oficio y si son susceptibles de subsanación.

a') *Posibilidad de examen de oficio*: Alguna Resolución de la Dirección General, al referirse al defecto de uno de los requisitos de admisibilidad—la legitimación—, ha sentado la improcedencia de la apreciación de oficio. Así, la Resolución de 10 de agosto de 1940, que, reiterando la de 8 de enero de 1921, en su último considerando establece:

«Que la denominada más o menos técnicamente falta de personalidad del Notario debe alegarse en forma de excepción dilato-

ria por el Registrador al defender su nota calificadora, conforme a la Resolución de 8 de noviembre de 1921 (22), no siendo admisible si se formula sólo por otros en el escrito de apelación.»

Esta doctrina no parece correcta. En primer lugar, porque la llamada «excepción dilatoria» es un medio de oposición propio del proceso, por lo que no es susceptible de aplicación en un procedimiento que es administrativo. Ni siquiera aceptando la tesis de la jurisdicción voluntaria sería correcta.

Sí, como se ha señalado, a estos procedimientos son de aplicación las normas reguladoras del procedimiento administrativo en cuanto no exista norma especial en contrario o sean incompatibles con los principios informantes de este recurso especial, no parece ofrecer duda la aplicación supletoria de las normas de la Ley de Procedimiento Administrativo y entender que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 119 de ésta, el órgano ante el que se interpone el recurso decidirá cuantas cuestiones plantee el expediente, aunque no hayan sido alegadas por los interesados. Entre ellas, la de la admisibilidad del recurso por concurrir todos los requisitos.

b') *Posibilidad de subsanación*: La regulación de los procedimientos administrativos—y, por supuesto, del proceso administrativo—ha adoptado entre sus principios informantes el antiformalismo. El preámbulo de la Ley de Procedimiento Administrativo (ap. V, 2) así lo dice expresamente. Y el artículo 71, en aplicación del mismo, consagra la posibilidad de subsanar todo defecto del escrito de iniciación de un procedimiento que fuere susceptible de ello. En cuanto los requisitos del recurso deben darse en el momento de iniciación y concurrir en el escrito de interposición, parece evidente que cualquier falta que afecte a alguno de ellos susceptible de subsanación podrá ser subsanada. Es más, el artículo 71 de la Ley de Procedimiento Administrativo impone al órgano administrativo ante el que se tramita un procedimiento, que aprecie la existencia de un defecto, el requerimiento a la persona que presentó el escrito para que lo subsane, concediéndole al efecto un plazo de diez días—plazo que será prorrogable según el artículo 57 de la misma ley—. De tal modo que no podrá declararse inadmisibile un recurso por cualquier defecto subsanable, si no se cumplió lo prevenido en el artículo 71 y el interesado no subsanó el defecto.

(22) Las resoluciones de la Dirección General, al aplicar el régimen procesal de falta de personalidad (Resoluciones de 8 de enero de 1921 y 10 de agosto de 1940), llegan a soluciones que no consideramos correctas.

No existe razón alguna que justifique la inaplicación de este precepto al procedimiento en el que se tramita un recurso gubernativo contra la calificación de un Registrador. Siempre que el defecto sea subsanable, no podrá declararse la inadmisibilidad sin haber dado previamente la oportunidad al interesado de llevar a cabo la subsanación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

2. REQUISITOS SUBJETIVOS

a) *Referentes al órgano ante el que se interpone*

a') *Competencia:* Para que el órgano ante el que se interpone el recurso gubernativo pueda dictar resolución sobre la cuestión en el mismo planteada es necesario que tenga competencia. En otro caso, la resolución adolecerá de un vicio de incompetencia y, por tanto, será inválida, invalidez que podría consistir en la nulidad de pleno derecho si la incompetencia fuese manifiesta.

En segundo grado, como el único órgano competente para la resolución del recurso de apelación es la Dirección General de los Registros y del Notariado, no surgirán dificultades en este aspecto y no es posible que se den supuestos de incompetencia. Y, ciertamente, tampoco es probable que se planteen en la Primera Instancia, ante la claridad de la delimitación de la competencia en la normativa vigente, que la atribuye al «Presidente de la Audiencia Territorial respectiva» (art. 113 del Reglamento Hipotecario), esto es, de la Audiencia en cuyo territorio tenga su circunscripción el Registro del titular que dictó el acto objeto de impugnación.

De este modo se rectificó la regulación anterior, en la que existía una primera instancia ante el Juez de Primera Instancia (v. gr., Resoluciones de 18 de septiembre de 1895 y 8 de enero y 3 de junio de 1896).

Hoy el escrito de interposición del recurso podrá presentarse ante el «Juez de Primera Instancia del partido a que corresponda el Registro» (artículo 113 del Reglamento Hipotecario), pero el destinatario del recurso será el Presidente de la Audiencia. El Juez de Primera Instancia será un simple buzón. Su función será en estos recursos análoga a la que desempeñan los órganos que enumera el artículo 66 de la Ley de Procedimiento Administrativo en los demás procedimientos administrativos. Lo que no supone que no se aplique el artículo 66. Ha de interpretarse la norma del artículo 113 del Reglamento Hipotecario, en el sentido de que el órgano a que se refiere el apartado 2 del artículo 66 de la Ley de Procedimiento Administrativo es en estos casos el Juzgado de Primera Instancia.

No obstante, dado el formalismo y tendencia a huir de todo lo que sea normativa del procedimiento administrativo, es aconsejable prescindir de lo que dispone el artículo 66 de la Ley de Procedimiento Administrativo y, para evitar problemas de inadmisibilidades, presentar el escrito ante alguno de los órganos que enumera el artículo 113, párrafo primero, del Reglamento Hipotecario.

Se incurrirá en incompetencia si se dirige—y resuelve—el recurso por:

- El Juez de Primera Instancia o cualquier otro órgano distinto del Presidente de la Audiencia.
- El Presidente de la Audiencia en cuyo territorio no tenga su circunscripción el Registro.

Si así ocurriera—lo que, como se ha señalado, no parece probable—, la Dirección General de los Registros y del Notariado, al conocer del «recurso de apelación», deberá, de oficio o por haberse planteado por los interesados, anular la resolución recaída en Primera Instancia.

Si el posible defecto de competencia se apreciara antes de la resolución, en nuestra opinión no ofrece duda la aplicabilidad con carácter supletorio del artículo 8, 2, de la Ley de Procedimiento Administrativo, por lo que el órgano incompetente debería remitir las actuaciones al que considere competente.

b') *Régimen de abstención y recusación*: Es incuestionable que no debe resolverse el recurso por persona en la que concurra algún motivo de recusación o abstención. Una vez más se impone la decisión acerca de la normativa aplicable.

Creo que no es posible poner en tela de juicio que serán las normas sobre abstención y recusación de la Ley de Procedimiento Administrativo (arts. 20 y 21) las únicas aplicables a la Segunda Instancia. Pues el Director General de los Registros y del Notariado, órgano puramente administrativo, integrante de la Administración del Estado, debe ajustar su actuación a las normas de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Ahora bien, como la Primera Instancia se resuelve por el Presidente de un «órgano judicial», ¿pueden aplicarse las normas de la Ley de Procedimiento Administrativo? ¿O debe regirse por las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil?

Desde el momento que actúa, no como órgano judicial—el Presidente de la Audiencia no es un órgano judicial—, en un recurso que debe calificarse de administrativo, parece evidente que también debe regirse por las normas de la Ley de Procedimiento Administrativo, con los efectos que sus preceptos atribuyen a la decisión por quien está incurso en un motivo

de abstención o recusación, esto es: «no implicará *necesariamente* la invalidez de los actos» (art. 20, 3, de la Ley de Procedimiento Administrativo).

b) *Requisitos subjetivos referentes a los interesados*

a') *Capacidad*: De las personas que, según el artículo 112 del Reglamento Hipotecario, están legitimadas para interponer el recurso, únicamente se plantea el problema de la capacidad respecto de las del apartado primero, ya que las otras, dada su condición de funcionarios, bastará que la ostenten.

Cuando quien deduce el recurso no es el Fiscal (art. 112, ap. 2.º) ni el Notario (art. 112, ap. 3.º), sino la persona natural o jurídica en quien concurra alguna de las circunstancias del apartado 1.º del artículo 112 del Reglamento Hipotecario, deberá tener capacidad de obrar. Dada la remisión que el artículo 22 de la Ley de Procedimiento Administrativo hace a las «normas civiles», no se plantean aquí las dudas que existen en otros aspectos de la regulación del recurso acerca de la normativa aplicable.

Por tanto:

a'') Si el interesado es una persona física deberá tener capacidad de obrar o, en otro caso, suplir la incapacidad por los medios previstos en el Derecho civil.

b'') Si el interesado es una persona jurídica deberá actuar a través de quienes ostenten la representación de la misma. A tal efecto se ha declarado que:

- «Es fuerza conocer en representación legítima del Estado al Abogado del mismo» (Resolución de 5 de diciembre de 1894). Ahora bien, siempre y cuando no se confíe la representación a órgano distinto, como es el ramo de Guerra, en que se atribuye «a las Comisarias de Guerra, interventores de los respectivos distritos, esta representación» (Resolución de 15 de septiembre de 1897).
- «Que los agentes ejecutivos obran como mandatarios de la Administración en lo referente a funciones meramente recaudatorias, y dentro de éstas tienen personalidad y facultades encaminadas a hacer efectivos los descubiertos que existan en favor de la Hacienda, pero carecen de competencia para representar a la misma cuando sus intereses puedan estimarse lesionados

por la negativa de los Registradores a inscribir documentos derivados de los expedientes de apremio» (Resolución de 18 de abril de 1912).

- Que la representación conferida a un Director General de una Sociedad para representarla ante las oficinas públicas, autoridades y funcionarios es suficiente para interponer el recurso gubernativo, sin que pueda aducirse en contra que los Estatutos exijan acuerdo del Consejo de Administración para la interposición de toda clase de litigios, pues ello supondría prejuzgar «con inexactitud el verdadero carácter del recurso gubernativo, que según la técnica registral moderna ha de situarse dentro de la jurisdicción voluntaria y no en el campo propio de la contenciosa» (Resolución de 14 de julio de 1934).
- Que ostenta la representación de la Caja de Ahorros su Presidente cuando la Junta de Gobierno se la confirió antes del escrito de interposición (Resolución de 26 de octubre de 1938).

En la Administración pública, en cuanto exista una persona jurídica pública distinta del Estado (art. 1, ap. 2, de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), tiene capacidad para recurrir con independencia del Estado, a través de sus representantes. Así se ha reconocido expresamente a alguna entidad, como el IRYDA. El artículo 235, apartado tercero, párrafo segundo, de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, aprobada por Decreto 118/1973, de 12 de enero, dice: «El Instituto tendrá personalidad para recurrir gubernativamente contra la calificación registral, por los trámites establecidos en la Ley Hipotecaria y en su Reglamento.» El precepto se refiere a la concentración parcelaria. Pero es incuestionable la capacidad de los organismos autónomos, siempre que reúnan los requisitos de legitimación.

Parece indudable la aplicación del principio, sancionado por reiterada jurisprudencia, referido a los procedimientos administrativos en general, de que la personalidad reconocida en una fase del mismo no puede desconocerse en otra ulterior. Así, por ejemplo, una Resolución de 15 de septiembre de 1897 dice que «D. E. C. ostentó el carácter de Comisario de Guerra Interventor al interponer el recurso, sin que el Registrador lo pusiera en duda, por lo cual tuvo personalidad para interponerlo como representante del Estado».

b') *Legitimación.* a') *Personas interesadas:* El interés «directo, personal y legítimo» que, como requisito para recurrir, establece el artículo 113, 1, de la Ley de Procedimiento Administrativo, se concreta en

el recurso gubernativo contra la calificación del Registrador en encontrarse en una de las situaciones siguientes:

a'') *Que se hubiera de practicar la inscripción a su favor:* Es obvio que si el recurso se deduce contra un acto registral que suspendió o denegó una inscripción, el primer interesado es aquel a cuyo favor hubiera de practicarse la inscripción, que no pudo efectuarse precisamente como consecuencia del acto impugnado. De aquí que se haya reconocido legitimación al adquirente que solicitó la inscripción (Resolución de 31 de marzo de 1936), al adquirente cuando se ha denegado la inscripción del derecho del transferente (Resolución de 4 de julio de 1881), al sucesor del adjudicatario (Resolución de 17 de noviembre de 1897) y a los albaaceas contadores-partidores (Resolución de 30 de abril de 1906 y 28 de julio de 1954).

En la Resolución de 9 de marzo de 1971 se dice que «entre las personas que el artículo 112 del Reglamento Hipotecario enumera para poder entablar el recurso gubernativo... no cabe incluir la del recurrente, que al no haber presentado en el Registro la escritura de compraventa de la que dice resultar la transmisión de la finca a su favor y no haberse podido tener en cuenta, en consecuencia, para la calificación, en principio carece de interés desde el punto de vista registral en la situación de doble inmatriculación que dice haberse planteado».

b'') *Tener interés conocido en asegurar los efectos de la inscripción, como transferente o por otro concepto:* Cualquier interés conocido en asegurar los efectos de la inscripción es suficiente para conferir legitimación para recurrir. Se cita como ejemplo típico el del «transferente», cuyo interés es incuestionable. En cuanto el adquirente no puede obtener la inscripción a su favor del derecho transmitido como consecuencia de algún defecto, podrá dirigirse frente a aquél a fin de que la transmisión produzca plenos efectos. Pero no se limita a este supuesto. Y admite cualquier otro.

c'') *Quien ostente notoriamente o acredite en forma auténtica la representación legal o voluntaria:* Las personas con legitimación para recurrir podrán hacerlo por sí o bien a través de representante. Es éste un principio general del procedimiento administrativo (art. 24 de la Ley de Procedimiento Administrativo) que tiene aplicación aquí. El artículo 24 dice que para formular reclamaciones—y, por tanto, recursos—, el representante deberá acreditar la representación «mediante documento público, documento privado con firma notarialmente legitimada y, en su caso, legalizada o poder *apud-acta*». En nuestra opinión, no ofrece duda la aplicabilidad de este precepto al recurso gubernativo contra la calificación del Registrador, en cuanto a los medios para acreditar la representación. Pues

el artículo 112, 1.º, del Reglamento Hipotecario admite que el representante no «acredite en forma auténtica la representación» cuando la «ostente notoriamente».

Pero salvo este supuesto de que se «ostente notoriamente» la representación, será necesario acreditarla «en forma auténtica». Y son medios de acreditarla auténticamente los que enumera el artículo 24 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Reiteradas resoluciones se han referido a esta exigencia de acreditar la representación (v. gr., Resoluciones de 21 de enero de 1875 y 22 de enero y 1 de julio de 1927). Una Resolución de 17 de mayo de 1943 exige que se aporte el poder. Y otra de 6 de diciembre de 1879 niega personalidad al mandatario verbal de los interesados.

Ahora bien, este requisito de acreditar la presentación ha de entenderse subsanable, a tenor del artículo 71 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

b'') *El Fiscal de la Audiencia*: Tiene legitimación para recurrir el Fiscal de la Audiencia cuando concurren las circunstancias siguientes:

- Que se trate de suspensiones o negativas a inscribir documentos expedidos por un órgano jurisdiccional.
- Que el documento hubiere sido expedido en «asuntos criminales o civiles en los cuales deba ser parte con arreglo a las leyes».

Una Resolución de 6 de junio de 1968, recaída en recurso interpuesto por el Fiscal de la Audiencia Provincial contra la negativa del Registrador a inscribir un mandamiento judicial dictado por un Juez de instrucción de la provincia, resolvió la cuestión previa de si tenía legitimación el Fiscal en sentido afirmativo, «dados los amplios términos en que aparece redactado el número 2 del artículo 112 del Reglamento Hipotecario, y en base a que por haber sido parte en el procedimiento y por su carácter de representante de la ley debe procurar la efectividad de la resolución judicial recaída, que aparece obstaculizada por el no despacho del título».

Esta resolución, por tanto, reconoce legitimación al Fiscal de la Audiencia Provincial que fue parte en el proceso penal. Cuando el documento objeto de inscripción se hubiere producido en «asunto civil» (23), ¿puede

(23) En la amplia expresión reglamentaria «asuntos civiles» deben incluirse no sólo los procesos civiles (ordinarios o especiales), sino también los procedimientos de jurisdicción voluntaria. Lo esencial es que en los mismos haya intervenido el Fiscal—aunque no hubiera sido como parte en sentido técnico—«con arreglo a las leyes», esto es, cuando esta intervención esté prevista en una disposición legal.

admitirse la misma solución? Porque cuando la legislación hipotecaria se refiere a la Audiencia en relación al Registro, es a la Audiencia Territorial, no a la Provincial. Ahora bien, esto es así en orden a las funciones de control e inspección que se confieren al Presidente de la Audiencia Territorial. En el supuesto concreto de legitimación para recurrir, el problema debe resolverse—a tenor del precepto reglamentario y de la citada Resolución de 6 de junio de 1968—a favor del *Fiscal que intervino en el procedimiento en que se dictó el acto cuyo acceso al Registro fue suspendido o denegado*.

Esta legitimación del Fiscal no se reconoce en exclusiva. Sino que expresamente se establece la compatibilidad con la que incuestionablemente tienen los interesados, según el apartado 1.º del artículo 112 del Reglamento Hipotecario. El recurso puede ser entablado por el Fiscal en el supuesto del apartado 2.º de este artículo, «independientemente y sin perjuicio del derecho de los interesados, conforme a lo dispuesto en el número anterior».

c'') *El Notario autorizante del título, en todo caso*: Esta rotunda y terminante expresión del precepto reglamentario ha superado las dudas interpretativas surgidas durante la vigencia de la normativa anterior, como pone de manifiesto el hecho del número de resoluciones citadas sobre el tema (24). Como dice una Resolución de 16 de octubre de 1964, en su segundo considerando, «el artículo 112, 3.º, del Reglamento Hipotecario establece que podrá interponer el recurso gubernativo el Notario autorizante de la escritura, en todo caso, circunstancia que tiene lugar en el presente expediente, en que el propio fedatario recurre contra la nota puesta a la escritura que autorizó».

El único requisito exigido, pues, es que se trate del mismo Notario que autorizó el título. De aquí que se reconozca al Notario sustituto que hubiese autorizado la escritura y no al Notario en cuyo protocolo se incorporó. Así, Resolución de 22 de octubre de 1962 (25).

CAMY considera vigente la doctrina de la Dirección anterior, según la cual no tenía legitimación el Notario autorizante cuando la calificación se refiere a omisiones en el pago de los impuestos o a no acompañarse la

(24) En el índice de la recopilación de ROCA SASTRE y MOLINA, *Jurisprudencia registral*, tomo X, Barcelona, 1967, enumera en el epígrafe «Recurso gubernativo (Notario: tiene personalidad)» 93 resoluciones. Y en el epígrafe «Recurso gubernativo (Notario: no tiene personalidad)», 47.

(25) Dada la importancia de esta resolución fue muy comentada por la doctrina. Cfr. MARTÍNEZ SARRIÓN, *Repercusiones prácticas de escrituras notariales*, en «Revista de Derecho privado», 1964, pág. 184, y los comentarios de CAMY y CÁNOVAS COUTIÑO en la misma revista (1963, págs. 193 y ss.) y «Crítica de Derecho Inmobiliario» (1963, pág. 85), respectivamente.

oportuna carta de pago de los mismos, por ser actos posteriores a su actuación (Resolución de 17 de diciembre de 1921 y 30 de junio de 1939) (26).

Es tan amplia la legitimación del Notario, que incluso se reconoce «a efectos exclusivamente doctrinales, aun cuando se hubiesen inscrito los documentos calificados en virtud de subsanación de los defectos alegados en la nota por el Registrador». No es ésta una excepción al principio general, según el cual «donde no hay interés no hay acción», sino un reconocimiento del «interés» del Notario a que prevalezca su criterio profesional, ya que una suspensión o denegación de la inscripción siempre envuelve una especie de censura para el mismo, que puede afectar a su prestigio profesional (27).

Precisamente el «prestigio profesional del Notario» se considera motivo bastante para admitir un recurso, pese a haberse extendido el asiento, cuando subsiste la nota de denegación sin rectificación. Así, Resolución de 5 de junio de 1968, a que nos referiremos después [cfr. ap. 3, b)].

La posibilidad de recurso «a efectos exclusivamente doctrinales» permite asimismo compatibilizar aquel interés profesional del Notario y el de las personas a cuyo favor se hubiese de practicar la inscripción, que, sin duda, pueden preferir la vía rápida de subsanar los defectos, a embarcarse en un procedimiento de impugnación, siempre lento y de resultado incierto. La subsanación permitirá obtener la inscripción, sin perjuicio de que el Notario pueda agotar la vía de impugnación.

c') *Postulación*: En el recurso gubernativo contra la calificación del Registrador, como, en general, en los procedimientos administrativos, no se exige la asistencia de técnico del Derecho. Los interesados, a que se refiere el apartado 1.º del artículo 112 del Reglamento Hipotecario, podrán deducir el recurso y seguir las actuaciones ulteriores sin estar representados por Procurador ni asistidos de Abogado.

Ahora bien, como se señaló al estudiar la legitimación (supuesto del apartado 1.º del art. 112 del Reglamento Hipotecario), podrán actuar por medio de representantes que no necesitarán ningún título ni estar incorporados a Colegio profesional alguno (28).

(26) CAMY, *Comentarios*, cit., V, pág. 264.

(27) Así, ROCA, *Derecho hipotecario*, cit., II, pág. 297.

(28) Este principio de libertad de actuación sufrió un atentado por la Orden de 30 de abril de 1966, que dispuso: «La facultad de obrar en concepto de representante ante los órganos de la Administración pública, que confiere el artículo 24 de la Ley de procedimiento administrativo, no tiene otro alcance que el de poder realizar actos esporádicos, no retribuidos, derivados de relaciones de amistad o buena convivencia, sin que de forma alguna pueda entenderse que al amparo de dicho precepto pueda actuarse por representación de una forma habitual remunerada o con carácter profesional, puesto que para ello sería requisito imprescindible el so-

3. REQUISITOS OBJETIVOS

a) *Acto y recurso*

No es concebible un recurso sin acto que impugnar. El acto aparece, pues, como el primer requisito del recurso, como un presupuesto del mismo. Y, en principio, el acto individualiza el recurso. Lo que no im-

meterse a las demás normas de carácter profesional y fiscal que regulan la materia y concretamente el Estatuto Orgánico de la Profesión de Gestor Administrativo, aprobado por Decreto 424/1963, de 1 de marzo. Con el fin de evitar que los distintos órganos de la Administración pública permitan la intervención como representantes con carácter habitual, lucrativo y profesional de personas que carecen de esta facultad por no cumplir los requisitos exigidos por las disposiciones de carácter profesional citadas, esta Presidencia del Gobierno, en virtud de las facultades que le confiere la disposición final segunda de la Ley de procedimiento administrativo, ha tenido a bien aclarar la presente cuestión de la siguiente forma: La actuación ante los órganos de la Administración pública en concepto de representante al amparo del artículo 24 de la Ley de procedimiento administrativo, cuando se lleve a cabo de forma habitual, retribuida o profesional, deberá someterse al cumplimiento de las normas establecidas en el Estatuto Orgánico de la Profesión de Gestor Administrativo, aprobado por Decreto 424/1963, de 1 de marzo. Los no profesionales únicamente podrán representar a otras personas ante la Administración al amparo de dicho artículo 24 en casos esporádicos, no retribuidos ni profesionales, surgidos como consecuencia de relaciones de amistad o buena convivencia. La presente Orden se entenderá sin perjuicio de las normas especiales sobre la materia referentes a las profesiones de Abogados, Procuradores de los Tribunales y Graduados sociales.»

La Orden reconoce la posibilidad de actuación de los Graduados sociales. A la misma se refiere una sentencia de 17 de octubre de 1973, que establece: «De modo genérico para el proceso administrativo confiere aquel artículo 24 derecho al interesado para actuar por medio de representante, concepto éste que se interpreta de amplio modo en la Sección III, número 4.º, de la Exposición de Motivos correspondiente a la Ley de referencia, en cuya virtud al establecer las Ordenes recurridas posibilidad de actuar ante la Administración por sí o por medio de persona autorizada no hacen más que reproducir en idéntica función de dar facilidades a los interesados lo dispuesto sobre la materia en la susodicha Ley procedimental, lo que es compatible con que voluntariamente puedan recabar los adecuados servicios profesionales del Graduado social previstos por el Decreto de 1964, ya que es en éste, y no en las Ordenes impugnadas, donde corresponde definir sus atribuciones profesionales, que así aparecen por entero coherentes con las Ordenes en cuestión meramente reproductivas, como se ha señalado, de normas contenidas en la Ley de procedimiento administrativo, de donde se infiere que sólo en el supuesto de que el invocado Decreto de 1964 fuera contradictorio a esta Ley resultaría con aquél discordantes las Ordenes impugnadas, hipótesis inadmisibles conforme a lo expuesto y que, aun cuando dialécticamente se aceptara, quedaría inoperante por aplicación del principio de prioridad jerárquica de la Ley sobre el Decreto impuesto por el artículo 26 de la Ley de régimen jurídico de la Administración del Estado, siendo así forzoso concluir que las Ordenes de referencia en ningún aspecto interfieren y menos coartan, restringen o vulneran las atribuciones que en el campo de la seguridad social confiere a los Graduados sociales el Decreto de 22 de octubre de 1964, cuyas normas no se infringen dada la compatibilidad con dicho Decreto y ajuste al orden jurídico de las Ordenes combatidas, evidenciándose en consecuencia la necesidad

pide que cuando se dé una íntima conexión entre dos o más actos quepa la acumulación de los recursos, como ha reconocido la Resolución de 28 de mayo de 1971, aplicando el artículo 73 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

De aquí que tenga sentido el recurso en tanto subsista el acto, pero no cuando se revoca. Por lo que se produce la extinción del recurso cuando el Registrador rectifica la nota (Resolución de 10 de octubre de 1972).

En el supuesto de que el recurso se deduzca antes de producirse la nota de calificación, estaremos ante un recurso prematuro. La Dirección General considera que si se reproduce después acompañando el documento que contiene la nota, queda interpuesto dentro de plazo (Resolución de 5 de junio de 1907).

b) *Actos recurribles*

El «recurso gubernativo» no es admisible frente a cualquier acto registral de calificación. Únicamente es admisible «contra la calificación del título hecha por el Registrador en la cual se suspenda o deniegue el asiento solicitado» (art. 66 de la Ley Hipotecaria). Como dice la Resolución de 11 de noviembre de 1970, «el recurso gubernativo puede interponerse solamente cuando la calificación del Registrador suponga la suspensión o denegación del asiento solicitado, pero no cuando este asiento se ha extendido». En el mismo sentido, la de 28 de mayo de 1971. Y otra de 22 de diciembre de 1971 ofrece este resumen de la doctrina de la Dirección: «De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 66, párrafo 1.º, de la Ley Hipotecaria, y conforme a la reiterada doctrina de este Centro, mantenida, entre otras, en las resoluciones citadas en los vistos (Resolución de 8 de mayo de 1946, 16 de junio de 1948, 4 de diciembre de 1950, 9 de agosto de 1955, 14 de noviembre de 1959 y 2 de marzo de 1962), el recurso gubernativo sólo procede contra la nota calificatoria por la que se deniegue o suspenda el asiento o asientos solicitados y no es aplicable a aquellos casos en que los títulos causaron ya sus respectivos asientos,

de desestimar los recursos conforme a lo prevenido en el artículo 38, 1.º, de la Ley Jurisdiccional.»

Ahora bien, aparte de los Graduados sociales—y de los Abogados y Procuradores—existen otros profesionales a los que no puede negarse la posibilidad de intervenir en un procedimiento administrativo como representantes de los interesados, aun cuando esta actuación sea habitual, retribuida o profesional. Pensemos, por ejemplo, en un Arquitecto en los procedimientos urbanísticos, en un Profesor mercantil en los procedimientos tributarios, etc.

porque éstos, una vez practicados, están, según dispone el artículo 1.º, párrafo 3.º, de la Ley Hipotecaria, bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos, mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en la ley, sin que por ello puedan rectificarse por los trámites del recurso gubernativo» (29).

No puede interponerse con la finalidad de privar de efectos a un asiento de presentación (Resolución de 14 de noviembre de 1959).

No se puede resolver cuestión alguna relativa a la nulidad de las inscripciones (Resoluciones de 23 de julio de 1877, 15 de junio de 1894, 14 de septiembre de 1914, 13 y 27 de diciembre de 1930, 7 de agosto de 1933, 11 de abril de 1935, 24 de junio de 1939, 4 de diciembre de 1940 y 16 de junio de 1948).

De aquí que si se inscribió una escritura de división horizontal con excepción de uno de los pactos contenidos en los Estatutos, por haber prestado su conformidad a la no inscripción el presentante, «únicamente en el supuesto de que se solicitare la inscripción en los libros registrales del pacto no inscrito, lo que podría tener lugar a través de una nueva presentación del título calificado, se negare su ingreso en el Registro, habría aquél de devolverse con nota firmada suficiente que indicara la causa o motivo de la suspensión o denegación, y de esta forma sirviera de base para que las personas señaladas en el artículo 112 del Reglamento pudieran interponer el correspondiente recurso gubernativo» (Resolución de 17 de septiembre de 1968).

Ahora bien, precisamente el prestigio profesional del Notario, que, como hemos señalado, constituye el interés cualificado que le legitima para recurrir, puede justificar la admisibilidad del recurso gubernativo, pese a estar extendidos los asientos, cuando subsiste sin rectificar la nota sobre denegación. En este sentido, una Resolución de 5 de junio de 1968, en su primer considerando, establece «que es requisito necesario para que proceda el recurso gubernativo, de acuerdo con los artículos 66 de la Ley Hipotecaria y 112 y siguientes del Reglamento para su ejecución, que el Registrador, al calificar el título presentado, deniegue o suspenda la inscripción solicitada, por lo que carece de base cuando, como en el presente caso, no se plantea debate alguno al aparecer ya extendidos los asientos cuya denegación se hace constar en la nota de calificación; mas como quiera que la subsistencia de dicha nota sin rectificación, en su

(29) Y en el considerando siguiente establece: «Los interesados que se consideren perjudicados por los asientos practicados pueden acudir a los Tribunales de Justicia para ventilar y contender entre sí acerca de la validez o nulidad de los documentos o de las obligaciones que los motivaron, o, en fin, acerca de la preferencia de unos títulos respecto de otros.»

caso, podría afectar el prestigio profesional del Notario autorizante, obliga a examinar en estos estrictos términos la cuestión planteada».

c) *Motivos del recurso. Cuestiones que pueden plantearse y documentos a tener en cuenta*

Si el recurso gubernativo se deduce frente a un acto de calificación registral, dictado por el Registrador en el ejercicio de sus funciones calificadoras, es lógico que el ámbito objetivo del mismo venga determinado por la calificación.

No podrán plantearse en el recurso—ni, por tanto, resolverse por el órgano competente—cuestiones distintas a la de la calificación ni tener en cuenta otros documentos que los que fueron objeto de calificación. Es ésta una de las consecuencias impuestas por la naturaleza del recurso.

El recurso presupone un acto dictado en un procedimiento, el procedimiento registral, cuyas actuaciones integran el expediente. Pues bien, la verificación de si el acto impugnado se ajusta al Ordenamiento jurídico, la determinación de si el acto es válido, deberá hacerse en función de aquellos elementos que tuvo el Registrador al dictarle.

Así lo consagra el artículo 117 del Reglamento Hipotecario, sobre el que han recaído reiteradas Resoluciones de la Dirección General. La de 15 de julio de 1971 se refiere a ellas, en su primer considerando, en los siguientes términos: «Que es reiterada doctrina de esta Dirección General, que aparece recogida en el artículo 117 del Reglamento Hipotecario, la de que en el recurso gubernativo interpuesto contra calificación del Registrador sólo pueden tenerse en cuenta los documentos presentados en tiempo oportuno, que son los que pudieron ser examinados por el funcionario calificador antes de extender la correspondiente nota, y que se rechazará de plano la petición si tiene su base en documento no calificado.» Lo que no es materia de calificación—dice otra de 16 de julio de 1971—, no puede ser tratado en el recurso gubernativo. Sólo deben tenerse en cuenta los documentos presentados en tiempo y forma, no siéndolo los que lo fueron en virtud de acuerdo presidencial para mejor proveer (Resolución de 4 de marzo de 1953). En análogo sentido, Resoluciones de 23 de julio de 1877, 31 de agosto de 1882, 14 de febrero de 1908, 22 de diciembre de 1910, 31 de mayo de 1911, 30 de abril de 1935, 25 de enero de 1936, 3 de diciembre de 1938, 10 y 13 de enero y 10 de agosto de 1939, 27 de agosto de 1941 y 9 de febrero de 1943.

El recurso debe dirigirse a impugnar el acto de calificación y concretarse en los defectos aducidos en la nota extendida por el Registrador como

fundamento de su denegación o suspensión, ya que aun cuando pudieran existir otros defectos que justificaran el acto, no pueden ser tenidos en cuenta al resolver (30). De aquí que resulte innecesario adelantarse el recurrente a rebatir unos posibles motivos de denegación o suspensión que no podrán justificar una resolución desestimatoria. El objeto del recurso no es otro que verificar si se ajustan a Derecho los defectos que se adujeron en la nota del Registrador para fundamentar el acto que negó se extendiera el asiento solicitado (31).

d) *Efectos en la delimitación objetiva del recurso gubernativo del proceso incoado sobre el mismo objeto*

El hecho de que, ante la negativa del Registrador, sea admisible, además del recurso gubernativo, «acudir a los Tribunales de Justicia para ventilar y contender... acerca de la validez o nulidad de los mismos títulos» (art. 66 de la Ley Hipotecaria), plantea el problema de hasta qué punto la incoación—y, en su caso, resolución—del proceso correspondiente supone un límite al objeto del recurso, tanto a los recurrentes en su planteamiento como al órgano competente al ejercer las potestades de resolución.

En principio, se parte de la independencia entre uno y otro orden de actuación, por lo que la existencia de un proceso en trámite no supone límite alguno de admisibilidad al recurso gubernativo (la litis-pendencia únicamente despliega sus efectos en el ámbito procesal). Ahora bien, pese a esta independencia de actuación—que opera plenamente durante la tramitación del proceso civil—, cuando se ha producido sentencia firme, investida de cosa juzgada, ésta despliega plenos efectos entre las partes. Lo en ella dispuesto no puede desconocerse. Y si declara «la validez del título», esta validez no podrá ponerse en tela de juicio por el Registrador al calificar. Por errónea que le parezca la doctrina de la sentencia, debe

(30) Así se ha declarado en una serie de resoluciones, cuya doctrina es muy discutible (v. gr., Resoluciones de 21 de septiembre de 1911, 19 de junio de 1926, 26 de abril de 1929 y 6 de octubre de 1947), sobre la que insistiremos al referirnos a la resolución como acto decisorio del procedimiento y al principio de congruencia (cfr. Resolución de 23 de septiembre de 1967, último considerando).

(31) Los efectos de la interposición serán distintos según el momento en que se produzca. Si tiene lugar durante la vigencia del asiento de presentación o anotación de suspensión, cabe que los efectos de estos asientos subsistan mientras se resuelve el recurso; si los asientos hubiesen caducado, los efectos registrales no se producirán hasta que vuelva a presentarse el título. Roca, *Derecho hipotecario*, citado, II, pág. 298. Cfr. Resoluciones de 12 de noviembre de 1874, 28 de mayo de 1881, 29 de septiembre de 1879 y 20 de marzo de 1911, cuya doctrina no está vigente sobre la inexistencia de plazo, aun cuando sí sobre los distintos efectos.

Cfr. *infra*, cap. V, I, c).

acatar el fallo de los Jueces. Así lo imponen los más elementales principios. De tal modo que si, por su mayor rapidez en la tramitación, la decisión del recurso gubernativo fuese en un sentido (bien estimatorio o desestimatorio) y más tarde la sentencia dictada por la jurisdicción ordinaria lo fuera en sentido distinto, la sentencia prevalecería, llegándose incluso a la nulidad y cancelación de los asientos practicados en virtud de la resolución del recurso gubernativo, en ejecución de la sentencia.

En este sentido debe destacarse por su importancia la doctrina de la Resolución de 27 de octubre de 1917, al establecer en su segundo considerando que «si bien este Centro y los Tribunales de Justicia, al decidir sobre la validez o nulidad de los actos, contratos o documentos sujetos a inscripción, obran en distintas esferas, por ser diversas sus jurisdicciones, no puede dudarse que cuando dichos Tribunales han conocido y juzgado la misma cuestión que produce el recurso gubernativo, y resuelto los puntos fundamentales que son objeto de él, la ejecutoria que recaiga ha de cumplirse en el Registro, salvo obstáculos de otra naturaleza, cualquiera que sea la tradición hipotecaria». Si se hubiera tramitado el proceso y dictado sentencia favorable a la inscripción, procede el recurso cuando la sentencia no se puede inscribir por obstáculos del Registro (Resolución de 25 de octubre de 1875).

e) *Recurso en el supuesto de inscripción parcial*

La inscripción parcial supone que el que ha solicitado del Registro se extienda un asiento, no ha conseguido que se estimara totalmente su petición. De aquí que sea incuestionable la posibilidad de impugnar el acto registral en tanto en cuanto no inscribió el título.

Ahora bien, como, por otra parte, opera el principio, ya señalado, de que los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los Tribunales —no admitiéndose el recurso gubernativo contra los actos registrales en cuanto accedan a extender el asiento solicitado—, la impugnación en estos supuestos de estimación parcial tiene el límite importante de la inatacabilidad del asiento practicado. Así lo ha reconocido una Resolución de 9 de enero de 1923, en cuyo quinto considerando sienta la siguiente doctrina:

«Que aunque sea posible entablar un recurso gubernativo contra la calificación de un título que se ha inscrito solamente en parte, siempre deberían imponerse como presupuestos indispensables... que se respetará la sustantividad del asiento ya extendido o no se pretendiera en forma directa la cancelación del mismo; que no se tratará de sustituir una calificación que ha agotado la

fuerza real del título por otra del mismo o distinto Registrador provocada muchos años después; que no se privará de valor jurídico a la voluntad del interesado, manifestada en un primer documento en términos a los que se ajustan los de la inscripción vigente, y, en fin, que, al menos, hubiera indicaciones en la nota puesta al documento fundamental y primitivo, contra la cual, en cierto modo, se recurre, que sirviera de apoyo formal al recurso gubernativo.»

De aquí que no sea admisible el recurso cuando se inscribió una escritura de división horizontal con excepción de uno de los actos contenidos en los Estatutos por haber prestado su conformidad a la no inscripción el presentante del título, devolviéndose éste sin hacer constar los motivos en que se basa la calificación. Así, una Resolución de 17 de septiembre de 1968, a que nos hemos referido *ut supra* [cfr. ap. b)].

4. LUGAR, TIEMPO Y FORMA

a) *Lugar*

El escrito de interposición del recurso deberá presentarse en la sede del órgano al que se dirija. Siendo competente para el conocimiento y decisión del mismo en Primera Instancia el Presidente de la Audiencia Territorial, se presentará en el Registro de entrada de documentos de la Audiencia o, en su caso, en la Secretaría de Gobierno (Resolución de 31 de marzo de 1936).

El artículo 113, párrafo primero, del Reglamento Hipotecario permite asimismo que se presente ante el «Juez de Primera Instancia del partido a que corresponda el Registro, que remitirá al Presidente de la Audiencia. Si hubiera más de un Juzgado de Primera Instancia en el partido, se presentará en el Juzgado Decano. Esta presentación producirá efectos en orden a si lo fue dentro de plazo.

Estas normas especiales no deben impedir, dada la naturaleza administrativa del procedimiento; que se apliquen las generales del artículo 66 de la Ley de Procedimiento Administrativo, produciendo la presentación en los lugares que dicho precepto establece todos los efectos.

No obstante, partiendo de la doctrina dominante en las Resoluciones de la Dirección General acerca de la naturaleza de este procedimiento, no sería aplicable el artículo 66 de la Ley de Procedimiento Administrativo, debiendo verificarse la presentación ante los órganos que indica el artículo 113 del Reglamento Hipotecario. Si bien, en estos supuestos, siempre

sería posible presentar los escritos en los lugares que indica el artículo 66 de la Ley de Procedimiento Administrativo y, por supuesto, en Correos, aun cuando no se entendiera presentado el escrito a efectos legales—y, por tanto, el de cumplimiento del plazo—hasta su entrada efectiva en el Registro de la Audiencia. El correo sería, en este caso, un instrumento de los muchos que puede utilizar el interesado para que los escritos lleguen al destinatario.

b) *Tiempo*

El plazo para la interposición del recurso será de cuatro meses (artículo 113, párrafo primero, del Reglamento Hipotecario). Este plazo está sujeto al régimen siguiente:

a') *Cómputo del plazo.* a'') *Momento inicial:* El artículo 113, párrafo primero, del Reglamento Hipotecario, dice que el recurso se interpondrá dentro del plazo de cuatro meses, «a contar de la fecha de la nota contra la cual se recurra». La Resolución de 8 de noviembre de 1952 se refiere a «plazo de cuatro meses computados a partir de la fecha de la nota contra la que se recurra». Esta simplista norma del precepto reglamentario requiere alguna precisión.

Que constituye punto de referencia de este momento inicial del cómputo la «fecha de la nota» puede estar justificado cuando, extendida la nota por reclamación del presentante (art. 106 del Reglamento Hipotecario), tiene lugar el mismo día que se devuelve el documento. Al existir coincidencia entre acto objeto de recurso y comunicación al interesado—o su representante, que es el que presenta el documento—puede admitirse la fecha del acto como dato determinante de que empiece a correr el plazo. Pero no en otro caso. Si la retirada del documento tiene lugar en fecha posterior a la nota, no puede ser la fecha de ésta momento inicial del plazo, sino la fecha en que se entrega el documento—lo que equivale a una notificación—, lo que puede hacerse constar como diligencia en el propio título (32).

No parece ofrecer duda la aplicación de la regla *dies a quo non computatur in termino*. La norma del artículo 5, 1, del Código civil—igual hoy a la del artículo 60 de la Ley de Procedimiento Administrativo—de que el plazo se computará «de fecha a fecha» así lo impone. En efecto, si la nota se extendió, por ejemplo, el día 15 de enero, el cómputo debe iniciarse

(32) No parece aplicable al acto registral de denegación la norma general que, sobre notificaciones, se contiene en los artículos 79 y 80 de la Ley de procedimiento administrativo ante las específicas y concretas normas que se contienen en el Reglamento Hipotecario respecto de la función de la nota.

el día siguiente—16 del mismo mes—. Lo que conduce, computando meses naturales, a que el plazo termine el día 15 de mayo. Es decir, igual que de fecha a fecha.

b'') *Cómputo*: Cuando la diferente regulación existente entre el Código civil y la Ley de Procedimiento Administrativo había planteado no pocas dudas interpretativas (33), la doctrina de la Dirección General fue terminante. Consecuente con la configuración de jurisdicción voluntaria de este procedimiento, negó aplicación a la Ley de Procedimiento Administrativo y siguió la normativa del Código civil (v. gr., Resolución de 23 de febrero de 1968). Una vez unificada la normativa del Código civil y de la Ley de Procedimiento Administrativo, no ofrece duda que el cómputo se verificará de fecha a fecha.

c'') *Día final*: Se contará por entero. Podrá presentarse en el Juzgado de Guardia hasta las veinticuatro horas del último día del plazo.

b') *Inaplicación de la doctrina del acto consentido*: En Derecho administrativo rige la doctrina del acto consentido, consagrada en el artículo 40, a), de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, según la cual, producido un acto y no impugnado dentro de plazo, adquiere firmeza, de tal modo que un nuevo acto que sea reproducción de aquél no tiene virtualidad para abrir un nuevo plazo (34).

Esta regulación no se aplica a la impugnación de los actos registrales, por disponerlo así expresamente el artículo 108 del Reglamento Hipotecario. Aun cuando contra la denegación de la inscripción no se hubiese recurrido dentro de plazo, si presentado de nuevo el título a inscripción se deniega otra vez por idénticos defectos, el interesado podrá deducir recurso gubernativo antes de los cuatro meses siguientes a la nueva calificación, que confirma la anterior. Como dice una Resolución de 8 de noviembre de 1952, «toda presentación y subsiguiente calificación que deniegue o suspenda la inscripción solicitada abrirá dicho término». En el mismo sentido, Resoluciones de 5 de febrero de 1953 y 23 de febrero de 1968.

c) *Forma*

Los actos que se produzcan en el procedimiento del recurso gubernativo deberán ajustarse a las formalidades exigidas para cada uno de éstos

(33) Sobre el problema, GÓMEZ DE ENTERRÍA, *Meses naturales y meses de treinta días en el plazo de iniciación del proceso administrativo*, «Revista de Administración pública», núm. 39, págs. 267 y ss.

(34) Criticada con argumentos irrefutables por SANTAMARÍA PASTOR en *El problema de los plazos en el recurso contencioso-administrativo, ¿prescripción o caducidad?*, «Revista de Administración pública», núm. 58, págs. 185 y ss.

en la reglamentación del mismo. Puede señalarse con carácter general que:

a') El principio de escritura que informa los procedimientos administrativos (art. 41 de la Ley de Procedimiento Administrativo) rige también en el procedimiento del recurso gubernativo. Los actos del mismo deben manifestarse por escrito. Tanto el escrito de interposición—«se promoverá... por medio de escrito», dice el artículo 113 del Reglamento Hipotecario—como las demás actuaciones—informes—y resolución.

b') En cuanto a la utilización del «papel timbrado judicial», el artículo 129 del Reglamento Hipotecario la exige «en los escritos promoviendo los recursos gubernativos..., salvo los casos en que sea entablado por el Notario autorizante, el Abogado del Estado o entidades a las cuales esté concedido el mismo beneficio que a quienes disfrutaban de la asistencia judicial gratuita, los cuales se extenderán en papel común». Y añade: «Igual clase de papel utilizarán los Registradores y demás funcionarios u organismos al emitir sus informes.» Así lo ha reiterado la Dirección General en sus Resoluciones, al declarar que deben extenderse las actuaciones del expediente cuando se incoe «a instancia de los particulares» (Resolución de 18 de febrero de 1896), pero no en los incoados a instancia del Notario (Resoluciones de 26 y 28 de junio de 1909, 29 de abril de 1913, 12 de mayo de 1924 y 30 de junio de 1939) (35) ni los informes emitidos por los Registradores de la Propiedad (Resolución de 29 de abril de 1867).

La exigencia de papel timbrado se limita, pues, a los procedimientos de recurso interpuesto por los particulares interesados, y dentro de éstos, a los actos procedentes de dichos particulares.

Si, no obstante, faltare el reintegro debido, el defecto es subsanable. Así lo disponen el artículo 71 de la Ley de Procedimiento Administrativo y el artículo 114 del texto refundido regulador del Impuesto General de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en su apartado 7, rectificando lo prevenido en alguna disposición anterior que pugnaba abiertamente con los principios informantes del procedimiento administrativo.

(35) La Resolución de 30 de junio de 1939 dice que «conforme a lo resuelto también reiteradamente por el citado Centro directivo, deben instruirse de oficio, en papel del sello de esta clase y sin exacción de derechos, los recursos gubernativos establecidos por los Notarios en solicitud de que se declare que el documento cuya inscripción se suspendió o denegó se halla extendido con arreglo a las formalidades y prescripciones legales..., toda vez que tales recursos no se interponen por un particular interesado en la inscripción, sino por un funcionario público que defiende actos en que ha intervenido por razón de su cargo».

IV. PROCEDIMIENTO

1. INICIACIÓN

a) *Escrito de interposición del recurso*

El procedimiento de recurso se incoa con la presentación del escrito de interposición, que se ajustará a lo dispuesto en el artículo 113 del Reglamento Hipotecario y, en lo en él no previsto, en el artículo 69 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

b) *Requisitos*

El escrito de interposición, que (según se ha expuesto *ut supra*, ap. III) deberá dirigirse al órgano competente, emanar de persona legitimada, deducirse en relación con el acto registral de denegación o suspensión, en el lugar, plazo y forma señalados, deberá contener los requisitos siguientes:

1.º En cuanto a los sujetos, *indicación de una persona, con domicilio en la capital del territorio de la Audiencia, a quien deban notificarse las providencias* que recaigan (art. 113, párrafo primero, Reglamento Hipotecario). Precepto que se ha justificado «para evitar las dilaciones consiguientes a las notificaciones de las providencias» (Resolución de 30 de julio de 1936). Esta resolución dice que el requisito «hubiera sido formulario en el presente caso, al ser el recurrente Notario con residencia en la capital de la Audiencia y además Decano del Colegio y porque, en último caso, existiendo el domicilio dentro del lugar, la apreciación de su notoriedad y conocimiento ha de quedar a la observación de la Presidencia de la Audiencia, sin que el Registrador tenga facultades para ver tal circunstancia, que ni directa ni indirectamente le afecta».

Realmente, este requisito será innecesario siempre que el recurrente sea funcionario por razón del cargo (así, el Fiscal) o representante legal de una entidad pública (así, el Abogado del Estado), por ser notoria en estos casos la sede del órgano.

Dada la facilidad actual de las comunicaciones carece de sentido este requisito, que no se exige en los procedimientos administrativos. Únicamente es esencial la constancia de un domicilio a efectos de notificaciones [art. 69, 1, a), Ley de Procedimiento Administrativo], pero no que sea de persona que lo tenga en la capital del territorio.

2.º *Expresión sucinta de hechos y fundamentos de Derecho.* El principio antiformalista obliga a interpretar con la máxima benevolencia este requisito. Por supuesto, no constituiría defecto la no distinción formal en dos apartados dedicados, respectivamente, a «hechos» y «fundamentos de Derecho». Bastará que en los motivos que fundamentan el recurso queden delimitados los hechos y las normas legales aplicables.

3.º *Determinación con claridad y precisión de los extremos de la nota del Registrador que van a ser objeto de la reclamación.* En cuanto se trata de un recurso deben delimitarse los extremos del acto que son objeto de impugnación.

Este requisito no tendría mayor trascendencia si se aplicaran las normas de congruencia que rigen en los recursos administrativos (art. 119 de la Ley de Procedimiento Administrativo). Pero dada la doctrina de la Dirección General, que no consideramos correcta (36), adquieren especial relieve las exigencias reglamentarias.

4.º *Documentos que han de acompañar al escrito.* Se acompañarán los documentos calificados por el Registrador o testimonio de los mismos (artículo 113, párrafo segundo, Reglamento Hipotecario) (37). Como dice una Resolución de 11 de marzo de 1896, «es obvio que para que el Registrador pueda emitir su informe y sus superiores jerárquicos llamados a resolver el recurso, apreciar si la calificación fue o no acertada, es necesario tener a la vista el título cuya inscripción o anotación se hubiera denegado o suspendido». Y añade:

- «Que así lo reconoce la Resolución de 27 de marzo de 1892, al declarar que no basta para incoar el recurso presentar una copia simple del documento, siquiera esté cotejada, sino que es preciso que se presente el original o un testimonio del mismo.»
- «Que tal testimonio ha de ser íntegro y no parcial, porque subrogado el Registrador por los indicados superiores jerárquicos en sus funciones de calificar, han de hacerlo tal y como aquél lo hiciera, juzgando de todo el documento o parte de él.»

Como se señaló al estudiar la legitimación y la representación de los interesados, asimismo deberá acreditarse ésta (art. 24, 2, de la Ley de Procedimiento Administrativo).

(36) Cfr. *infra*, en este mismo apartado IV, el ap. 3, sobre requisitos de la resolución.

(37) Así, Resoluciones de 30 de abril de 1935, 27 de agosto de 1941, 22 de junio de 1951 y 19 de noviembre de 1952.

Parece no ofrecer duda la aplicabilidad del artículo 64 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

2. TRAMITACIÓN

a) *Admisión del recurso*

No existe un trámite procedimental previo que permita al Presidente de la Audiencia declarar inadmisibile el recurso por concurrir algún defecto en los requisitos esenciales. Por el contrario, si aprecia la existencia de un defecto subsanable deberá proceder según el artículo 71 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

b) *Orden al Registrador de extender las notas marginales a los efectos del último párrafo del artículo 66 de la Ley Hipotecaria*

Así lo acordará el Presidente de la Audiencia dentro de los tres días—se computarán los hábiles—siguientes a la admisión del recurso (38).

c) *Informes*

La instrucción del procedimiento de recurso, sin perjuicio de que el Presidente de la Audiencia pueda acordar cualquier otra actuación (39), se reduce a los informes que prevé el artículo 115 del Reglamento Hipotecario.

a') *Peticiones de informe*: El Presidente de la Audiencia, dentro de los diez días—se computarán hábiles—siguientes a la admisión, deberá pedir informe a:

1.º *El Registrador, en todo caso*. Lo que es obvio. En todo recurso administrativo que no se resuelve por el mismo órgano que dictó el acto es trámite esencial el informe del órgano de que procede el acto (artículo 123, 2, Ley de Procedimiento Administrativo). El artículo 115 del Reglamento Hipotecario, siguiendo esta regla lógica, así lo exige.

Al referirse genéricamente el precepto reglamentario al «Registrador», se plantea el problema de si debe emitirlo el que era titular del Registro cuando se dictó el acto, el que lo era al emitirse el informe o ambos.

(38) Cfr., *infra*, apartado V.

(39) Lo que se ha designado como «diligencia para mejor proveer», empleando una terminología impropia. Así, artículo 124 del Reglamento Hipotecario.

La Resolución de 21 de noviembre de 1889 parece optar por la primera solución, al decir que en el procedimiento «se observaron los trámites esenciales del recurso gubernativo, a saber: ... *informe del Registrador que calificó el título*» (40).

Ahora bien, el artículo 116 del Reglamento Hipotecario, al referirse al Registrador «a quien se pida el informe, *sea o no el mismo que hizo la calificación recurrida*», deja zanjada la cuestión en el sentido de que el informe debe emitirlo el titular del órgano en el momento de producirse el informe, aunque ya no sea el que calificó el título.

La Resolución de 19 de noviembre de 1952 niega al Presidente de la Audiencia la facultad de ordenar al Registrador amplíe su informe en vista del que emitió el Notario (41).

2.º *Notario autorizante no recurrente, cuando la nota recurrida atribuyese al documento defectos de redacción o autorización.* La Resolución de 19 de noviembre de 1952 dice que «sólo debe emitirlo cuando no sea recurrente». Y la de 22 de junio de 1951 que el informe «es innecesario en la actualidad cuando sea a la vez recurrente». Lo que es obvio, porque si recurrió, en el escrito de interposición habrá expuesto su criterio y no tendría sentido informar sobre el propio recurso.

Ahora bien, no basta que no sea recurrente para que el informe del Notario se exija como trámite esencial. Sino que es necesario, además, que la nota recurrida atribuyese al instrumento defectos de redacción o autorización.

3.º *Juez, Tribunal o funcionario que conociere de los autos o del expediente en que se hubiese acordado el asiento.* En su caso, cuando el acto que da lugar a la inscripción denegada se hubiese dictado en un procedimiento jurisdiccional, de jurisdicción voluntaria o administrativo, se exige como trámite esencial el informe del órgano jurisdiccional o administrativo ante el que se tramitó el procedimiento en que se dictó el acto.

Cuando se trate de un procedimiento administrativo parece que el informe debe solicitarse no al funcionario que instruyó el procedimiento, sino al órgano con competencia para dictar resolución, que es, en definitiva, el autor del acto cuyo acceso al Registro se denegó (42).

(40) La Resolución de 23 de marzo de 1926, en su 5.º considerando, se refiere a las alegaciones «a que aluden tanto el *Registrador calificador* como el recurrente». Lo que ha permitido afirmar a Roca (*Derecho hipotecario*, cit., II, pág. 300) que de esta resolución se desprende que se exige el informe del Registrador calificador, aunque haya pasado a otro Registro.

(41) Sobre la facultad de rectificar la nota (art. 116 del Reglamento Hipotecario), cfr. *infra* ap. 3.

(42) El precepto reglamentario no exige que no sea recurrente la entidad a que pertenece el órgano. Ahora bien, si lo fuera—v. gr., IRYDA, en interés de concentración parcelaria—no tendría sentido el informe.

b') *Emisión del informe*: Todos los informes deberán emitirse en el plazo de quince días (art. 115 del Reglamento Hipotecario). Respecto de este plazo reglamentario puede señalarse:

- Que parece evidente que no es simultáneo, sino sucesivo, en el supuesto de que hubiesen de emitir informe más de un órgano (v. gr., Registrador y Notario), ya que el plazo se contará desde el día siguiente a aquel en que «hayan recibido el expediente original». Esta exigencia de que el informe se emita a la vista del expediente original impide que pueda emitirse simultáneamente.
- Que el plazo es prorrogable por la mitad del mismo. Así, en aplicación del artículo 57 de la Ley de Procedimiento Administrativo. Aun cuando se entendiera, en virtud de la configuración del procedimiento como de jurisdicción voluntaria, que no es aplicable dicho artículo, se llegaría a la misma conclusión, en aplicación de los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- Que viniendo dado por días, el plazo se computará de días hábiles, según la norma general del artículo 5, 2, del Código civil, reiterada en las Leyes de Procedimiento Administrativo (art. 60) y de Enjuiciamiento (43).

3. TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ANTE EL PRESIDENTE DE LA AUDIENCIA

a) *Terminación normal: resolución*

a') *Idea general*: El procedimiento terminará normalmente por la resolución del Presidente de la Audiencia decidiendo acerca del recurso. Esta resolución está sujeta al régimen que se establece en los apartados siguientes:

b') *Requisitos*. a'') *Subjetivos*: Procederá del Presidente de la Audiencia competente (art. 118 del Reglamento Hipotecario).

b'') *Objetivos*: Deberá ser «clara, precisa y congruente con las pretensiones deducidas en el procedimiento». Procede anular la resolución

(43) Si el Registrador se limitase en su informe a alegar la inadmisibilidad del recurso por omisión de cualquier defecto de procedimiento (cfr. estudio de los requisitos en ap. III) y el Presidente de la Audiencia estimara que debe entrar a examinarse la cuestión de fondo, solicitará del Registrador un nuevo informe en el plazo que fije, que no será superior a quince días (art. 119 del Reglamento Hipotecario).

cuando «carece de la claridad y precisión exigidas por el artículo 118 del Reglamento Hipotecario». Además, se exige la congruencia, lo que impide aplicar al recurso gubernativo el artículo 119 de la Ley de Procedimiento Administrativo. Podrá el Presidente de la Audiencia apreciar de oficio, en atención al carácter de «orden público» de las cuestiones de procedimiento, la concurrencia de los requisitos de admisibilidad. Pero no puede, en aplicación del artículo 119 de la Ley de Procedimiento Administrativo, examinar cuestiones distintas de las planteadas. En definitiva, pues, la congruencia viene delimitada por dos elementos: acto objeto de recurso y el recurso mismo.

a'') *Acto impugnado*: Constituye el primer elemento delimitador. Ni el recurrente ni el órgano competente para decidir pueden plantear cuestiones que no se «relacionen directa e inmediatamente con la calificación del Registrador, rechazándose de plano las peticiones basadas en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma». No puede pronunciarse la resolución sobre defectos no incluidos en la nota (Resoluciones de 21 de septiembre de 1911, 6 de octubre de 1947, 5 de junio de 1968 y 26 de noviembre de 1971), aunque se hubiesen planteado por el Registrador en el informe (Resoluciones de 19 de junio de 1926 y 26 de abril de 1929). Si el Registrador no puede—como veremos al examinar los efectos de la interposición del recurso—rectificar la calificación—se entiende que aduciendo defectos nuevos—, es evidente que la resolución no podrá enjuiciar otros defectos que aquellos que hubiesen sido aducidos en la nota (44).

b'') *Peticiones del recurso*: Pero no sólo el acto recurrido delimita el ámbito del recurso, sino que, a diferencia de lo que ocurre en los demás recursos administrativos, también despliega su eficacia delimitadora el propio recurso. El artículo 118, párrafo segundo, del Reglamento Hipotecario, exige que la resolución sea «congruente con las pretensiones deducidas en el procedimiento». De aquí que pueda anular la resolución del Presidente de la Audiencia «por adolecer de la incongruencia alegada..., puesto que en tal decisión se declara que no es inscribible una escritura... sin haber tenido presente que como la petición del recurso se limitó a la inscripción de un exceso de cabida, a tal extremo era obligado contraer la resolución apelada, toda vez que el artículo 118 del Reglamento Hipotecario ordena que la misma debe ser clara, precisa y congruente con las pretensiones deducidas, norma que coincide con la relativa a las sentencias contenida en el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil»

(44) Cfr. *ut supra* el apartado dedicado a los requisitos objetivos (ap. III, 3, c).

(Resolución de 21 de junio de 1951). Por lo que limitando el recurso a solicitar la inscripción del dominio, la resolución únicamente debe referirse a este extremo (Resolución de 23 de septiembre de 1967).

c'') *Plazo y forma*: La resolución deberá dictarse en el plazo de treinta días, contado desde que se hubiesen unido al expediente los documentos en que hubiere de fundar su decisión (art. 120 del Reglamento Hipotecario) (45).

En cuanto a la forma, revestirá la de «auto», «observándose lo dispuesto en el artículo 371 de la Ley de Enjuiciamiento Civil» (art. 118, párrafo primero, Reglamento Hipotecario).

c') *Contenido*: La resolución del Presidente de la Audiencia podrá contener uno de los pronunciamientos siguientes:

a'') *Declarar la inadmisibilidad del recurso*: Si se aprecia algún defecto en los requisitos de admisibilidad, el Presidente de la Audiencia no podrá entrar a examinar la cuestión de fondo que se planteara en el recurso. Deberá limitarse a declarar la inadmisibilidad, absteniéndose de cualquier otro pronunciamiento sobre el fondo. Si, después en alzada se revocase esta declaración, procederá devolver el expediente al Presidente de la Audiencia para que se pronuncie sobre el fondo (Resolución de 31 de julio de 1917).

b'') *Decidir la cuestión de fondo*: A su vez, caben las siguientes decisiones:

1.^a Desestimación total del recurso, confirmando la nota del Registrador (46).

2.^a Estimación parcial del recurso, al considerar improcedentes algunos de los defectos que figuraban en la nota. En este supuesto, si los defectos de la nota que se mantienen fuesen suficientes para denegar o suspender la inscripción, el resultado será el mismo de la desestimación total.

3.^a Estimación total. Si se estima la improcedencia de los defectos de la nota, se revocará el acto denegatorio y se ordenará la inscripción (47).

(45) En caso de incumplimiento de este plazo se estará a lo dispuesto en el párrafo segundo de este artículo.

(46) Según que el defecto fuese subsanable o insubsanable, se estará a lo dispuesto en el artículo 126, párrafos primero a tercero, del Reglamento Hipotecario.

(47) Artículo 126, párrafo cuarto, del Reglamento Hipotecario. La Resolución de 7 de noviembre de 1899, en su 5.ª considerando, dice que «si bien es doctrina deducida de los preceptos de la Ley Hipotecaria que las providencias dictadas en los recursos gubernativos, una vez firmes, deben ser cumplidas y ejecutadas por los Registradores de la Propiedad, esta doctrina supone, naturalmente, que el asiento de presentación del documento denegado siga produciendo todos los efectos... por haberse hecho constar la incoación de los recursos gubernativos o judiciales.

d') *Efectos*: Poniendo la resolución fin al procedimiento del recurso gubernativo, sus efectos serán los propios de éste, que se estudian en el apartado V siguiente.

Se notificará en el plazo de ocho días al recurrente y al Registrador (artículo 125, Reglamento Hipotecario).

b) *Terminación anormal*

a') *Idea general*: Dada la específica regulación de este «recurso gubernativo», ofrece especialidades importantes el régimen de los supuestos de terminación anormal del procedimiento.

Por supuesto, no rigen aquí las normas sobre silencio administrativo. No se aplica el artículo 94 de la Ley de Procedimiento Administrativo. Toda la regulación contenida en la Ley y Reglamento Hipotecario presupone la resolución expresa. Parte de la necesidad de resolución.

De aquí que, en el supuesto de incumplimiento de los plazos para dictar resolución, no pueda el interesado entender producida la denegación presunta a efectos de interponer el recurso ulterior admisible, sino que el único efecto previsto es la «queja», especialmente regulada en el artículo 120, párrafo segundo, del Reglamento Hipotecario.

b') *Desistimiento y renuncia*: El artículo 131 del Reglamento Hipotecario admite expresamente el desistimiento.

Las normas generales sobre desistimiento y renuncia (arts. 96 a 98 de la Ley de Procedimiento Administrativo) son aplicables al procedimiento del recurso gubernativo. No hay razón alguna que impida aplicar la norma especial del artículo 98, 2, de la Ley de Procedimiento Administrativo. Por lo que, caso de que fuera conveniente mantener para su definición y esclarecimiento la cuestión planteada, podrán limitarse los efectos del desistimiento al interesado y seguir el procedimiento.

c') *Rectificación total de la nota*: El Registrador al que se le pida el informe podrá rectificar la nota «en todo o en parte». Si la rectificase totalmente y se conforma con la petición del recurrente, lo comunicará al Presidente de la Audiencia con devolución del expediente.

En este supuesto se producirá la terminación del procedimiento (artículo 116 del Reglamento Hipotecario).

Viene a constituir un supuesto de recurso de reposición. El mismo órgano que dictó el acto de impugnación, ante la impugnación del interesado accede a su pretensión. Al desaparecer el acto que motivaba el recurso, éste carece de razón de ser. Si, por el contrario, el Registrador

no accede a la pretensión del recurrente, seguirá sus trámites el recurso gubernativo ante el Presidente de la Audiencia (48).

d') *Caducidad*: La Ley de Procedimiento Administrativo incluye entre los modos de terminación anormal del procedimiento la caducidad (artículo 99, Ley de Procedimiento Administrativo). No parece probable, dadas las potestades del órgano decisor en estos procedimientos, se den los supuestos de caducidad del artículo 99 de la Ley de Procedimiento Administrativo, y así lo ha señalado la doctrina.

Cabe, sin embargo, señalar la existencia de algún supuesto concreto de caducidad, como el del artículo 71 de la Ley de Procedimiento Administrativo: si requerido el interesado para que subsane algún defecto del escrito de interposición, no lo hiciere en el plazo concedido, se archivará el expediente sin más trámites.

e') *Muerte del recurrente*: La muerte del recurrente no parece constituya un hecho determinante de la terminación del procedimiento. Como los derechos que pueden ser fundamento del recurso son, por lo general, transmisibles, no se producirá la extinción, que la doctrina procesal limita a los supuestos de derechos personalísimos (49).

Ahora bien, como no es concebible un procedimiento de recurso sin el interesado que lo mantenga, puede producirse la extinción del procedimiento si enterado el órgano competente de la muerte de aquél y mediante edictos requiere a los herederos para que se personen, éstos no se presentaren en el plazo concedido. Estaríamos ante un supuesto de caducidad.

V. EFECTOS

1. EFECTOS DE LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO

a) *Efectos respecto de las potestades del Registrador*

La Resolución de 29 de abril de 1959 establece que durante la tramitación del recurso no cabe que el Registrador reforme su calificación (50).

(48) Viene a constituir un supuesto análogo al que se prevé en la Ley de orden público (art. 20), tomado a su vez de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Me remito a mi trabajo *Comentarios a la Ley de orden público*, Madrid, 1971, págs. 245 y ss.

(49) Me remito a mi trabajo *Derecho procesal administrativo*, 2.ª ed., Madrid, 1966, II, págs. 884 y ss.

(50) Dice así: «La adición a la nota puesta en el título de un nuevo defecto, hecha por el Registrador al emitir el informe, equivale a una reforma de la calificación, y aunque dicho funcionario puede, según lo establecido en el artículo 116

Lo que no está en contradicción con lo dispuesto en el artículo 116 del Reglamento Hipotecario, al permitir la rectificación en todo o parte de la nota y acceder a la pretensión del recurrente. Pues lo que la Resolución citada prohíbe es aducir nuevos motivos de denegación o suspensión, pero no rectificar aquellas que figuran en la nota para acceder en todo o parte a lo pedido en el recurso.

b) *Efectos respecto de las potestades del órgano competente para decidir el recurso*

El recurso atribuye al órgano competente para resolverlo la potestad de anular o revocar el acto impugnado. Ahora bien, esta potestad viene limitada por el principio de congruencia interpretado rígidamente. Como se ha señalado al estudiar la resolución, no se aplica en estos recursos el artículo 119 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

c) *Efectos respecto del acto objeto de recurso y del documento objeto de inscripción*

El Ordenamiento hipotecario arbitra una serie de normas para evitar los perjuicios que al recurrente podría ocasionarle la no inscripción. En definitiva, se trata de prolongar los efectos del asiento de presentación hasta la resolución del recurso, de modo que cuando ésta se produzca subsistan los efectos de aquél, siendo posible la extensión del asiento registral correspondiente. A tal efecto, el Presidente de la Audiencia, dentro de los tres días siguientes al de la admisión del recurso, lo pondrá en conocimiento del Registrador, ordenándole que extienda las notas marginales a los efectos del artículo 66 de la Ley Hipotecaria (art. 114 del Reglamento Hipotecario). Al recibir esta comunicación puede ocurrir:

a') *Que no hubiese caducado el asiento de presentación ni, en su caso, la anotación preventiva por defecto subsanable:* Entonces se extenderá la nota marginal de haberse presentado el recurso gubernativo, subsistiendo los efectos hasta su resolución. El artículo 114 del Reglamento Hipotecario prevé se extienda la nota «si no hubieran caducado los asientos respectivos».

del Reglamento Hipotecario, rectificar en todo o en parte su juicio, o el de sus predecesores, y conformarse con la petición del recurrente, no puede durante la tramitación del recurso gubernativo agregar nuevos motivos que agraven su calificación, porque ello equivaldría a autorizar la indefensión del recurrente y a consentir la alteración de los fundamentos de debate.»

b') *Que hubiesen caducado*: El recurso gubernativo no producirá efecto suspensivo alguno. Una Resolución de 29 de septiembre de 1879, en su segundo considerando, dice: «Que esta Dirección General ha resuelto, en 12 de noviembre de 1874, que si promovido un recurso fuera de los términos señalados para la duración del asiento de presentación o de la anotación preventiva, se declarara que el documento es inscribible, tal declaración sólo será obligatoria para el Registrador si el interesado presenta nuevamente el título en la oficina, de lo cual se infiere lógicamente que el primitivo asiento de presentación quedó sin ningún valor ni efecto.»

2. EFECTOS DE LA DECISIÓN DEL RECURSO

a) *Límites de la eficacia*

Una vez firme, la resolución despliega todos sus efectos. Como dice la Resolución de 3 de febrero de 1966, «al haber dejado transcurrir el Registrador el plazo para apelar, ha quedado firme el auto y deberá procederse a su cumplimiento conforme al último párrafo del artículo 126 del Reglamento». Estos efectos, tanto declarativos como ejecutivos, vienen dados por la naturaleza de la resolución.

Los límites de los efectos serán también los propios de la resolución.

En el aspecto subjetivo, el artículo 112, apartado 3.º, contiene una norma importante, al disponer que aun cuando no hubiese interpuesto recurso el interesado y sí el Notario autorizante, aquél «obtendrá la inscripción sin necesidad de promover nuevo recurso, *siempre que no mediaren obstáculos de distinta naturaleza*».

El Registrador de la Propiedad debió incluir en la calificación «todos los motivos por los cuales proceda la suspensión o denegación». Así lo dispone el artículo 127 del Reglamento Hipotecario. Si así lo hiciera, cumpliendo con este precepto, la resolución del recurso habrá resuelto todas las cuestiones posibles que constituyeran un obstáculo a la inscripción, por lo que, en ejecución de ella, procedería la extensión del asiento correspondiente. Pero como el deber que consagra el artículo 127 del Reglamento Hipotecario puede ser incumplido, cuando así ocurra y «se acordara su inscripción en el recurso gubernativo correspondiente podrá alegar defectos no comprendidos en la calificación anterior», si bien en este supuesto «deberá ser corregido disciplinariamente, si procediese, según las circunstancias del caso».

b) *Efectos declarativos*

La institución de la cosa juzgada es fundamental en Derecho procesal. Decidida definitivamente en una sentencia cierta cuestión, no cabe un

nuevo pronunciamiento sobre la misma. En Derecho administrativo, aunque no rige el mismo principio, la doctrina del acto consentido conduce a análogos resultados de inatacabilidad de un acto que sea reproducción o confirmación del anterior consentido.

Pues bien, cuando se trata de la resolución de un recurso gubernativo aplícanse reglas especiales. Una vez firme esta resolución, no se da la inatacabilidad propia de las sentencias ni la de los actos administrativos, sino que, con arreglo al Ordenamiento hipotecario, cabe siempre plantear la misma cuestión resuelta en nuevo recurso gubernativo y, por supuesto, en el proceso civil ordinario correspondiente.

a') *Posibilidad de deducir nuevo recurso gubernativo*: Es cierto que interpuesto un recurso gubernativo contra una nota de calificación y resuelto éste por resolución definitiva, es inadmisibile un nuevo recurso contra la misma nota de calificación. Como dice una Resolución de 21 de noviembre de 1889, en su segundo considerando, «firme ya el acuerdo que puso fin a ese recurso, no es posible suscitarlo de nuevo sin quebrantar el incuestionable principio que prohíbe se falle dos veces el mismo asunto por una misma autoridad».

Esto es, la resolución de un recurso gubernativo produce asimismo efectos declarativos, en cuanto que se da la inatacabilidad del acto registral contra el que se dedujo un recurso ya resuelto por acto firme.

Ahora bien, lo que no se impide—es más, se reconoce expresamente—es la posibilidad de presentar de nuevo el mismo título y recurrir contra la nueva calificación, aun cuando ésta sea idéntica a la primera (art. 108 del Reglamento Hipotecario).

Si ante una nota de calificación se recurrió únicamente contra parte de los defectos en ella consignados—consintiendo otros—, siempre será posible deducir recurso contra una nueva nota de calificación que reproduzca los defectos de la anterior consentidos. Así, una Resolución de 5 de febrero de 1953, en su segundo considerando, dice que «conforme al artículo 108 del Reglamento Hipotecario, transcurridos los plazos de vigencia de los asientos de presentación o de las anotaciones preventivas sin haberse practicado la inscripción solicitada, podrán ser presentados y calificados de nuevo los títulos, y según el artículo 113 del indicado Reglamento, el plazo para recurrir gubernativamente se contará desde la fecha de la nota impugnada, por lo cual, a efectos procesales, ha lugar a la admisión del presente recurso contra la nota denegatoria, *incluso en la parte que reproduce la calificación anterior*».

b') *Posibilidad de incoar proceso civil*: El artículo 66 de la Ley Hipotecaria reconoce dos vías posibles frente a los actos registrales que

impidan el acceso al Registro de un documento, vías que, en principio, se consideran independientes (51).

El hecho de que se opte por la vía del recurso gubernativo y se obtenga una resolución firme y definitiva ordenando la inscripción, ¿impide acudir a la vía procesal para plantear la misma cuestión?

Indudablemente, no. Si bien la estimación del recurso gubernativo habrá conducido a un cambio en la posición procesal de las partes. En efecto:

- Si la resolución del recurso gubernativo fuese desestimatoria y confirmatoria del acto registral, no produciría cambio alguno en la realidad jurídica. Por tanto, el proceso civil que se incoara trataría de obtener la inscripción.
- Pero si la resolución del recurso gubernativo hubiese sido estimatoria y se hubiera obtenido la inscripción, desde ese momento los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los Tribunales (Resolución de 13 de junio de 1935), por lo que adoptará la posición de demandante en el proceso no el que obtuvo la inscripción—el recurrente en el recurso gubernativo—, sino la parte contraria.

El hecho de que exista una resolución firme de un recurso gubernativo no constituye obstáculo procesal alguno a la validez y eficacia de la incoación del proceso, cualquiera que hubiera sido el sentido de la resolución (estimatoria o desestimatoria) (52).

c) *Efectos ejecutivos*

La resolución del recurso gubernativo debe llevarse a efecto. Cuando es desestimatoria, al no producir efectos registrales y en la realidad jurídico-material, no se plantean problemas de ejecución. Sí se plantean, sin embargo, cuando es estimatoria. Las resoluciones deben ser cumplidas y ejecutadas por los Registradores (53). A tal efecto, como el plazo para recurrir es de cuatro meses (art. 113 del Reglamento Hipotecario), puede ocurrir que se haya interpuesto cuando ya no estén vigentes los asientos

(51) Cfr. *ut supra*. ap. III, 3, d).

(52) Otra cosa es que, dado el prestigio de las resoluciones en este orden, los Tribunales tengan en cuenta su doctrina. Cfr. Roca, *Derecho Hipotecario*, cit., II, páginas 306 y ss.

(53) CAMY, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, 2.ª ed., Pamplona, 1975, II, pág. 635.

de presentación o anotación preventiva (art. 111). De aquí que sea necesario distinguir ambos supuestos:

a') Si en el momento de la interposición del recurso no estuvieran vigentes, los efectos registrales no se producen hasta que vuelva a presentarse el título (54). En este sentido, las Resoluciones de 12 de noviembre de 1874, 28 de mayo de 1881, 29 de septiembre de 1879 y 20 de marzo de 1911. Por tanto, el Registrador únicamente podrá practicar el asiento ordenado por la resolución si no han surgido otros hechos posteriores que lo impidan.

b') Si el asiento de presentación o, en su caso, anotación preventiva estuviesen vigentes procederá cumplir la resolución. Ahora bien, incluso en este supuesto pueden surgir dificultades. Cuando se dé el supuesto del artículo 127 del Reglamento Hipotecario y al incumplir el deber de incluir en la calificación todos los defectos adujese otro nuevo.

Si el Registrador no cumpliera lo ordenado por la resolución, se podrá acudir al órgano que dictó la resolución firme, a fin de que ordene la adopción de las medidas conducentes a la ejecución y, en su caso, la corrección disciplinaria del Registrador.

d) *Efectos económicos*

a') *Los gastos del procedimiento*: Rige el principio de gratuidad cuando el recurso debe tramitarse de oficio (núms. 2.º y 3.º del art. 112) y se interpone por la representación del Estado o entidades que tengan el mismo beneficio (arts. 128 y 129 del Reglamento Hipotecario), salvo en el supuesto de imposición de costas al Notario (art. 130).

En los demás casos deberá utilizarse el papel timbrado, en los términos previstos en el artículo 129 del Reglamento Hipotecario (55), y se devengarán los honorarios señalados en los aranceles judiciales (art. 128).

b') *Los interesados deben satisfacer los gastos y costas*: Así lo dispone el artículo 130 del Reglamento Hipotecario, y así lo han establecido reiteradas Resoluciones (v. gr., 30 de abril y 22 de mayo de 1936 y 22 de diciembre de 1939).

No podrá, por tanto, exigirse el pago de los gastos y costas al Registrador (Resolución de 17 de julio de 1876), salvo que se le impusieran por haber procedido con ignorancia inexcusable (art. 130 del Reglamento Hipotecario). Por lo que es improcedente la imposición cuando el caso resuelto es de manifiesta complejidad (Resolución de 28 de junio de 1954).

(54) Roca, *Derecho Hipotecario*, cit., II, pág. 298.

(55) Cfr. *ut supra*, ap. III, 4, c).

VI. RECURSO DE APELACION ANTE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS

1. IDEA GENERAL

La resolución del Presidente de la Audiencia no pone fin a esta vía especial de impugnación, sino que se prevé una segunda instancia ante la Dirección General de los Registros y del Notariado. El artículo 121 del Reglamento Hipotecario, en su inciso primero, establece: «Los Registradores y recurrentes podrán apelar ante la Dirección General de los Registros y del Notariado de los autos que en los recursos gubernativos dicten los Presidentes de las Audiencias.»

Este «recurso de apelación» participa, pues, de la misma naturaleza que el recurso gubernativo ante el Presidente de la Audiencia. Cuanto se dijo referente a éste, con los consiguientes problemas sobre la normativa aplicable, puede darse por reproducido aquí.

En el presente apartado se ofrece un resumen del régimen jurídico de este recurso.

2. REQUISITOS

a) *Subjetivos*

a') *Organo administrativo*: El único órgano competente para conocer del recurso es la Dirección General de los Registros y del Notariado (artículo 121 del Reglamento Hipotecario). El Director General decidirá, a propuesta de la Sección de Recursos Gubernativos de la Dirección.

b') *Interesados. Legitimación*: Las acusadas diferencias de este recurso respecto de los recursos administrativos adquiere especial relieve al regular la legitimación para recurrir.

En efecto, en un recurso administrativo los únicos legitimados para recurrir son los interesados. Y resuelto el recurso administrativo, no se reconoce legitimación al órgano que dictó el acto objeto de recurso. Pues bien, esta regla no rige en el recurso gubernativo. Por el contrario, el artículo 121 del Reglamento Hipotecario reconoce expresamente legitimación a los Registradores de la Propiedad, que son los que dictaron el acto impugnado.

Por tanto, a efectos de delimitar la legitimación para recurrir ante la Dirección General, es necesario partir del sentido de la resolución del

Presidente de la Audiencia: si es desestimatoria del recurso, tendrán legitimación para «apelar» ante la Dirección General los que la tenían para recurrir ante el Presidente de la Audiencia; si es estimatoria, el Registrador.

Como dice una Resolución de 3 de febrero de 1966, «con arreglo al artículo 126 del Reglamento Hipotecario, sólo se encuentran legitimados... los recurrentes que entablaron el recurso y el Registrador que denegó la inscripción del título presentado, por lo que al haber dejado transcurrir este último funcionario el plazo que le confiere la legislación hipotecaria para apelar, ha quedado firme el auto y deberá procederse a su cumplimiento, conforme al último párrafo del artículo 126» (56).

En cuanto supone una segunda instancia, es obvio que no podrán recurrir los que hubiesen consentido el acto registral. De aquí que el artículo 121 se refiera a «los recurrentes», esto es, quienes realmente recurrieron contra el acto registral y no los que teniendo legitimación para ello no lo hicieron (Resolución de 14 de junio de 1890).

b) *Objetivos*

a') *Acto recurrible*: El acto objeto de recurso es el auto del Presidente de la Audiencia resolviendo el interpuesto ante el mismo (art. 121 del Reglamento Hipotecario). Por tanto, únicamente es admisible esta «apelación», o más propiamente «alzada», si previamente se recurrió ante el Presidente de la Audiencia contra el acto registral. El recurso se deducirá contra «los autos que en los recursos gubernativos dicten los Presidentes de las Audiencias» (art. 121 del Reglamento Hipotecario).

b') *Motivos del recurso*: El ámbito objetivo del recurso, las cuestiones que pueden plantearse—y resolverse—en esta segunda instancia, ¿hasta qué punto vienen delimitadas por el recurso gubernativo ante el Presidente de la Audiencia? El segundo grado en que consiste esta «apelación», ¿obliga a no plantear cuestiones distintas a las que se abordaron en el primer recurso? Si, como vimos, en el recurso gubernativo no podía plantearse otra cuestión que las que se relacionaran directa o indirectamente con la calificación del Registrador (art. 117 del Reglamento Hipotecario), podría entenderse que a estos límites del recurso «en primera

(56) Como dice CAMY, *Comentarios*, cit., II, pág. 625, se reconoce legitimación para apelar al Registrador que sea titular de la oficina en que se calificó, pero no al que calificó, si ya no estuviera a cargo de ella. Dicho más técnicamente: se reconoce al *órgano*—Registro de la Propiedad—, no al *titular del órgano*. Es el Registro, como órgano administrativo, el que tiene legitimación. No la persona física titular.

instancia» han de unirse los derivados del primer recurso. De todas aquellas cuestiones que derivaban directa e inmediatamente de la calificación, únicamente podrán plantearse en apelación las que fueron objeto del recurso ante el Presidente de la Audiencia. En cuanto no se plantearon en Primera Instancia, el acto quedó consentido y firme.

Aun cuando ésta es la solución que parece derivarse de una rígida aplicación del principio dispositivo, tal y como se viene interpretando y aplicando por las Resoluciones de la Dirección General de los Registros, es muy discutible. No existe razón alguna para no aplicar a este recurso ante el Centro Directivo el artículo 119 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

El artículo 121, *in fine*, del Reglamento Hipotecario exige que en el escrito de recurso se expresen con claridad «los extremos del auto contra los cuales se dirija la impugnación».

c) *Plazo*: El plazo para deducir el recurso es el de quince días, contados desde el siguiente «al en que se hubiera notificado la resolución» (artículo 121 del Reglamento Hipotecario). Dada la uniformidad de la regulación administrativa y procesal del cómputo de los plazos que vienen dados por días, no ofrece duda que sólo se computarán los días hábiles.

3. PROCEDIMIENTO

a) *Iniciación*

El recurso se interpondrá por escrito. Parece ser que deberá dirigirse al órgano competente para resolverlo—Dirección General de los Registros—, aun cuando se presentará ante el Presidente de la Audiencia directamente o por conducto del Juzgado de Primera Instancia (art. 121 del Reglamento Hipotecario). En el supuesto de que el recurso se presentara directamente en la Dirección General, la presentación deberá producir todos los efectos (arts. 8 y 123 de la Ley de Procedimiento Administrativo). Y la Dirección General de los Registros deberá reclamar del Presidente de la Audiencia el expediente. No obstante, dado el formalismo con que se interpretan las normas procedimentales de la Ley y Reglamento Hipotecarios, es aconsejable, en aplicación estricta del artículo 121 del Reglamento Hipotecario, presentar el escrito ante el Presidente de la Audiencia, bien directamente o por conducto del Juez de Primera Instancia.

b) *Admisión*

El artículo 122 del Reglamento Hipotecario dispone que interpuesto el recurso «en tiempo y forma, el Presidente, sin sustanciación alguna, lo admitirá en ambos efectos».

Una vez más, la referencia a las normas procesales conduce a expresiones tan incorrectas como esta de la admisión «en ambos efectos». El llamado efecto «devolutivo» puede tener sentido según la concepción de que la Justicia se administra en nombre del Jefe del Estado, pero no referido a un recurso que en modo alguno es jurisdiccional. Por lo que más propio, simple y fácil de entender hubiera sido decir que el recurso produce efectos suspensivos, constituyendo una excepción del principio que con carácter general consagra el artículo 116 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Si el Presidente de la Audiencia no admitiera el recurso, procederá el recurso de queja ante la Dirección General de los Registros, en forma análoga a lo establecido en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

c) *Remisión del expediente*

El Presidente de la Audiencia remitirá el expediente a la Dirección dentro de los seis días siguientes a la interposición del recurso (art. 122 del Reglamento Hipotecario).

d) *Instrucción. Audiencia y vista de los interesados. Informes*

a') *Idea general:* El artículo 124 del Reglamento Hipotecario, después de reconocer a la Dirección General—al igual que al Presidente de la Audiencia—la facultad de acordar, para mejor proveer, que se unan al expediente los informes y los documentos que contribuyan al mejor esclarecimiento de las peticiones formuladas, en el párrafo segundo dice:

«La Dirección General podrá pedir, si lo estimare conveniente, informes a la Junta del Colegio de Registradores y a la de Decanos de los Colegios Notariales.»

Ahora bien, aparte de estos informes que potestativamente puede pedir, ¿no se exige la petición de otros informes y la audiencia de los interesados?

b') *El trámite de audiencia y vista*: En todo procedimiento de recurso contra una decisión que se dictó en procedimiento en que comparecieron como interesadas personas distintas de la recurrente, debe darse audiencia a éstas, a fin de que puedan alegar cuanto estimen oportuno en relación al recurso. Así lo establece el artículo 117, 3, de la Ley de Procedimiento Administrativo (57). Y si acudimos a las normas procesales habrá que llegar a análoga conclusión.

Aun cuando la legislación hipotecaria no lo dispone expresamente y el artículo 123 del Reglamento Hipotecario se refiere a la resolución del recurso como trámite inmediatamente posterior a la admisión del mismo y remisión del expediente (que regula el art. 122), parece evidente la exigencia del trámite de audiencia y vista de los interesados no recurrentes. Así lo impone el principio *audi alteram partem*, reconocido en todas las leyes procesales, según una reiteradísima jurisprudencia contencioso-administrativa, que ha llegado a calificar de sagrado—así, Sentencias de 15 de junio de 1925 y 7 de marzo de 1911—porque un eterno principio de justicia—dice la Sentencia de 15 de noviembre de 1934—exige que nadie debe ser condenado sin ser oído (58).

c') *Informes preceptivos*: En todo procedimiento administrativo de recurso, cuando no es competente para resolver el mismo órgano que dictó el acto impugnado, se exige el informe de éste. Principio que informa el artículo 115 del Reglamento Hipotecario, al establecer el informe preceptivo del Registrador, en todo caso.

Cuando el acto recurrido es el auto del Presidente de la Audiencia, debería oírse a éste acerca de la procedencia del recurso. No obstante, dada la regulación del Reglamento Hipotecario, no se exige así, sin duda por seguir los principios procesales: en un recurso de apelación contra una decisión de un órgano jurisdiccional no se oye al Tribunal que dictó la resolución recurrida.

e) *Terminación*

a') *Terminación normal*: El procedimiento de recurso terminará normalmente por resolución que se dictará en forma análoga a la del Presidente de la Audiencia. Cuanto se dijo en relación a los requisitos objetivos y formales de ésta podría aplicarse aquí.

(57) Me remito a mi trabajo *Los recursos administrativos y económico-administrativos*, Madrid, 1975, 3.ª ed., págs. 169 y ss.

(58) Me remito a mi trabajo *El procedimiento administrativo*, Madrid, 1964, páginas 412 y ss.

Si en la resolución del Presidente de la Audiencia se hubiera declarado inadmisibile el recurso gubernativo por estimar la existencia de algún defecto en los requisitos y la Dirección General revocase la resolución, no podrá examinar la cuestión de fondo planteada, sino que deberá devolver el expediente al Presidente de la Audiencia para que resuelva el recurso gubernativo (Resolución de 31 de julio de 1917).

b') *Terminación anormal*: Asimismo puede darse por reproducido aquí cuanto se dijo sobre los modos de terminación anormal del procedimiento, como pone de manifiesto el artículo 131 del Reglamento Hipotecario, que al referirse al desistimiento, lo hace con carácter general, al disponer: «Mientras no recaiga resolución definitiva del recurso, los recurrentes podrán desistir de él mediante solicitud al Presidente o a la Dirección General, según que uno u otra tuvieren en su poder el expediente.»

Ahora bien, cuando se produce la terminación anormal por desistimiento en esta segunda instancia, procederá del que interpuso el recurso de apelación, que puede ser persona distinta del que recurrió ante el Presidente de la Audiencia—así, el Registrador de la Propiedad—, por lo que el efecto del mismo será, en todo caso, la firmeza de la resolución del Presidente de la Audiencia.

f) *Publicación y notificación*: La resolución de la Dirección General se publicará en el *B. O. del Estado* (art. 123 del Reglamento Hipotecario) (59).

Asimismo, el Presidente comunicará al Presidente de la Audiencia el acuerdo recaído, con devolución del expediente para su archivo. El Presidente devolverá al Registro los documentos calificados (art. 123 del Reglamento Hipotecario). Estos efectos parecen ser comunes a la terminación normal y anormal del procedimiento.

4. EFECTOS

a) *Idea general*

Las resoluciones de la Dirección General ponen fin a la vía administrativa y producirán plenos efectos. Estos efectos serán los mismos que las resoluciones del Presidente de la Audiencia cuando éstas hubiesen devenido firmes, por no haberse interpuesto recurso de apelación contra las mismas dentro de plazo.

(59) ROCA, *Derecho hipotecario*, cit., II, pág. 303; CHICO, *Apuntes de Derecho registral*, 2.ª ed., II, pág. 417.

Cuanto se dijo, en general, sobre los efectos de la resolución del recurso puede darse por reproducido aquí.

Existe, sin embargo, un aspecto de los efectos que únicamente puede estudiarse aquí y no al referirnos a la resolución del Presidente de la Audiencia: la impugnabilidad ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa. Y únicamente puede estudiarse aquí, porque aplicando los principios generales del proceso administrativo, en modo alguno será susceptible de impugnación la resolución del Presidente de la Audiencia. Por la sencilla y elemental razón de que el llamado «recurso contencioso-administrativo» únicamente es admisible respecto de actos «que no sean susceptibles de ulterior recurso ordinario en vía administrativa» (artículo 37, 1, de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), y la resolución del Presidente de la Audiencia es susceptible de un recurso —el llamado de apelación en el artículo 121 del Reglamento Hipotecario— que debe calificarse de ordinario en vía administrativa, al menos en esta vía administrativa especial, todo lo especial que se quiera.

b) *Impugnabilidad ante la jurisdicción contencioso-administrativa*

Respecto de la impugnabilidad ante la jurisdicción contencioso-administrativa de las resoluciones de la Dirección General, la doctrina hipotecaria es unánime al pronunciarse por la negativa. Partiendo de la cita de una R. O. de 20 de mayo de 1878, considera que dada la naturaleza de la resolución y el Derecho material aplicado, no es admisible el recurso contencioso-administrativo. Y la jurisprudencia contencioso-administrativa viene a dar la razón a esta doctrina hipotecaria (v. gr., Sentencias de 2 de octubre de 1906 y 6 de noviembre de 1954) (60).

Frente a esta opinión dominante defendí la posibilidad del «recurso contencioso-administrativo», al menos en ciertos supuestos (61). No voy a reiterar los argumentos entonces expuestos. Únicamente destacar que el problema sólo puede resolverse acudiendo a los preceptos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en los siguientes términos:

1.º El artículo 1.º de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa delimita el ámbito de esta jurisdicción en función del acto frente al que se deduce la pretensión: si emana de la Administración pública y está sujeto al Derecho administrativo, los únicos Tribunales con jurisdicción para conocer de las pretensiones serán los contencioso-administrativos.

(60) Cfr. CHICO, *Apuntes*, cit., II, págs. 419 y ss.

(61) En *La impugnación de los actos registrales*, «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 1955, págs. 513 y ss.

2.º El artículo 40, f), de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa excluye del «recurso contencioso-administrativo» los actos que se dicten en virtud de una ley que expresamente los aparte de la vía contencioso-administrativa. La Ley Hipotecaria no establece exclusión alguna al regular la resolución del recurso gubernativo. Por tanto, si estas resoluciones constituyen actos de los que delimitan la jurisdicción, según el artículo 1.º de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, sería admisible el recurso contencioso-administrativo.

3.º La Dirección General de los Registros y del Notariado es un órgano de la Administración activa. Esto es algo que no puede seriamente ponerse en tela de juicio. Por tanto, las resoluciones de la misma son «actos de la Administración pública». Se da, por tanto, la primera de las circunstancias que exige el artículo 1.º de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Ahora bien, ¿puede afirmarse lo mismo de la segunda?

4.º Es indudable que, al menos en la mayoría de los casos—aun cuando cada vez menos—, las normas jurídicas aplicables al resolver aquel recurso no son de Derecho administrativo, sino civil o mercantil, aun cuando de lo que se trate es de decidir el derecho del administrado al uso de un servicio público. Precisamente la naturaleza de la norma aplicada es el argumento utilizado por la jurisprudencia para negar la admisión del contencioso-administrativo.

Pero cuando, lo que cada vez es más frecuente, la normativa aplicada es única y exclusivamente de Derecho administrativo, porque de lo que se trata es del acceso al Registro de un acto administrativo, ¿puede mantenerse la misma conclusión?

JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

El matrimonio religioso, el matrimonio canónico y el matrimonio civil. El vínculo matrimonial, ¿es indisoluble o disoluble?

I. IMPORTANCIA DEL ESTUDIO CIENTIFICO DE LA REALIDAD DEL MATRIMONIO

El estudio de la realidad matrimonial y familiar es uno de los problemas científicos más acuciantes de nuestro tiempo. Su análisis es cada vez más profundo, pragmático y especializado, a la luz de la floración de las Ciencias Humanas en los últimos decenios. La necesidad de la coordinación interdisciplinaria de tales estudios, las cuestiones de metodología científica y de determinación del objeto o campo del discurso científico tienen una prioridad apremiante.

Pone de relieve la urgencia de estas cuestiones la tendencia que se apunta en Occidente desde hace varios decenios hacia la privatización de la vida del ciudadano. El hombre de la sociedad urbana industrial avanzada se despolitiza, se reduce a un estrecho círculo laboral y amical y tiende a buscar un remanso de paz en su matrimonio y su familia: en consecuencia, les exige un nivel de satisfacciones psicológicas y afectivas muy superior al que era usual en la historia.

El modelo occidental de matrimonio monógamo y estable, aunque disoluble por el divorcio, por un proceso de aculturación muy acelerado, tiende a imponerse en todas las civilizaciones del mundo actual. El módulo familiar típico—la pareja conyugal y los hijos habidos de tal unión—se difunde por todas partes y tiende a arrinconar a la familia extensa o patriarcal como centro político, religioso y económico, aunque

no hay duda que las relaciones de tal familia nuclear con sus familias de origen se mantienen en la mayoría de los casos. Las declaraciones de derechos humanos de las Naciones Unidas y las que eliminan la discriminación de la mujer o definen los derechos del niño, han creado una conciencia mundial respecto de los problemas de la mujer y el niño en la familia y en la sociedad toda y sentado las bases de su emancipación sociopoliticoeconómica.

Tal modelo cultural, consecuencia de una larga evolución histórica de Occidente, es a la vez producto de un sistema económico determinado—el capitalista de los dos últimos siglos—y de un concreto sistema ideológico—originariamente cristiano, posteriormente humanista postcristiano de diversa orientación—. Ni siquiera los países socialistas del este de Europa difieren sustancialmente de tal modelo de organización familiar, que se pliega perfectamente a las necesidades de la sociedad industrial de tales regímenes políticos. La ideología socialista de los mismos considera al matrimonio y a la familia como organismos éticos y formativos, que voluntariamente asumen la tarea de transmitir las pautas ideológicas a las nuevas generaciones y de contribuir a la edificación del socialismo. Pero su estructura económico-cultural no es diversa de la familia nuclear occidental.

El Movimiento de Liberación de la Mujer y la revolución sexual rechazan tal modelo de matrimonio y familia.

El Movimiento de Liberación de la Mujer rechaza, como alienante y esclavizador de la mujer, el papel sociocultural que la tradicional sociedad patriarcal-capitalista le ha conferido. La cultura vigente ha sido creada exclusivamente por los hombres. El principio materno, matriarcal, que existió en los orígenes de la hominización, ha sido totalmente oscurecido, borrado, por milenios de cultura patriarcalista (1). En la misma, las mujeres han perdido los signos de su propia identidad, son la sombra disminuida y desprestigiada del varón dominante. Se ven explotadas en lo económico, oprimidas en lo político y desprestigiadas en lo ideológico. Si en algún caso una mujer tiene éxito social es porque se pliega a las necesidades del sistema dominante y asume el rol social de un varón: ello le puede producir trastornos caracterológicos, pues la pauta de mujer subordinada le ha sido interiorizada desde niña y es muy difícil liberarse de ella. La mujer, en definitiva, es clase social distinta de las demás clases sociales clásicas, clase social oprimida por el hombre, según algunos feministas.

(1) Véase *Contracultura y revolución*, de ORTIZ OSÉS y ORENSANZ: Castellote, editor, Madrid, 1976, especialmente el capítulo de ORTIZ OSÉS, «Patriarcalismo y matriarcalismo».

Sólo una revolución cultural que rompa el discurso patriarcal-capitalista, que permita expresarse a las mujeres en un idioma liberado, que suprima las instancias del poder político represivo y que elimine la explotación de todas las clases dominadas por las dominantes permitirá la liberación de la mujer.

En tal modelo de sociedad feminista se transferirán al Estado las cargas de la crianza de los hijos, las inherentes a la maternidad, hasta el momento en que desaparezcan el matrimonio y la familia como realidades institucionalizadas. En su lugar aparecerá una unión desinstitucionalizada y libremente disoluble, exenta de cualquier tipo de imposición y represión por el aparato coactivo del Estado, que tenderá a desaparecer.

La revolución sexual afirma que el sexo es una realidad gratificante que sufre opresión por las modernas pautas del sistema socioeconómico actual, entre las que tienen importancia predominante el matrimonio y la familia burgueses, como único modelo de satisfacción de las necesidades sexuales que se acepta e institucionaliza. El principio del placer, en el que tiene un papel importantísimo la sexualidad, se ve prontamente reprimido por el de la realidad en la socialización del niño, que difiere la satisfacción del placer y lo somete a las exigencias de la sociedad, sustancialmente las que impone la efectividad económica. La familia reproduce en las nuevas generaciones las pautas de la actual organización social. Consiguientemente, la revolución sexual—que propugnan esencialmente los hombres, más preocupados por la liberación del sexo que la mujer—pone en causa, al igual que el feminismo militante, el matrimonio monógamo y estable.

Sus consecuencias serían, siempre en el marco de una sociedad socialista, la unión libre de la pareja heterosexual u otras experiencias sexuales v afectivas más avanzadas—uniones homófilas, comunas familiares, etc.—. Sin embargo, no hay que olvidar que este último fenómeno no tiene por qué propugnar la revolución sexual, sino ser una experiencia de familia ampliada en la que sus miembros respeten en el seno de la organización comunal la prohibición del incesto.

Tales ideologías se corresponden plenamente con las relaciones de producción existentes en la actualidad en las sociedades avanzadas. Hay conciencia de la posibilidad de que tales utopías son hacederas, pues por primera vez desde hace milenios, la humanidad ha salido de la etapa de la escasez y la sociedad está madura para satisfacer los proyectos singularizados de vida íntima de aquellos de sus miembros que lo deseen.

Para muchos, sólo la clase dominante, que impone una ideología conforme con sus intereses, se opone formalmente a que tales ideologías se plasmen en realidades. Para hacer frente a las mismas, a lo sumo tiende

a difundir la noción de la sociedad permisiva, que difícilmente tiene plasmación real en país alguno de Occidente.

Por supuesto que ni el movimiento de liberación de la mujer ni la revolución sexual tienen en España, sumergida en un sueño hipnótico en los últimos decenios, la fuerza y futuro que en otros países de Occidente, ni tampoco puede calificarse, ni por aproximación, a España de sociedad permisiva.

Pese a ello, sí se dan en España en los últimos años una mayor difusión de conocimientos científicos sobre la afectividad y la sexualidad, la difusión de medios humanos de contracepción, cierta emancipación de la mujer por medio del trabajo. Todo ello, en unión de las ideologías dichas, influye profundamente en las teorías conservadoras en materia de sexualidad, matrimonio y familia, que cada vez más se han de limitar a retrasar lo inevitable: la puesta en cuestión y profunda reforma de tales instituciones en el marco de una sociedad democrática avanzada.

II. METODOLOGIA INTERDISCIPLINARIA PARA ANALIZAR LA REALIDAD MATRIMONIAL

Pretendo analizar el carácter secular o religioso del matrimonio y las diversas acepciones que tiene la noción de indisolubilidad y disolubilidad del vínculo conyugal.

Creo que es un método infecundo analizar tales nociones desde un punto de vista estrictamente jurídico, que inevitablemente se limitará a la pura exégesis—y justificación—del actual sistema matrimonial vigente en España. Pero ello es tanto como dar por cerrado el discurso científico en términos de pura normatividad: es cerrar con llave los problemas y arrojar ésta al mar.

Por ello, superando este infecundo empeño, pretendo analizar las dos grandes vertientes del problema: la secular y la religiosa. Como luego expondré en el apartado V de esta primera parte, es preciso ir más allá del mero planteamiento secular cuando España ha adoptado un sistema matrimonial concordatario, en que la Iglesia impone su propio sistema matrimonial con fuerza de ley civil y donde la indisolubilidad del matrimonio canónico tiene su contrapartida en la del matrimonio civil.

En mi opinión, pueden darse la mano las nociones más avanzadas de la nueva metodología jurídica civil y la nueva concepción ética del matrimonio religioso cristiano. Una y otro creo que dejarán de lado, superadas, la concepción de muchos juristas positivistas del Derecho civil matrimonial, que no examinan el fundamento y sentido últimos de dicha norma-

tiva, y una concepción jurdicista, ontológica, iusnaturalista y fixista de ciertos modernos canonistas, que se limitan a resaltar los elementos jurídicos del misterio del matrimonio cristiano y olvidan la esencia del misterio.

Entre los juristas preocupados por la nueva metodología jurídica, RECASENS SICHES afirma con energía que «el Derecho tiene tres dimensiones recíprocamente trabadas entre sí de una manera indisoluble, a saber: A) Dimensión de hecho, la cual comprende los hechos humanos sociales en los que el Derecho se cumple, se gesta y se produce, así como las conductas humanas reales en las cuales el Derecho se cumple y se lleva a cabo. B) Dimensión normativa, consistente en una normatividad específica caracterizada por notas propias, entre las cuales figura la de impositiva e inexorable coercitividad. C) Una dimensión de valor, estimativa o axiológica, consistente en que sus normas, mediante las cuales se trata de satisfacer una serie de múltiples necesidades humanas, intentan hacerlo de acuerdo con las exigencias de unos valores de justicia y de los demás valores que esto implica, entre los que figuran los de dignidad y autonomía de la persona, la seguridad, el bienestar general y otros.

El Derecho, visto como norma humana con validez formal, será estudiado filosóficamente por la teoría general del Derecho, y científicamente por la ciencia jurídica dogmática. El Derecho, considerado preponderantemente como un conjunto de peculiares hechos humanos sociales, será estudiado filosóficamente por la doctrina de la experiencia jurídica, y científicamente por la sociología del Derecho y también por la historia del Derecho. Los temas de valoración del Derecho serán estudiados filosóficamente por la estimativa jurídica, axiología jurídica o teoría del Derecho natural, y en cuanto a las aplicaciones concretas y particulares, por la política del Derecho» (2).

ELÍAS DÍAZ sigue en lo sustancial esta concepción tridimensional del Derecho, si bien sustituye la noción de Derecho natural por la de Filosofía del Derecho, «que tiene que constituirse en este sentido como actitud crítica, tanto respecto del iusnaturalismo como con respecto del positivismo, quizá de modo muy fundamental con el primero, pero también, indudablemente, en relación con el segundo (3). «Debe superarse perentoriamente—sigue diciendo este profesor—tanto el exclusivismo de una *Begriffs-*

(2) *La concepción tridimensional del Derecho*, «Revista de Derecho Notarial», Madrid, enero-marzo de 1971.

(3) *Sociología y Filosofía del Derecho*, Taurus Ediciones, S. A., Madrid, 1971, páginas 31-32.

jurisprudenz, como el exclusivismo de una *Interessenjurisprudenz*, en una real y auténtica *Justijurisprudenz*, en una jurisprudencia de justicia... La ciencia jurídica precisa absolutamente y debe prolongarse en la Sociología del Derecho y en la Filosofía del Derecho» (4).

La ciencia del Derecho tiene como zona central de trabajo el Derecho válido. Análisis de la validez del Derecho, y en otro plano, descripción y explicitación del sistema de legitimidad, incorporado en este sistema de legalidad, es decir, primer nivel de legitimidad, la legitimidad legalizada.

La Sociología del Derecho tiene como zona central de trabajo el Derecho eficaz. Investigación sobre eficacia del Derecho, y en otro plano, constatación del sistema de legitimidad aceptado o creado por una colectividad, es decir, segundo nivel de legitimidad, la legitimidad eficaz.

La Filosofía del Derecho tiene como zona central del trabajo el Derecho legítimo. Determinación de la legitimidad del Derecho, y dentro de él, crítica tanto del Derecho válido y del Derecho eficaz, como de la legitimidad legalizada y de la legitimidad eficaz; crítica llevada a cabo desde el tercero y más radical nivel de legitimidad: la legitimidad justa» (5).

Los teólogos y moralistas que examinan la realidad humana y religiosa del matrimonio tampoco son inmunes a las exigencias de la interdisciplinariedad, que en la actualidad es un planteamiento absolutamente preciso para tratar de explicar, sin conseguirlo nunca, cualquier fenómeno humano.

SCHILLEBEECKX (6) reconoce que así como antes el fiel se dejaba conducir en materia matrimonial por el cura o pastor, y éstos, a su vez, se referían a la teología que les habían enseñado, hoy tal monopolio clerical y teológico está en ruinas. «Es normal, por otra parte, que la psicología y la sociología, la fenomenología y la psiquiatría, la historia, la medicina y la filosofía, la novela misma, tengan que dar su opinión sobre la cuestión» (7). «En esta situación, el teólogo debe abrirse lealmente a todas las ciencias del espíritu: esto le permitirá, al menos, disipar todas las incertidumbres que provienen de la ignorancia, del malentendido o de la falta de síntesis, de modo que los fieles puedan asumir más conscientemente el 'riesgo' que es suyo, en este misterio en que el hombre está comprometido y llamado al don de sí mismo» (8).

Al plantearse los problemas psicológico y social del matrimonio, el

(4) Id., id., págs. 131-132.

(5) Id., id., pág. 63.

(6) *Le mariage. Réalité terrestre et mystère de salut*, Les Editions du Cerf, Paris, 1966; Introducción, pág. 7.

(7) Id., id., pág. 7.

(8) Id., id., pág. 8.

matrimonio mixto, la dimensión secular y profana del matrimonio con la cuestión conexas del matrimonio civil, el celibato, la obligación del matrimonio, el planeamiento familiar, dice que «todos estos problemas no se resuelven con *ukases* y deben, para ser planteados válidamente, inscribirse en una visión total de la realidad antropológica que constituye la sexualidad humana y en el interior de una fe plenamente dependiente de Dios».

MARCIANO VIDAL (9) opina que los cambios operados en el mundo actual y los nuevos planteamientos de la teología moral obligan a replantear el fundamento metodológico normativo sobre el que descansa todo el edificio de la ética matrimonial cristiana. Es preciso superar los métodos tradicionales de aproximación a la realidad del matrimonio: metodología parenética (el matrimonio, ámbito de la vocación cristiana: sería interesante en las discusiones actuales sobre la indisolubilidad y el divorcio recordar la metodología patrística para enriquecer la metodología impuesta desde la Edad Media); ontológica (el matrimonio, realidad sacramental: no debemos olvidar esta metodología ontológica sacramental, pero debe ser matizada e integrada a través de otras perspectivas igualmente válidas); jurídico moral (el matrimonio, institución de la fe: la moral matrimonial, sobre todo a partir de Trento, ha encontrado la normatividad fundamental en la realidad del matrimonio contrato. Es muy discutible un tipo de metodología moral en la que prevalezca una consideración excesivamente jurídica del matrimonio. No podemos aceptarla como la forma principal de inducir la normatividad ética de la institución matrimonial); de Derecho natural (el matrimonio, realidad natural: la teología moral del matrimonio ha sido deudora en los últimos siglos de una metafísica abstracta y acultural. La ontología neoescolástica de la naturaleza humana ha dado lugar a una moral basada en la llamada «ley natural», un orden abstracto, universal e inmutable. Las síntesis morales sobre el matrimonio no se han visto de las falacias contenidas en esta concepción básica de la moral). La reflexión teológico moral tiene que seguir avanzando en la búsqueda de una metodología más coherente para encontrar la normatividad ética del matrimonio.

La primera opción metodológica es pasar de un modelo naturalista a un modelo culturalista de matrimonio para poder descubrir su normatividad ética. Cuando afirmamos que el matrimonio es, ante todo, una realidad cultural, lo situamos desde el primer momento en el plano de la hominización. Es el mundo personal, con toda su riqueza de estructuras y comunicación, lo que explica la realidad del matrimonio. Su normativi-

(9) *Proyecto ético del matrimonio cristiano*, «Pentecostés, Revista de Ciencias Morales», núms. 41-42 (abril-septiembre de 1975), págs. 253 y ss.

dad ética no depende del funcionamiento más o menos natural de las estructuras biológicas, sino de la mayor o menor hominización que viene comprometida en el comportamiento. Al entender el matrimonio como realidad cultural libramos a la moral de graves tentaciones: del abstraccionismo temporal y del fixismo inmovilista.

Otra opción metodológica renovadora sería pasar de una moral «auto-suficiente» al estudio interdisciplinar. «Únicamente a través de la interdisciplinariedad se puede llegar al conocimiento de la realidad del matrimonio, y únicamente a través de tal procedimiento metodológico se pueden proponer modelos éticos para la institución conyugal. Mientras la moral tradicional de los últimos siglos ha pedido particular y casi única ayuda al pensamiento abstracto concebido en términos de conocimiento ontológico de la naturaleza humana, la reflexión teológico moral actual debe aprender a dialogar con los saberes antropológicos (sociología, psicología, antropología cultural)» (10).

La lista de ciencias humanas que se ven implicadas en la reflexión teológico moral del matrimonio cristiano—o en la reflexión científica de la realidad humana del matrimonio sin más—no se agota, con mucho, con la enumeración que hacen SCHILLEBEECKX y MARCIANO VIDAL.

Todos los autores están conformes en emplear una metodología interdisciplinaria para el análisis de la realidad del matrimonio. Lo difícil es lograr la efectividad práctica de tal metodología: o acumular todos los saberes precisos en un solo individuo o coordinar el estudio de una materia concreta entre los diversos especialistas de las ciencias humanas.

Lo primero es tarea imposible dada la extensión inabarcable de los saberes. Lo segundo choca con la necesidad de articular y definir una metaciencia, «ciencia de ciencias», o metalenguaje científico que dominen por elevación y den sentido a las perspectivas necesariamente parciales de cada una de las ciencias humanas que examinan la realidad matrimonial. Tal «ciencia de ciencias» o metalenguaje pudo ser en otra época la Filosofía o la Teología, pero hoy los filósofos niegan su colaboración en tal labor coordinadora de saberes: la Filosofía es otra cosa diversa. Y la pretensión autosuficiente de la Teología de otros tiempos de dominar todo el campo de las ciencias del espíritu—*Philosophia est ancilla theologiae*—hoy no es defendida por nadie. El problema de la metaciencia está planteado, pero ni siquiera se le ha empezado a dar solución.

Consciente de los graves problemas y de la dificultad de la empresa que intento, examinaré desde el punto de vista dogmático jurídico los ordenamientos matrimoniales canónico y civil, analizaré la realidad antro-

(10) Id., *id.*, pág. 260.

pológica del matrimonio y del divorcio, haré referencias sucintas a la sociología de una y otra institución, estudiaré en sus grandes líneas la historia de los aspectos religioso y secular de una y otra, así como del pensamiento teológico y canónico—dando por sabido que el pensamiento secular considera asunto profano, autónomamente examinado y resuelto por los hombres con sus propios medios y leyes, tanto el matrimonio como el divorcio, y no es preciso insistir sobre un tema ya manido en todos los países de Occidente, excepto en España—. Terminaré proponiendo una reforma jurídica de ambas, como inaplazable exigencia de una buena política legislativa. Mejor dicho, de una buena política a secas que imperiosamente pide nuestro pueblo.

El análisis a la luz de la Filosofía jurídica de las necesarias distinciones de matrimonio religioso, matrimonio canónico y matrimonio civil, y de las nociones de indisolubilidad existencial, religiosa, canónica y civil del matrimonio, así como sus posibles excepciones, creo se halla sustancialmente de acuerdo, con las debidas diferencias de perspectiva científica que adoptan ambas ciencias, con el que realiza la Teología moral postconciliar.

III. EL MATRIMONIO COMO UNION INTERSEXUAL SOCIALMENTE RECONOCIDA

Expondré ciertas nociones antropológicas acerca de la realidad del matrimonio, como básicas para cualquier análisis del matrimonio como asunto secular o profano.

Parece ser realidad aceptada por los antropólogos que la radical menesterosidad del niño acabado de nacer postula unos cuidados y atenciones que sólo pueda prestarle una persona que cumpla la función materna. Normalmente, tal persona es su madre biológica; pero en algunas culturas puede prestar tales cuidados un pariente, el mismo padre biológico u otra persona o grupo. La dedicación intensiva a tal hijo menor obliga a una estricta división del trabajo por motivos sexuales: la madre-hijo deben ser protegidos por otra persona, normalmente el padre biológico, pero puede serlo por la propia familia de la madre. La tríada padre-madre-hijo existe en todas las culturas y es la forma históricamente más primitiva y, a la vez, más extendida de familia. Probablemente, la humanidad hubiera perecido de no haberse institucionalizado tal dedicación exclusiva y afectiva de la madre al hijo y tal protección a la pareja madre-hijo por el padre. Esta institucionalización, consustancial con el proceso de hominización, es el matrimonio, base de la familia, aunque hay quien cree que

antes que la noción de matrimonio, que supone una individualidad, un mutuo consentimiento, etc., de la pareja, existió la familia, en que orgánicamente se integraban las diversas parejas en una entidad mayor: la familia extensa, que hasta cierto punto absorbía las parejas conyugales.

Todas las culturas, a la par que reconocen la relación social institucionalizada del hombre, que protege a la mujer y al hijo, conocen otra forma de unión sexual no regulada, pero tampoco anárquica: la unión libre. Mientras la unión institucionalizada permite a hombre y mujer cohabitar y procrear hijos sin mengua de su prestigio social—quizá sea desprestigio e incluso delito o pecado permanecer soltero o soltera—, la unión libre, a cambio de no crear obligaciones hacia los hijos, suele restringir su nacimiento. En el origen de todas las culturas, los hijos sin padres que cuiden de ellos morirían: de ahí que se restrinja su nacimiento.

Las relaciones sexuales extramatrimoniales de personas casadas pueden tener como consecuencia, caso de haber descendencia, la condena por adulterio—sobre todo de la mujer—o la aceptación del hijo por el esposo de su madre.

El matrimonio, en términos antropológicos, puede definirse como «complejo de normas sociales que definen y regulan las relaciones mutuas de la pareja unida con sus parientes, con su descendencia y con la sociedad en general. Es la institución que modela la forma y las actividades de la asociación conocida con el nombre de familia. El matrimonio es, por tanto, un complejo cultural» (11).

Esencialmente, el matrimonio es una institución en que el asunto de máxima importancia es el cuidado del niño y la procreación. La familia conyugal se originó y estabilizó en torno al niño, cuya presencia, con todo lo que ello comporta, es una de las constantes de la familia universal.

El matrimonio es también fundamentalmente una institución y comunidad económicas y, por tanto, esta institución, aun primariamente, debe su estabilidad social a los cuidados recíprocos, a las tareas que en beneficio de la seguridad y del sustento tienen que cumplir los padres respecto de los hijos y los cónyuges mutuamente. Esta concepción economicista del núcleo conyugal y familiar hace que el hombre, casi siempre predominante en lo económico, traspase esta actitud a su mujer e hijos, considerándolos como propiedad o pertenencia, con todas las consecuencias que ello comporta en los planos afectivo, jurídico y religioso.

Sin embargo, y contra lo que podría deducirse de la moderna concepción del amor romántico o del matrimonio como lugar de refugio de la

(11) HOEBEL, citado en GÓMEZ RÍOS, *El matrimonio y la familia en la Historia*, Instituto Superior de Ciencias Morales, s. a., pág. 33.

sexualidad, ni el matrimonio es originado por la sexualidad de los esposos ni éste es, sin más, el producto legalizado del impulso sexual. El matrimonio no es una institucionalización de los impulsos sexuales, aunque sí los regula. En Antropología es rigurosamente falsa la proposición: el matrimonio es una unión por amor, y si falla el amor debe disolverse el matrimonio.

Como la anarquía sexual puede atentar a la cooperación económica de los esposos y a la socialización de los hijos, el matrimonio impone: prohibición de las relaciones sexuales extramatrimoniales fuera de la pareja, sobre todo a la mujer, y en otro aspecto, cierta desexualización del matrimonio, al colocar la sexualidad en su posición exacta en el conjunto de valores (12).

IV. ¿QUE NORMAS REGULAN EL MATRIMONIO: RELIGIOSAS O SECULARES?

Habiendo demostrado que el matrimonio y la familia son instituciones culturales, socialmente normadas, interesa esclarecer qué tipo de normas regulan tales realidades, si religiosas o seculares.

El planteamiento del problema es relativamente moderno, producto de una generalizada y creo que irreversible secularización de las realidades humanas de los últimos siglos. Sin embargo, a diferencia de otras culturas mágico primitivas o inmersas en lo sacral, ya desde el principio del pensamiento grecolatino, base de la moderna cultura de Occidente, se descubre una ideología secularizadora profana, que examina con ojos críticos, con los medios que le brinda la razón o la especulación filosófica, todas las realidades de este mundo, matrimonio y familia incluidos. Posteriormente, la *christianitas* medieval subsume en su orbe ideológico sacral todas las realidades humanas: también el matrimonio, elevado a la categoría de sacramento de la nueva ley, y la familia, dimanante de él. No deja, sin embargo, de estar presente en muchos de los grandes teólogos de la cristiandad y de la Edad Moderna un reflejo de la secularidad del matrimonio, como luego apuntaré.

En el siglo XVIII, la revolución cultural que supuso la Ilustración—que en esto arrancó tanto de las concepciones seculares de los teólogos medievales, como de ideas de los reformistas Lutero y Calvino—seculariza el matrimonio y lo basa en la conquista histórica que fue el reconocimiento político de la libertad de conciencia.

(12) GÓMEZ RÍOS. *íd.*, *íd.*, pág. 47.

Tal es el planteamiento del problema. Habrá que demostrar si los ilustrados del siglo XVIII se basaban en una tendencia casi unánime de los pueblos que les precedieron en Occidente—renuncio a estudiar las culturas no occidentales por falta de medios, pero probablemente muchas de ellas arrojarían pautas similares a las que examinaré—o bien fueron a contracorriente de una tendencia histórica contraria a tal secularización.

En Grecia clásica, en un principio, la religión era el comienzo constitutivo de la familia antigua. Todo hogar tenía un dios que habitaba en él: el hogar era un santuario. La mujer abandonaba al casarse el dios de su casa para pasar al hogar del marido, y debía reverenciar los nuevos dioses domésticos de tal casa. El rito nupcial se celebraba ante el nuevo dios doméstico. El matrimonio, así concebido, era como un nuevo nacimiento: se dejaba a los dioses paternos y se reverenciaba a los del esposo. Tal es la concepción clásica de FOUSTEL DE COULANGES. Por esa extrema sacralización de la realidad matrimonial y familiar, el hijo que debía perpetuar la religión doméstica había de ser fruto de un matrimonio religioso; el hijo extramatrimonial estaba excluido de tal culto y, por tanto, no podía heredar al padre.

La sujeción absoluta de la mujer griega en el período clásico impedía hablar de un matrimonio por afección recíproca: la familia disponía libremente de ella en todas las etapas de su vida.

En el siglo de oro de PERICLES (v antes de Jesucristo) se aprecia un sensible cambio ideológico y social y una mejora en la concepción social de la mujer más allá de su anterior instrumentalización a mera reproductora de la raza (13).

A partir de la muerte de Alejandro *el Grande* mejora de un modo decisivo la condición de la mujer helena. El matrimonio es ahora un contrato entre esposos, que dependen menos que antes de los padres y la mujer disfruta de mayor libertad antes, de y en el matrimonio. El ritualismo de la religión oficial se conservó en las ceremonias nupciales como una mera reliquia sin contenido expresivo ni emotivo alguno.

En la Roma antigua, con lógicas variantes, se reproduce el proceso que he apuntado en Grecia. Tres eran las formas mediante las que una

(13) «Desde el VII al V siglo antes de Cristo, Grecia e Italia conocieron una evolución, lenta pero segura, de las condiciones sociales que iban a la par de una secularización de la vida. Las instituciones sociales fueron desgajadas de su fundamento religioso original. La autoridad se desgaja del sacerdocio, se funda en adelante en la voluntad del pueblo y busca el bien común siguiendo las prescripciones de la ley y no conformándose con tradiciones sagradas. Esta secularización se acompaña naturalmente de cierto ateísmo, de una desafección respecto de la religión doméstica primitiva. Esta subsiste siempre como mero formalismo» (SCHILLEBEECKX, *ob. cit.*, págs. 213-214).

mujer salía de la casa de su paterfamilias y caía en la *manus* o *potestas* de su marido: *confarreatio*—forma religiosa con intervención de los flámines, reservada exclusivamente a los patricios—; *coemptio*—forma ficticia de compra *per aes et libram* de la mujer por el marido—, y el *usus*—modo aformal de conseguir la *manus* por la convivencia conyugal de los esposos en la casa del marido con *affectio maritalis*—. Frente al matrimonio *cum manu* existe, ya desde los orígenes de Roma, el matrimonio *sine manu*, en que la mujer no pierde el parentesco con su familia de origen ni sale de la potestad de su paterfamilias. Tal matrimonio se funda en la convivencia de los esposos y dura lo que ésta. De cualquier modo, todas las formas matrimoniales, *cum* o *sine manu*, eran disolubles, en todas las fases de la evolución histórica, por consentimiento mutuo de los esposos o por repudio unilateral de uno—no sólo de la mujer por el marido, como entre los semitas—por otro.

Los romanos secularizaron muy pronto las ceremonias nupciales. En el período clásico, el matrimonio era un contrato consensual, dependiente de la voluntad de los esposos; aunque por el conservadurismo romano, subsistían ritos nupciales religiosos.

Entre los pueblos germánicos tampoco la religión tenía gran importancia en la celebración del matrimonio. Existían dos formas de matrimonio: la que transmitía el *Munt*, la tutela de la mujer, de su titular al marido (*Muntehe*), similar al *matrimonium cum manu* romano, y una forma más reciente, que ponía el acento sobre el consentimiento mutuo de los esposos (*Friedelehe*). En ella no se transmite el *Munt* al marido, y no se requiere publicidad alguna.

Pues bien, no existen ritos religiosos en ninguna de dichas formas matrimoniales.

En Babilonia y Asiria, el matrimonio era formalmente un contrato jurídico, cuya prueba era suministrada por el acta matrimonial. Las otras ceremonias no eran sino el complemento de este contrato.

En Egipto, la declaración escrita de la voluntad de contraer matrimonio tenía una gran importancia, al igual que en cualesquiera otros contratos, también redactados por escrito. El hombre y la mujer, jurídicamente, gozaban de igualdad para matrimoniarse. Egipto es el primer pueblo de la Antigüedad que ha considerado el matrimonio como un compromiso mutuo de los esposos (14).

En Israel, la fe en Yahvé desacralizó el matrimonio: lo secularizó y convirtió en una realidad de este mundo terrestre (15). Se oponía con

(14) SCHILLEBEECKX, *ob. cit.*, pág. 218.

(15) *Id.*, *íd.*, pág. 40.

ello a las religiones cananeas y fenicias, que cifraban la fertilidad de las tierras, los animales y las mujeres en la benevolencia de los dioses y diosas de la fecundidad. Estas divinidades simbolizaban las fuerzas naturales que hacen posible tal fenómeno, y a ellas había que propiciar mediante ritos mágicos. Los cultos terminaban en orgías de prostitución sagrada.

Los israelitas aparecerían ante los cananeos como ateos, porque su dios era impalpable y asexuado, o mejor dicho, profundamente masculino, como absolutamente masculina era la civilización de Israel. De ahí la dura sujeción patriarcalista de la mujer en Israel: reverso de la secularización del matrimonio.

«Ligar el matrimonio a Yahvé—dice SCHILLEBEECKX (16)—es colocar este acontecimiento humano bajo la protección del Dios soberanamente libre, del Dios de la alianza y de la historia humana... El matrimonio queda liberado de los ritos paganos de la fecundidad porque Israel tiene un Dios radicalmente nuevo. No hay en la esfera divina un tipo original al que convendría vincular el matrimonio por una serie de ritos y de gestos religiosos. Las nupcias se contraen en Israel al margen de todo ritual: no hay gesto litúrgico reservado a los sacerdotes o a los levitas. El matrimonio es una realidad terrestre» (17).

El modelo del matrimonio monógamo que expresa el Génesis, oscurecido por la poligamia y el repudio de la mujer por el varón, es reprimado en la revelación posterior—libro de Tobías, entre otros—. Cristo, al dictar una radical enseñanza acerca del matrimonio, enlaza con los grandes profetas de Israel, hace una nueva lectura del ideal celeste y terrestre del Génesis. Pero no crea rito religioso alguno del matrimonio.

El análisis de estos ejemplos históricos, base de nuestra moderna cultura occidental, nos advierte que no es unánime, ni mucho menos, en la Antigüedad la existencia de un matrimonio específicamente religioso. Por el contrario, en la mayor parte de los pueblos fue un asunto profano, que se contraía entre los esposos o las familias de los mismos sin intervención religiosa; caso de existir ritos religiosos, éstos no suplantaban el carácter privado y familiar de la celebración nupcial, y, en todo caso, el rito religioso, como productor de efectos sociales y jurídicos, se perdió muy pronto o se debilitó hasta el punto de considerarse como un frío formalismo en una fase relativamente temprana de la evolución de los pueblos.

(16) Id., *íd.*, pág. 41.

(17) Id., *íd.*, pág. 42.

V. NECESIDAD DEL ESTUDIO DEL MATRIMONIO RELIGIOSO CRISTIANO EN ESPAÑA

Creo que cualquier europeo occidental de hoy puede suscribir, sin excesivas reservas, la opinión de CARBONNIER (18): «En otro tiempo un aura de sagrado envolvía a la familia y a todas las instituciones que la componen: matrimonio, maternidad, paternidad. Ahora no se ve en ello sino un conjunto de hechos naturales que conviene tratar de un modo utilitario. El Derecho y las costumbres no se articulan más en esta materia de conformidad con datos sentidos como trascendentes—morales o religiosos—, sino en orden a una persecución puramente humana del bienestar. Los teólogos y moralistas serán los primeros en desgarrarse las vestiduras, pero el pesimismo de los profesionales es cosa conocida.»

También España, después de las Cortes de Cádiz, que introdujeron en el diccionario político universal el adjetivo «liberal», entre otras cosas, ha venido experimentando un proceso de secularización y modernización: de insuficiente aliento, por cuanto se ha detenido e incluso ha retrocedido en las últimas décadas a una situación similar a la de la España de la Edad Moderna. Como nuestra historia ha sido como fue y no es posible escribirla de nuevo—sí reformar profundamente nuestras instituciones de cara al futuro—, no creo sea ocioso estudiar el matrimonio religioso cristiano en nuestra historia y en la actualidad. Nuestro matrimonio es concordatario, canónico, con una simple tolerancia hacia el matrimonio civil, que sólo podrá celebrarse «cuando se pruebe que ninguno de los contrayentes profesa la religión católica» (art. 42, 3, del Código civil). En cumplimiento de tal mandato legal, eficazmente implantado en la conciencia popular, y por causas sociopolíticas complejas, la inmensa mayoría de los matrimonios actualmente existentes en España son canónicos, han sido contraídos «por la Iglesia», según la frase consagrada.

El hecho de que recientemente la Iglesia y el Estado hayan signado un acuerdo de derogación parcial y modificación del Concordato vigente—desbloqueando una insostenible situación de mutuo *impasse* que se prolongaba desde hacía casi un decenio—, así como que entre las comisiones mixtas a crear entre la Iglesia y el Estado, dependientes del Ministerio de Justicia, figure la de asuntos jurídicos, que estudiará el tema del matrimonio canónico, no hacen sino conferir urgencia a clarificar, a la luz de las ciencias humanas, las nociones de matrimonio religioso, matri-

(18) *Flexible Droit. Textes pour une Sociologie du Droit sans rigueur*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1971, pág. 137.

monio canónico y matrimonio civil. La correcta aplicación de tales distinciones facilitará la labor de estas comisiones, eliminará posibles prejuicios acríticos de quienes no siguen día a día el avance de las ciencias humanas y teológicas y dará entrada a una posible reforma en profundidad del actual sistema matrimonial español, si hay voluntad política que admita la opinión de los especialistas en materia matrimonial.

VI. SISTEMA MATRIMONIAL CANONICO VIGENTE: SU CRITICA

Aunque una cosa son los cánones, resoluciones de la Santa Sede y práctica de los Tribunales eclesiásticos, y otra distinta el análisis jurídico de tales actos por los canonistas y civilistas, quisiera resumir, con una opinión autorizada, los caracteres del sistema matrimonial canónico de aplicación en España (19): «1) El matrimonio entre bautizados es sacramento y su reglamentación corresponde a la misma Iglesia católica; a ella le compete tanto la facultad legislativa como la jurisdiccional respecto de los matrimonios canónicos; en la práctica esta última puede ser ejercida por los Tribunales civiles en las causas de separación de personas, por concesión benévola de la misma Iglesia, como sucede en los Concordatos italiano y portugués. El Estado no puede establecer ninguna clase de impedimentos en los matrimonios canónicos ni dispensar los legítimamente impuestos por la ley eclesiástica. El Estado debe reconocer efectos civiles inseparables a todo matrimonio católico válidamente celebrado, pero tiene plena competencia en cuanto a los efectos separables. Para dicho reconocimiento tiene el derecho de imponer a sus súbditos la obligación de darle noticia de la celebración del matrimonio canónico y puede hacer constar fehacientemente dicha celebración, supeditando a esta constatación la producción de los efectos jurídicos separables... A los Estados que celebren Concordatos con la Iglesia ésta les exige, como mínimo, el reconocimiento de los efectos civiles al matrimonio canónico, siendo muy variado el procedimiento técnico para lograr estos efectos civiles. El máximo está representado por la aceptación plena de las normas canónicas acerca de las personas sujetas a la observancia de la forma canónica matrimonial. 2) No hay inconveniente en denominar matrimonio civil a aquel que en el C. I. C. se denomina legítimo, pues la Iglesia acepta plenamente este

(19) GARCÍA CANTERO, *El vínculo de matrimonio civil en el Derecho Español*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Delegación de Roma, Roma-Madrid, 1959, págs. 8 y 9.

último y deja que el Estado lo regule con sujeción al Derecho natural. En la práctica puede suceder, sin embargo, que los Gobiernos que negocian con la Iglesia no accedan a eliminar el divorcio vincular para el matrimonio civil, como ha sucedido en Portugal y República Dominicana; entonces en el Concordato se exige que, al menos, se excluya dicho divorcio para los católicos que han celebrado matrimonio canónico. La Iglesia ejerce todavía ciertas facultades respecto del matrimonio de infieles. Así ocurre al definir el Derecho natural, que obliga a todos los hombres y no sólo a los bautizados. Así también al hacerse uso del privilegio paulino, expresamente reconocido en el Concordato español y en los nuevos artículos 80 y 82 del Código civil. Se habla entonces de la potestad indirecta de la Iglesia en lo temporal, de cierto derecho devolutivo *in rem sacram*, de la potestad vicaria del Romano Pontífice... 3) La Iglesia se opone al sistema del matrimonio civil obligatorio como injurioso en grado sumo a la religión, lesivo a los derechos y a la conciencia de los católicos y perjudicial para la moralidad pública. Con razón ha visto en su introducción en los Estados modernos una medida hostil al chocar con los principios constantemente mantenidos por ella y esenciales para su plan general de dirección de las almas. Se muestra también contraria al matrimonio civil facultativo, aunque en la práctica puede tolerarlo como mal menor si al negociar con los Estados la otra alternativa del dilema estaría representada por el no reconocimiento de efectos al matrimonio canónico. Los bautizados que infringen el canon 1.099 y celebran matrimonio civil son sancionados con penas canónicas.»

Examinando las afirmaciones que he transcrito, fiel reflejo de su época—1959—y de la formación de su autor, a la vista de las modernas doctrinas de la teología moral postconciliar, cabe apreciar en las mismas un extraordinario énfasis en lo jurídico de la realidad matrimonial—«juridicismo» lo llaman los teólogos (20).

(20) MARCIANO VIDAL, *íd., íd.*, rechaza los efectos nocivos que una concepción excesivamente jurídica del matrimonio pueda tener en la formulación de la teología moral del mismo. «A cualquiera que examine la historia de la doctrina cristiana sobre el Derecho del matrimonio le es muy fácil constatar la importancia que ha tenido el derecho eclesial en la teoría y en la praxis de la institución conyugal. Sobre todo a partir del Concilio de Trento, en el que se llega al final del proceso de absorción de la realidad humana del matrimonio por la dimensión cristiana, se impone y prevalece una metodología preferentemente jurídico-canónica al servicio de la cual se coloca la reflexión teológica. El matrimonio es visto como una “institución de la fe”, y en cuanto tal sometido por completo a la regulación eclesial. Si la teología posttridentina del matrimonio ha consistido fundamentalmente en una sistematización del Derecho, la moral matrimonial ha encontrado la normatividad fundamental en la realidad del matrimonio contrato. Se han puesto de relieve, por tanto, los temas del “débito conyugal”, de los fines del contrato, etc.

Es muy discutible un tipo de metodología moral en la que prevalezca una con-

Es evidente que el Derecho canónico, como tal Derecho, contiene una regulación jurídica, coactiva de la realidad matrimonial. Pero otra cuestión muy distinta es saber qué es más importante para la Iglesia: la regulación jurídica del matrimonio canónico o la vivencia del mismo por los fieles como una realidad sacramental y no meramente profana; la institución matrimonial y los principios que la forman o las personas que viven esos principios y a veces chocan con la realidad, que la jerarquía afirma es divina, y las personas afectadas, que es demasiado humana; el cumplimiento de las formalidades del *solemnis ordo iudiciarius* de los procesos matrimoniales canónicos o la praxis pastoral pacificadora y tranquilizadora de las conciencias en los momentos de crisis matrimonial. Porque se cree en todo Occidente, también en España, donde tiene práctica el matrimonio canónico, que la concepción juridicista sólo da importancia al primer miembro de los dilemas insolubles que he enumerado, que afectan necesariamente a las personas que soportan crisis matrimoniales, y considera de mínima importancia el segundo.

Reducir prácticamente el estudio del sacramento del matrimonio al de su mera regulación jurídica es un flaco servicio que algunos canonistas han hecho al testimonio de la Iglesia en el mundo.

Quizá en otras épocas, más niñas, menos maduras y civilizadas, era preciso mantener la disciplina del matrimonio de los cristianos—mayoritarios en Occidente: casi siempre se confundía ciudadanía y cristianismo—mediante mandatos y prohibiciones, urgidos por la fuerza coactiva de la Iglesia, doblada a veces del inclemente «brazo secular». Hoy parece cada vez más a los ojos de los occidentales—creyentes y no creyentes—que el matrimonio religioso es un problema de conciencia, más que de ley positiva.

Otro rasgo negativo que cabría apuntar en el sistema matrimonial canónico, tal como nos ha sido transmitido por la Historia, es su pretendida universalidad, su pretendida adaptación a las prácticas matrimoniales y familiares de todas las culturas.

También ello es fruto de una larga evolución histórica. Legislar *urbi et orbi*, dictar la ley espiritual y a veces temporal de Occidente, era fácil cuando el universo conocido se reducía a la *Christianitas* del Medievo europeo. La era de los grandes descubrimientos obligó a adaptar el Derecho canónico a las nuevas culturas y experiencias nuevas, lo que se consiguió no sin esfuerzo. Durante la primera mitad del siglo xx, al quedar gran parte del mundo bajo el yugo colonial de las potencias de Occidente,

sideración excesivamente jurídica del matrimonio. No podemos aceptarla como la forma principal de inducir la normatividad ética de la institución matrimonial» (páginas 256-257).

sociológicamente cristianas, se pudo sostener la ilusión de que pervivía la cristiandad medieval, totalizadora, universal, y su Derecho multinacional, el canónico. Pero la desaparición de tales imperios coloniales en las tres últimas décadas, la progresiva secularización del mundo moderno y las corrientes renovadoras del pensamiento cristiano que han emergido del Concilio Vaticano II enfrentan al aparato jurídico de la Iglesia, fuertemente centralizado en Roma y rígidamente jerarquizado en todas partes, con las legislaciones soberanas de más de ciento treinta Estados independientes.

¿Cabe pretender que las nociones canónicas del matrimonio, arropadas por la «ilusión de pervivencia de la cristiandad», se apliquen sin problema a tantos Estados, cada uno de ellos provistos de cierta «religión de Estado» o ideología política característica, celosísimos de su soberanía y en su mayor parte aconfesionales?

No se diga que el Derecho canónico sólo se aplica a los bautizados y ello resuelve el problema. Subsiste el de la adaptación de la concepción del matrimonio religioso, estable, monógamo e indisoluble, fruto de una evolución histórica multiseccular de Occidente, a los centenares de culturas y etnias que pueblan el planeta y a las que ha de llegar el mensaje de la Iglesia. ¿Tiene suficientes mecanismos de adaptación el actual sistema matrimonial canónico? Muchos lo dudamos. Al menos, no se conseguirá tal adaptación sin una profundísima reforma de la legislación y praxis canónica, que afecte a sus mismos cimientos.

Otra utopía sin futuro que deriva de la ilusión de supervivencia de la cristiandad es la pretendida superioridad del Derecho canónico sobre los Derechos estatales en conflicto. Decir que «la Iglesia ejerce todavía facultades respecto del matrimonio de los infieles»; que puede definir el Derecho natural, que obliga a todos los hombres, aun no bautizados; que puede hacer uso del privilegio paulino con plenos efectos jurídicos, o que detenta plena jurisdicción en materia de matrimonio de todos los bautizados no significa, aunque otra cosa podría parecer a los ojos de los poco avisados, que tales afirmaciones tengan efectos vinculantes en los respectivos ordenamientos estatales, a menos que los mismos, por cualquiera de los medios técnicos que establecen, hayan dotado de efectos civiles a la legislación y práctica canónicas. Creo que el tiempo que un Pontífice repartía el orbe conocido entre Castilla y Portugal ha pasado definitivamente. Fue Francisco de Vitoria, en la *Relectio de Indiis*, quien rechazó tal título de dominio del Pontífice sobre el orden secular y contribuyó a delimitar lo temporal de lo espiritual, confundidos desde la definición de la doctrina de «las dos espadas» de Bonifacio VIII, en pleno medievo.

Una cosa es que la Iglesia tenga a su cargo el cuidado espiritual de sus fieles unidos en matrimonio, así como que deba velar por la salvaguardia de los valores religiosos del matrimonio cristiano, y otra que necesariamente, como dato de la naturaleza—en un mundo en que todo es cultura—, tales cometidos irrenunciables, pero espirituales, deban ser reforzados por un ordenamiento coactivo, centralizado y jerarquizado, amparado, si es posible, como en el Medievo, en el «brazo secular»—caso de España.

Dudo mucho que la Iglesia se atreva a plantear siquiera hoy, en 1976, a cualquiera de los modernos Estados, la concesión de privilegios matrimoniales o de otra índole semejantes a los que obtuvo en el mal llamado «modelo de Concordatos» español de 27 de agosto de 1953.

La Iglesia puede, por supuesto, definir el Derecho natural aplicable al matrimonio, aunque creo que en la actualidad peligra la noción misma de Derecho natural (21). Los modernos estudios antropológicos, etno-

(21) El tema del Derecho Natural, como fundado en la naturaleza humana y, por tanto, universal e inmutable, ha sido sometido a crítica desde los puntos de vista, filosófico-jurídico y moral.

Desde el punto de vista filosófico-jurídico, ELÍAS DÍAZ (*ob. cit.*, pág. 279) hace un minucioso análisis del significado histórico del Derecho Natural. Enuncia así la teoría que podríamos llamar tradicionalista del iusnaturalismo. El Derecho Natural no sólo es un sistema natural, inmutable y universal de valores. No es sólo un sistema de valores: el Derecho Natural es, sobre todo, un auténtico Derecho; más aún, él y únicamente él es el verdadero y auténtico derecho. El Derecho Natural es el verdadero Derecho—el Positivo sólo lo es en cuanto concuerda con él—, y además es natural, es decir, suprapositivo, y también suprahistórico, universal e inmutable» (págs. 278-279). El Derecho Natural es el ser del Derecho—ontología—; es también el deber ser del Derecho—ética, deontología del Derecho—. Toda ley humana, dice Santo Tomás, tendrá carácter de ley en la medida en que se derive de la ley de la naturaleza, y si se aparta en un punto de la ley natural, ya no será ley, sino corrupción de la ley. Para el iusnaturalista católico, derivado directamente de esta concepción de Santo Tomás, el Derecho Natural posee necesariamente un sentido religioso trascendental. La ley natural se funda necesariamente en la ley eterna, entendida ésta como voluntad de Dios o como razón divina.

Históricamente el iusnaturalismo tuvo un sentido conservador o revolucionario según se utilizara para divinizar un orden establecido o para cambiarlo por uno nuevo. El Derecho Natural ha cumplido en ocasiones la función fundamental de impedir la clausura, el aislamiento y la absolutización exclusiva de la norma positiva. Sin embargo, con frecuencia el Derecho Natural ha frustrado esas posibilidades de crítica, limitándose a ser mera reafirmación y sacralización del «hecho constituido», es decir, de un Derecho positivo dado.

BOBBIO, citado por ELÍAS DÍAZ, afirma que el Derecho Natural no es auténtico Derecho—crítica al Derecho Natural entendido como ontología—y no cabe tampoco hablar de un sistema de legitimidad natural, es decir, de un sistema de valores naturales e inmutables—crítica al Derecho Natural entendido como deontología—(página 303).

Ya en los comienzos de la teoría iusnaturalista—dice WELZEL, citado por ELÍAS DÍAZ, pág. 308—aparece con toda claridad la profunda problemática del Derecho Natural: la estructura proteica de la naturaleza humana toma en manos de cada pensador iusnaturalista la forma que él desea. Todo lo que tiene por justo y de-

gráficos, sociológicos, etc., demuestran la inmensa variedad de modelos culturales en materia de matrimonio y familia que adoptan las muy numerosas etnias que pueblan el planeta. Pretender definir como modelo absolutamente perfecto, adaptable sin más a todos los tiempos y lugares, el que delinea el C.T.C. creo que es incurrir en el defecto de eurocentrismo—en el fondo, un etnocentrismo más: los europeos somos el ombligo del mundo—, contrario a la propia noción civilizadora y universal de Occidente.

La orientación metodológica iusnaturalista, como antes apunté, si se aplica al estudio de la ética matrimonial cristiana, choca con la moderna

seable lo ha introducido ya de antemano tácitamente en su concepto de naturaleza del hombre, antes de extraerlo de nuevo, para justificar su noción de lo justo por naturaleza.

Una lista completa de las opiniones sobre esta cuestión—ha afirmado BOBBIO, citado por ELÍAS DÍAZ, pág. 309—«podría constituir... el tema fascinante para un nuevo elogio de la locura».

La ciencia y la teoría de la ciencia contemporánea están llegando a una completa revisión del concepto de «naturaleza», concepto que, sin embargo, la mayor parte de los iusnaturalistas siguen empeñados en utilizar casi con idéntico significado que en los siglos XIII y XIV, dice ELÍAS DÍAZ, pág. 309.

Desde el punto de vista ético, MARCIANO VIDAL entiende que la primera opción metodológica en materia de ética del matrimonio cristiano «es pasar de un modelo “naturalista” del matrimonio a otro “cultural” para poder descubrir su normatividad ética. El matrimonio entendido en clave de “naturaleza” ha dado lugar a una interpretación biologicista—y hasta animal—del ser y del quehacer de la comunidad conyugal. Además, ha situado la realidad del matrimonio en el universo de las abstracciones falazmente universales e inmutables. Todos conocemos la esterilidad de una moral matrimonial basada en tal concepción del matrimonio. Cuando afirmamos que el matrimonio es ante todo una realidad cultural lo situamos desde el primer momento en el plano de la hominización. Es el mundo personal, con toda su riqueza de estructura y de comunicación, lo que explica la realidad del matrimonio. Su normatividad ética no depende del funcionamiento más o menos “natural” de las estructuras biológicas, sino de la mayor o menor hominización que viene comprometida en el comportamiento. Por otra parte, al entender el matrimonio como realidad cultural libramos a la moral de graves tentaciones: del abstraccionismo atemporal y del fixismo inmovilista. » «Creemos que la variación metodológica apuntada, paso de una moral matrimonial “naturalista” a una moral “culturalista”, nos coloca en el punto de partida exacto para una reformulación ética del matrimonio en cuanto realidad humana. A esta luz han de ser replanteados los valores de la estabilidad, de la monogamia, de la paternidad, de la institucionalización, etc.» (*ob. cit.*, pág. 259).

GÓMEZ RÍOS (*ob. cit.*, pág. 36) expresa sus dudas acerca de la noción tradicional de naturaleza humana en la relación matrimonial. «La visión y relación de la ley natural y ley eterna, junto con la revelación, hacen que para la teología católica el matrimonio sea a la vez una institución divina, humana, natural, etc., y regulada por este sistema de leyes. En el campo de la etnología las cosas no se ven tan relacionadas. Natural sólo sería la atracción sexual de la pareja y su unión. Pero la filiación, entendida como parentesco, y toda la gama de relaciones entre este triángulo y la sociedad, serían aportaciones socioculturales. El matrimonio, por supuesto, como hemos visto más arriba. De este modo quedan claros los diversos campos en que podemos movernos.»

orientación culturalista, más eficaz y científica en el examen del moderno matrimonio.

Creo por todo ello que el sistema matrimonial canónico tradicional requiere una profunda reforma. Hay quienes piden la supresión pura y simple del Derecho canónico, por incompatible con la índole espiritual de la Iglesia. Si admitimos, por el contrario, la tesis de su reforma, la Iglesia debe entrar a dialogar en plano de igualdad, sin pretendidas superioridades, que creo no se le van a conceder en lo sucesivo, con los Estados soberanos de todo el mundo y con los fieles y ciudadanos todos. Sólo el diálogo de la Iglesia con un mundo postcristiano—posterior a la desaparición de la cristiandad—puede a la larga facilitar la conservación de los valores religiosos del matrimonio que constituyen su misión.

VII. EVOLUCION HISTORICA DE LA COMPETENCIA DE LA IGLESIA EN MATERIA MATRIMONIAL

En el apartado IV he examinado algunos aspectos de la regulación del matrimonio en las culturas anteriores a Jesucristo. Ahora debo pasar a examinar el fundamento de la pretensión de los canonistas de atribuir a la Iglesia la competencia exclusiva, dotada de efectos jurídicos, de regular el matrimonio de los bautizados. El análisis de la evolución histórica del matrimonio cristiano en Occidente es fundamental para situar tal pretensión y, consiguientemente, el sistema matrimonial canónico, que he examinado en el apartado V, en su justo contexto.

El canon 1.012 del C.I.C. dice así: Cristo Nuestro Señor elevó a la dignidad de sacramento el mismo contrato matrimonial entre bautizados. Por consiguiente, entre bautizados no puede haber contrato matrimonial válido que por el mismo hecho no sea sacramento.

GARCÍA CANTERO, comentando este canon, afirma que «la doctrina de la identidad real del contrato y del sacramento mantenida por los Romanos Pontífices, especialmente a partir del *Syllabus*, puede considerarse como firme e inmutable dentro de la Iglesia católica». Por ello, la distinción entre contrato y sacramento «es tan sólo de razón, por cuanto sacramento y contrato responden a distinto concepto, pero no a diferente objeto» (SANCHO REBULLIDA). Como consecuencia, el canon 1.016 afirma que el matrimonio de los bautizados se rige no sólo por el Derecho divino, sino también por el canónico, sin perjuicio de la competencia de la potestad civil para regular los efectos meramente civiles del mismo matrimonio. «Está fuera de toda duda que el matrimonio entre bautizados se rige, en primer lugar, por el Derecho divino, tanto divino natural como divino positivo, y, en segundo lugar, por el Derecho canónico. Corresponde a la Iglesia el derecho propio, exclusivo y absolutamente indepen-

diente, de ordenar todo cuanto se refiere a la celebración válida y lícita del matrimonio entre los bautizados» (SANCHO REBULLIDA) (22).

La inseparabilidad del contrato matrimonial y del sacramento es el fundamento doctrinal de la competencia exclusiva de la Iglesia en materia del matrimonio canónico.

Tal inseparabilidad no parece evidente, ni mucho menos, a muchos modernos teólogos. «La primera determinación de tipo doctrinal—identidad entre contrato y sacramento—nos pone en seguida en contacto con su fundamento teológico. Porque en tanto esa afirmación y, consiguientemente, sus derivaciones jurídicas podrían ser reformables en cuanto lo permita su calificación teológica. Y sobre este particular hay que afirmar, con la doctrina más común, que la identidad—y, por consiguiente, inseparabilidad—entre contrato y sacramento *no es un dogma*. La calificación más común es que se trata de una ‘doctrina católica’, es decir, una doctrina cierta, enseñada como tal por la Iglesia, pero no propuesta como doctrina definida» (23).

La historia de tal formulación teológica—identidad del contrato y del sacramento entre bautizados—demuestra que su génesis y desarrollo no obedece al deseo de la Iglesia de fundamentar su competencia matrimonial exclusiva, sino a otros fines muy diversos.

SAN BUENAVENTURA distingue contrato y sacramento para fundamentar la potestad de la Iglesia para imponer impedimentos dirimientes en el matrimonio. Porque la Iglesia no podía afectar al sacramento, que había sido fijado por Dios para siempre, pero sí podía declarar nulo el contrato matrimonial por infringir alguno de dichos impedimentos. Sin la base humana del sacramento, éste no podía operar.

ESCOCOT admitió la validez de contratos matrimoniales legítimos entre los cristianos que no fueran sacramentos. MELCHOR CANO afirmó no ser dogma de fe que todos los matrimonios de los fieles fuesen sacramentos (24). «La doctrina de MELCHOR CANO—como afirma el profesor MOSTAZA—fue aceptada, desde la segunda mitad del siglo XVI hasta mediados del XIX, por un número considerable de teólogos, como MALDONADO, ESTINS, TOURNELLY. A mediados del siglo XVIII, Benedicto XIV califica esta doctrina como ‘muy probable’, y en 1751, la misma Congregación del Concilio, de ‘más verdadera y de mayor aceptación’... La doctrina de MELCHOR CANO encontró una acogida favorable entre los padres del Concilio de Trento. Y—dato curioso—, como acertadamente anota Mos-

(22) *Ob. cit.*, pág. 2.

(23) DÍAZ MORENO, S. I., *La regulación canónica del matrimonio. Problemática y posibilidades*. «Pentecostés. Revista de Ciencias Morales», 41-42 (abril-septiembre de 1975), pág. 230.

(24) DÍAZ MORENO, *ob. cit.*, pág. 231.

TAZA en su estudio, precisamente para fundamentar la posibilidad de declarar nulos los matrimonios clandestinos» (25).

La tesis de la inseparabilidad del contrato y del sacramento es utilizada por los Pontífices «con ocasión de las leyes que introducen en los ordenamientos estatales la posibilidad del matrimonio meramente civil» (26).

Es cierto que Pío IX condenó en el *Syllabus* la proposición que afirma consistir el sacramento del matrimonio en algo puramente accesorio y separable del contrato. León XIII asimismo, en *Arcanum* (1880), que «consta que entre cristianos todo matrimonio legítimo es, en sí y por sí, sacramento, y que nada más distante de la verdad que llamar al sacramento cierto ornato del matrimonio o cierta propiedad extrínseca, que al arbitrio de los hombres puede separarse del contrato». Pío XI, en *Casti Connubii* (1930), transcribió simplemente el canon 1.012.

Tal es el fundamento doctrinal del canon 1.012. Afirma DÍAZ MORENO (27) que «su cualificación teológica no es ninguna definición dogmática que nos cierre absolutamente el paso a una reflexión y matización de la doctrina en sí y—de modo particular—de sus derivaciones jurídicas... Porque no está cerrada la puerta a una posible evolución, que no tiene por qué negar la realidad expresada en el canon que analizamos, sino simplemente ajustar su sentido y consecuencias a una purificación de su más genuino origen dentro del avance de las ciencias teológicas».

En esta línea de investigación cree es exagerada la absoluta identidad del contrato y del sacramento, y una consecuencia ineludible de la misma: la automática colación del sacramento a aquellos contrayentes que celebren su matrimonio bajo la forma canónica, fueren cualesquiera que fueren sus vivencias o no vivencias de fe, fuere cual fuere su creencia o increencia. «La alianza de amor entre los esposos se hace sacramento cuando ellos aceptan el don ofrecido por Cristo. Y esta aceptación... no puede darse en la simple aceptación de un compromiso natural porque o no se tiene fe o está prácticamente desvitalizada por una absoluta indiferencia ante la vocación cristiana al matrimonio en Cristo y en la Iglesia» (28).

«Una atenta mirada a la estructura actual del Derecho matrimonial canónico nos llevará a detectar una real prevalencia fundamental del contrato sobre el sacramento. Y así se hace depender la existencia del segundo de la validez del primero. Y así se estudian los elementos integrantes del contrato..., mientras que los elementos esencialmente religiosos—entre los cuales, la fe y el compromiso—apenas sí tienen cabida en

(25) Id., id., pág. 232

(26) Id., id., pág. 233.

(27) Id., id., págs. 233-234.

(28) Id., id., pág. 236.

el actual ordenamiento matrimonial canónico. Esto nos parece tan real, que cuando comienza la laicización de las legislaciones matrimoniales, los códigos civiles se limitan *sustancialmente* a traducir en buena parte el Código canónico» (29).

Difícilmente los escolásticos que pretendan defender el canon 1.012 podrán fundarse en la sobresaliente autoridad del gran maestro de la llamada *philosophia perennis*, SANTO TOMÁS DE AQUINO. Porque el mismo, en su *Suma contra Gentiles*, distinguía tres aspectos en el matrimonio: el *officium naturae* y *officium civilitatis*, como previos y autónomos al sacramento propiamente dicho. Al hablar de la esencia del matrimonio designa siempre la realidad terrestre, con la misión natural (*officium naturae*) y la función social (*officium civilitatis*), que están unidas: es el conjunto lo que ha llegado a ser un sacramento, un instrumento eficaz de salud, que actúa en virtud de la Pasión de Cristo. En el sacramento, el valor terrestre del mismo permanece por ello intacto, con todas las obligaciones personales, sociales y civiles que entraña. Es verdaderamente difícil sostener que tal concepción tomista atenta a las estructuras naturales o sustrae a la autoridad del Estado lo que a él compete por Derecho. La sacramentalidad misma supone la autoridad civil. SANTO TOMÁS encuentra un argumento en apoyo de su tesis en el carácter público de la unión conyugal: «Por cuanto el matrimonio se hace en cierto modo a la manera de un contrato está, como todos los otros contratos, sometido a la autoridad de las leyes positivas, esto es, de las civiles», porque en la medida que el matrimonio es *officium naturae* está regulado por la ley natural, en la medida que es sacramento está sometido a la ley divina y en la medida que es *officium civilitatis* o *communitatis* debe ser regulado por la ley civil. «Para los bautizados, el matrimonio está regulado por las leyes divinas y civiles. SANTO TOMÁS reconocía, pues, lealmente todo el valor terrestre del matrimonio, con todas las consecuencias que esto implica; defiende también la estricta sacramentalidad del matrimonio como instrumento de salvación, gracias al cual el misterio de la unión de Cristo y la Iglesia se realiza en la vida conyugal de los bautizados» (30).

La jurisdicción de la Iglesia en materia matrimonial es, por otra parte, fruto de una larga y no siempre pacífica ni inequívoca evolución histórica. En modo alguno sale de los textos evangélicos armada con todas las armas del Derecho canónico. Ni creo puede ser consecuencia de una tradición universal e inequívoca de todas las iglesias, con el significado técnico que tal fuente de revelación tiene en la eclesiología. Sigo, para

(29) Id., *id.*, pág. 238.

(30) SCHILLEBEECKX, *ob. cit.*, págs. 297-299.

la exposición histórica del problema, la profunda exposición de SCHILLEBEECKX (31).

Durante los primeros siglos de la era cristiana, cuando los bautizados contraían matrimonio, no se pensó inmediatamente en organizar la celebración de una ceremonia eclesiástica nupcial distinta del matrimonio de la respectiva etnia y de las solemnidades familiares habituales. «Los cristianos—afirma SCHILLEBEECKX—hacían como los demás, como los griegos y los romanos, como los francos, los germanos, los celtas, etc. Las ceremonias y el folklore se empleaban igualmente por los cristianos y constituían el matrimonio propiamente dicho.»

Sin embargo, la Iglesia, ya desde el principio de su existencia, se ocupaba de la pastoral de los bautizados casados, sin utilización de medio jurídico alguno. Unas veces trataba de impedir en las nupcias de los cristianos los sacrificios a los ídolos, otras intervenía en casos excepcionales en el rito matrimonial mismo—el matrimonio de los clérigos o de los catecúmenos—u otorgaba el *ius connubii* a los esclavos, privados de él por la ley del Imperio, permitiéndoles santificar su unión.

El número de intervenciones de la Iglesia aumentó con el paso de los siglos. Son del siglo iv de nuestra era los primeros testimonios, que hablan de plegarias o bendiciones pronunciadas por el sacerdote en el momento de las nupcias. Por otra parte, la Iglesia, conforme decaía el paganismo se mostró mucho más propicia a admitir ciertas costumbres nupciales de éste, como la de la consagración nupcial.

El propio SCHILLEBEECKX (33) interpreta un conocido texto de TERTULIANO (*Ad uxorem*) y rechaza que contenga una liturgia cristiana del matrimonio o haga referencia a una misa y bendición nupciales oficiadas por el sacerdote: se trata, afirma el teólogo holandés, de la manera cristiana de vivir el matrimonio confesando la misma fe, practicando la caridad cristiana y rogando juntamente ambos esposos en su casa. En este momento, el matrimonio no es ante la Iglesia otra cosa que la convención secular, familiar y civil por la que los bautizados contraen una unión válida.

A partir de los siglos iv o v aparecen los primeros testimonios explícitos de una misa matrimonial y bendición nupcial concedida por el sacerdote después de la ceremonia familiar y civil. Las Decretales pontificias prescriben a los clérigos minoristas que hagan bendecir su unión por un sacerdote. Para los laicos, la ceremonia era una prueba de la aprobación oficial de una conducta irreprochable: no se concedió a todos ni tampoco fue obligatoria durante los diez primeros siglos del cristianismo.

(31) *Ob. cit.*, pág. 209.

(32) *Ob. cit.*, pág. 209.

(33) *Ob. cit.*, pág. 226.

La forma propiamente eclesiástica del matrimonio fue introducida en la Iglesia de Occidente por los escritos falsos del pseudo Isidoro—hacia el año 845—. Según dichas Decretales, el matrimonio no estaba permitido en ciertos casos de parentesco ni en los de raptó: era preciso observar las formas legítimas previstas por las costumbres civiles y eclesiásticas. «El matrimonio debe contraerse según las leyes y usos de cada pueblo y el Evangelio», afirmaban tales Decretales. Las mismas constituyeron el punto de partida de una tendencia a canonizar las formas jurídicas civiles, a introducirlas en la liturgia y a hacerlas normas eclesiásticas—luego llamadas canónicas—. Tales Decretales, los textos de BENEDICTO LEVITA y otros encontraron lugar en el Decreto de Graciano. No sólo la bendición nupcial llegó a ser canónicamente obligatoria, sino que las formas jurídicas civiles del matrimonio fueron asumidas por el Derecho eclesiástico.

Sin embargo, la inobservancia de tales prescripciones no producían efecto invalidante alguno sobre la unión.

El Papa Hormisdas exigió la publicidad del matrimonio: «Ningún creyente puede casarse en secreto, sino debe, después de haber recibido la bendición del sacerdote, casarse públicamente en el Señor.» A pesar de ello, el matrimonio clandestino, sin testigos, sigue siendo válido. Para el Papa Nicolás I (siglo ix), el consentimiento mutuo de los esposos constituye las nupcias, es suficiente para constituir las: todo lo demás, incluso la consumación del matrimonio, sin el consentimiento de los esposos es nulo. Para este Pontífice, lo esencial del matrimonio escapa al poder civil e incluso a la potestad eclesiástica.

Sin embargo, hacia el año 1000, el matrimonio de los bautizados—en tal momento, bautizado y súbdito civilizado de un príncipe cristiano son términos análogos—pasa a la jurisdicción de la Iglesia. «El movimiento en este sentido—sigue diciendo SCHILLEBEECKX (34)—ha comenzado en el siglo ix. No se trata de una toma de posesión de principio, sino de una situación de hecho que se impone poco a poco: la debilitación definitiva del poder real en el siglo ix puede ser considerada, junto con otras razones, como la causa principal de su desaparición de hecho en beneficio de la jurisdicción episcopal y eclesiástica. El sistema feudal, donde los obispos, en cuanto vasallos, tenían funciones importantes, fue causa de este deslizamiento... En todo caso, en Francia, la legislación matrimonial adquiere por este hecho una nueva importancia: de pastoral y moral, la acción de la Iglesia llega a ser en esta época jurisdiccional, aunque este hecho no se justificó en un principio... El matrimonio... pasa en este momento a la jurisdicción jerárquica de la Iglesia.»

Ello no significa que se imponga una forma jurídica *ad solemnitatem*

(34) *Ob. cit.*, págs. 242-243.

para la validez del matrimonio: el consentimiento mutuo de los esposos, aun sin testigos, y según otros, el acto conyugal con intención de vivir en el estado matrimonial, bastaban a constituir un matrimonio canónicamente válido. La Iglesia exige cada vez con mayor rigor que el matrimonio se contraiga *in facie ecclesiae*, conoce de los procesos de nulidad del matrimonio, pero no pretende arrogarse en exclusiva la competencia matrimonial. «En algunas regiones—sigue diciendo SCHILLEBEECKX (35)—la jurisdicción matrimonial permanece enteramente en las manos del poder civil hasta el siglo XIII.»

En la Edad Media «no existe documento alguno que demuestre la intención de la jerarquía eclesiástica de someter el matrimonio a su competencia exclusiva» (36).

Los maestros medievales y los escolásticos del Siglo de Oro, con sus doctrinas sobre la posibilidad de la separación del contrato y del sacramento, no niegan absolutamente la simultánea competencia de las autoridades civiles, aunque en un tiempo de signo prevalentemente sacral afirman que están también en esto subordinados a la Iglesia: así, VITORIA y SOTO, entre otros (37).

En Trento, «los padres conciliares se limitan a definir contra los reformadores la competencia de la Iglesia para establecer impedimentos dirimentes, para juzgar las causas matrimoniales y exigir la forma canónica para la validez del matrimonio. Pero no determinan de dónde procede esta competencia ni cuál sea el sujeto pasivo de la misma» (38).

En dicho Concilio se exigió la forma *ad solemnitatem*: el matrimonio se contrae entre los novios con palabras de presente en presencia del párroco del domicilio de los esposos o de un sacerdote delegado y la de dos testigos, a lo menos. Se pretendía con ello atacar la plaga de los matrimonios clandestinos o secretos de la Edad Media, que a cambio de liberar de formas el consentimiento matrimonial permitían, por la dificultad de prueba, la bigamia, el abandono de familia, etc.

De ninguna manera puede probarse documentalmente que el Concilio de Trento pretendiera atacar el matrimonio regulado por la legislación civil de los diversos Estados (39).

En el período inmediatamente posterior a Trento, la doctrina teológica afirma claramente que reconocer la sacramentalidad al matrimonio, no impide reconocer igualmente su carácter civil, el *officium civilitatis* (40).

(35) *Ob. cit.*, pág. 245.

(36) MOSTAZA, citado por DÍAZ MORENO, *ob. cit.*, pág. 243.

(37) DÍAZ MORENO, *ob. cit.*, pág. 243.

(38) MOSTAZA, citado por DÍAZ MORENO, *id.*, *id.*, pág. 243.

(39) SCHILLEBEECKX, *ob. cit.*, pág. 317.

(40) *Id.*, *id.*, pág. 319.

Así, BELARMINO, MELCHOR CANO y el famoso SÁNCHEZ reconocen la jurisdicción civil sobre el matrimonio. El último llega a afirmar que si el Papa puede imponer impedimentos al matrimonio, también puede hacerlo el Estado.

Los calvinistas optan más claramente que los luteranos por la transferencia de la jurisdicción matrimonial al Estado. Aun cuando en algunos países católicos se mantiene plenamente la jurisdicción eclesiástica—entre ellos, España—, en Francia los decretos reales son anexos a la legislación canónica. «El conjunto de leyes canónicas y civiles—dice ESMEIN—tomaba su fuerza de obligar del príncipe absoluto: esto preparaba la llegada del matrimonio civil propiamente dicho» (41).

Creo con ESMEIN, SCHILLEBEECKX y la mayor parte de los autores franceses y belgas que estudian el problema (42), que la secularización fue indirectamente preparada por la colaboración que desde el Antiguo Régimen se estableció entre las autoridades civiles y religiosas. Decir que el matrimonio civil obligatorio impuesto por la Revolución francesa fue una novedad sin precedentes es incorrecto: hunde sus raíces en toda la práctica legal y jurisprudencial del Antiguo Régimen, incluso en países católicos.

Frente a los primeros ataques serios del regalismo de la Ilustración a la competencia eclesiástica en materia matrimonial, reacciona Pío VI

(41) Id., id., págs. 324-325.

(42) ALEX WEIL, *Droit Civil. Les personnes, la famille, les incapacités*, Dalloz, 1972, pág. 1149, afirma: «La realeza francesa no podía tolerar indefinidamente el dominio de la Iglesia sobre una institución capital para la sociedad civil. Desde una época coincidente poco más o menos con la Reforma, la Corona, por medio de los Parlamentos y otros tribunales laicos, tiende a reconquistar el territorio perdido. Se comenzó por elaborar la distinción, hoy todavía admitida en el C. I. C.—canon 1.016—: las jurisdicciones religiosas conocían los litigios relativos a la formación del matrimonio—*quoad vinculum*—y las jurisdicciones laicas de los que concernían a sus efectos—*quoad effectus*—. En 1789 la competencia de las jurisdicciones eclesiásticas había llegado a ser casi puramente teórica. El derecho de legislar en materia matrimonial había seguido a la jurisdicción. A partir de 1556 el poder real se empeña en dar ordenanzas, edictos o declaraciones reglamentando las cuestiones relativas al matrimonio. Algunas prescripciones importantes de los decretos de los Concilios de Trento relativas al matrimonio no fueron aplicables sino después de haber sido consagradas por la Ordenanza de Blois en 1579. La secularización del Derecho matrimonial había, pues, empezado desde antes de la Revolución.» Luis XVI, antes de la Revolución—1787—, dio un edicto permitiendo la forma de matrimonio civil facultativo ante el Juez real a los protestantes que no quisieran acudir al cura católico.

RIGAUX (*Les personnes*, Tome I: *Les relations familiales*, Bruselas, Ferdinand Larcier, 1971, pág. 174) afirma que «la secularización fue indirectamente preparada por la colaboración que desde el Antiguo Régimen se estableció entre autoridades civiles y autoridades religiosas». Y recuerda que José II, emperador de Austria, introdujo en 1781-1783 el matrimonio civil.

No fue, pues, una escandalosa novedad de la Revolución francesa la secularización del matrimonio.

en 1786 afirmando en una carta a un obispo la tesis de que todos los asuntos del matrimonio competen a la jurisdicción exclusiva de la Iglesia. «Tal afirmación no es una sentencia dogmática—dice SCHILLEBEECKX (43)—, sino una mera medida disciplinaria coyuntural, aunque muestra una opinión teológica diversa de la mayoría de los teólogos de Trento.» «De cualquier manera—sigue afirmando el teólogo holandés—, no existía en la época una teoría templada y matizada de las relaciones de la Iglesia y del Estado.»

Tal declaración «iba dirigida—afirma HUIZING (44)—contra ciertas opiniones que negaban a la Iglesia toda competencia o pretendían separar el contrato matrimonial del sacramento y otras ideas semejantes. Dichas declaraciones afirmaban, en todo caso, la validez de la ley eclesiástica según se entendía entonces».

La Revolución francesa abre definitivamente, como consecuencia de la evolución histórica del propio Derecho real francés, que he apuntado, la fase del matrimonio civil propiamente dicho y provoca la reacción de Pío IX y León XIII, que reivindican de una manera más positiva y teórica todavía la posición de Pío VI y a los que anteriormente me he referido en este mismo apartado.

La época moderna desenvuelve la idea de la libertad de conciencia y sostiene que debe admitirse la validez de un matrimonio sin ningún valor religioso. Los Papas se oponen a esta idea y afirman que todo matrimonio válido contraído por bautizados debe ser sacramento (45).

El C.I.C., en su canon 1.012, se ha limitado a extraer conclusiones jurídicas de la polémica de los últimos cien años de la Iglesia con los poderes civiles y las ideas liberales, secularizadoras del matrimonio.

VIII. EL CONCILIO VATICANO II Y EL CAMBIO SOCIAL MODERNO' COMO FACTORES' DE MODIFICACION DEL SISTEMA MATRIMONIAL CANONICO

El impacto innovador de la doctrina del Concilio Vaticano II abre grandes perspectivas a la renovación de los estudios de teología moral matrimonial y, por tanto, a un nuevo examen del sistema matrimonial canónico, que llevará, tarde o temprano, a su inevitable reforma. Doctri-

(43) *Ob. cit.*, pág. 326.

(44) *¿Debe revisarse la legislación eclesiástica sobre el matrimonio?*, Concilium, Ediciones Cristiandad, 1966, tomo III, pág. 165.

(45) SCHILLEBEECKX, *ob. cit.*, pág. 327.

nas como las de la legítima autonomía de lo temporal (46), el matrimonio fundado en el mutuo amor de los esposos y signo de la alianza escatológica de Dios con su pueblo (47), la declaración conciliar sobre la libertad religiosa (48) y tantas otras no son declaraciones de buenos deseos, sin mañana, definitivamente archivadas al terminar el Concilio, sino, como la poesía, auténticas «armas cargadas de futuro». Son el resultado de la vitalidad de unos grupos de eximios teólogos de todos conocidos, en definitiva, de la vitalidad toda de la Iglesia, y prólogo de una corriente nueva, más radical, que analizará críticamente, con todos los medios que le brindan las ciencias humanas y teológicas, la encarnación de la revelación en el mundo. Consiguientemente, el matrimonio religioso.

Pensar que tales corrientes no han de originar un cambio trascendental en la interpretación y aplicación del sistema matrimonial canónico es irrealista. Aun los más conservadores de los canonistas, cuando no cierran deliberadamente los ojos, se enfrentan—y creo que se enfrentarán durante décadas—con las consecuencias del Vaticano II y se plantean fecundos interrogantes sobre el matrimonio canónico. La conservadora jurisprudencia rotal ha acogido recientemente nuevas causas de nulidad de matrimonio: en algunas de ellas ha traído a colación, en apoyo de sus tesis, la psicología, la psiquiatría y otras ciencias humanas. Se ha hecho uso generosamente de la potestad vicaria del Papa para disolver matrimonios más allá del específico esquema del privilegio paulino. En muchas diócesis del mundo se han simplificado los procedimientos canónico-matrimoniales y se han introducido reformas sustanciales. Jueces eclesiásticos y canonistas extranjeros denuncian los defectos del Derecho canónico matrimonial y de su praxis judicial. Se ha dado vía libre a los estudios de reforma del Derecho canónico y articulado recientemente por una comisión pontificia un proyecto o esquema de matrimonio, que está sometido a consideración de los obispos del mundo entero, del que daré cuenta en el apartado IX de este trabajo.

Pese a ese innegable cambio de tono y estilo, más que de sustancia, del Derecho canónico tradicional y a la relativa apertura en el extranjero de la praxis judicial de los procesos matrimoniales canónicos, el análisis de las relaciones entre la reflexión teológica, abierta, del Concilio Vaticano II y la normativa jurídica canónica, que se resiste a la apertura, no es sencilla.

Cabe que los canonistas sostengan que en tanto no cambie la normativa canónica, las afirmaciones del Concilio Vaticano II y la reflexión

(46) *Constitución conciliar Gaudium et Spes sobre la Iglesia en el mundo actual*, párrafo 36, Madrid, B. A. C., 1965, pág. 36.

(47) *Id.*, *id.*, párrafos 48 y 49, págs. 278 y ss.

(48) *Declaración conciliar*, pág. 679.

postconciliar de la teología moral no tienen influjo alguno en la práctica vivida del Derecho. La sociología no puede suplantar la imperatividad del ordenamiento jurídico canónico.

Los canonistas se apoyarían en la afirmación, trasplantada directamente del razonamiento jurídico secular, de que el Derecho debe crear un ámbito de seguridad jurídica y definir situaciones incontrovertibles. Si la ley es inadecuada a las exigencias que impone el cambio social, debe ser cambiado por medio de las instancias jerárquicas competentes. Pero en tanto tales instancias jerárquicas no se pronuncien definitivamente, la ley es la ley y debe cumplirse a rajatabla.

Tal formulación extrema de la posición de los canonistas integristas—existen otros más moderados, que templan su discurso—es tachada con razón de «juridicista» por los teólogos moralistas.

RIGAUX (49) contrapone el carácter trascendente del proyecto teológico matrimonial—«se trata de construir una comunidad de vida indisoluble, expresión de amor mutuo»—, que es tan radical, en cuanto se dirige a la conciencia de cada uno, que por definición no puede ser juzgada, y la aplicación jurisdiccional del Derecho, que por definición exige que el comportamiento del otro sea juzgado. Tal juicio del discurso jurídico entraña un gran margen de error, que es tolerable con un sistema de Derecho positivo que se sabe relativo. Pero es mucho más turbador en un sistema jurídico como el del Derecho canónico, que pretende realizar una doctrina trascendente del matrimonio y de la sexualidad, una ley de perfección. Transformar una ley trascendente en regla jurídica aplicable por un Juez temporal, ¿no es una contradicción en los términos? ¿Qué hombre osaría imponer a otro, en nombre de un principio de autoridad eficaz en este mundo, el precepto de la indisolubilidad del matrimonio?

Aparentemente, la contradicción entre proyecto teológico y normativa canónica es insoluble. Pero si un problema es insoluble es que está mal planteado. Si el matrimonio canónico es inservible para el supremo fin de la *salus animarum* deberá ser arrumbado; si su práctica actual causa graves daños a dicha *salus* deberá ser urgente y profundamente renovado, digan lo que quieran los canonistas integristas. Porque la *salus animarum* es ley suprema de la Iglesia, la única ley moral absoluta.

Los canonistas, pues, no pueden seguir siendo insensibles o escasamente sensibles al cambio social y a las especulaciones de los teólogos moralistas sobre el amor, la sexualidad y el matrimonio, y deben adoptar un estilo de servicio y no de dominio: someterse a las corrientes de cambio, justificadas y razonadas, o dimitir de su puesto. Creo que es un problema de supervivencia del Derecho canónico que el mismo sea capaz de adoptar

(49) *Ob. cit.*, págs. 179-181.

la metodología tridimensional del Derecho, de que di cuenta en el apartado II de este trabajo. De otro modo, en escasos años, el análisis dogmático jurídico—otra cosa no podrá ser—de los cánones y sentencias canónicas dejará de ser un discurso inteligible, que aspire a ser considerado como científico, y será un puro juego de palabras.

Los teólogos moralistas deben comprender las dificultades de los cano-nistas y ayudarles a superar la limitación de su discurso, abrirse a la interdisciplinariedad y al cambio social. No basta que se limiten a ser buenos funcionarios de su especialidad, sino deben entrar en las especialidades colindantes y propiciar un diálogo abierto con todos los interesados.

Los ciudadanos todos, juristas y no juristas, tenemos derecho de exigir de unos y otros, así como de los poderes públicos, la clarificación de su postura acerca del sistema matrimonial y la apertura de un proceso de sustancial reforma, que postulan la libertad de conciencia y la igualdad de los ciudadanos ante la ley.

Creo estar en la línea de los teólogos y canonistas que a continuación voy a citar y que demuestran lo bien fundado de mi intento.

HUIZING, en una fecha tan temprana como 1966, se preguntaba (50): «¿No será necesario... que también en el matrimonio se limitase la Iglesia a los aspectos religiosos, dejando la regulación de los aspectos terrenos, temporales y seculares a la comunidad política? Un primer paso lo ofrece en la actualidad el propio C.I.C., que se remite a la regulación del parentesco legal de la legislación civil. ¿No es indicada una disposición similar con respecto a los demás impedimentos que no tienen implicación religiosa, como la consanguinidad, afinidad, pública honestidad, edad y rapto? ¿No podemos reconocer simplemente que también los católicos están sometidos a la legítima autonomía civil en materia de matrimonio?» Finalmente, se manifiesta partidario de la forma canónica obligatoria, aunque admite la posibilidad de formas civiles válidas en aquellos casos que, desde el punto de vista pastoral, parecen ser el procedimiento correcto.

DÍAZ MORENO (51) pide una renovada fundamentación teológica de la jurisdicción de la Iglesia sobre el matrimonio de los bautizados. Esta fundamentación iría por un camino diverso de la identidad entre contrato y sacramento del matrimonio. Y aunque la Iglesia no puede desentenderse del matrimonio, la autoridad que lo normatice no puede reducirse al actual formulismo de la regulación canónica sobre la forma jurídica. Hay que buscar otro modo de ejercer esta autoridad más plenamente religioso, comprometido y de acuerdo con la mejor y más primitiva tradición de la Iglesia.

(50) *Ob. cit.*, pág. 165.

(51) *Ob. cit.*, pág. 244.

Hay que distinguir el matrimonio como hecho social y como hecho estrictamente religioso. En cuanto hecho social, no está justificada su remisión al control de la Iglesia ni parece muy convincente que el bien común de la sociedad quede siempre garantizado por el mero hecho de incorporar la legislación canónica a la legislación civil, sobre todo después de la declaración conciliar sobre libertad religiosa.

El matrimonio, en cuanto se ordena al bien político, está sometido a la autoridad civil. Y ésta no puede desentenderse de este genuino derecho deber. Afirmar que el Estado en el matrimonio de los bautizados no tiene otra competencia que sobre los «efectos meramente civiles» le parece una exagerada reducción, que además choca con la psicología de una Iglesia purificada de su misión.

Concluyendo, pide que un renovado Derecho matrimonial canónico remita—canonizando las leyes civiles—a la competencia del Estado todo lo que nazca o se oponga directamente al carácter sagrado y sacramental del vínculo, es decir, la forma jurídica, gran parte de los impedimentos y vicios del consentimiento, los efectos del vínculo, etc. En un primer paso para desmontar el Derecho matrimonial de los aspectos no estrictamente religiosos postula la libertad de opción para someterse a la ordenación civil o canónica, en un mutuo reconocimiento de ambas jurisdicciones.

HORTELANO (52) expone lo que parece ser un lugar común de los teólogos actuales: la teoría de que la Iglesia suplió funciones del Estado en el Medioevo y que de dicha suplencia surgió su competencia jurídica en materia del matrimonio de los cristianos (teoría de la suplencia). Como apuntaré, no es sino la cristalización racional de la documentada evolución histórica, que he extractado de SCHILLEBEECKX en el apartado VII.

«Son muchos los que piensan que en la actualidad el matrimonio canónico no es sino una suplencia del Estado por parte de la Iglesia cuando se hundió el Imperio romano. Esta suplencia se extendió a muchos campos: agricultura, escuelas, beneficencia, arte y hasta la misma política. El Papa ponía y deponía a los príncipes y hasta podía repartir el mundo entre dos naciones cristianas (Tratado de Tordesillas)... No hemos de lamentar esta suplencia... Pero esto, que fue un acierto y una necesidad en aquella época ... no puede prolongarse indefinidamente. A medida que el mundo iba tomando consistencia tendía, como consecuencia lógica, a recuperar su propia autonomía. Durante el siglo pasado este fenómeno sirvió como ataque a la Iglesia desde el exterior a favor del Estado laico, escuela laica y matrimonio civil. Hoy es la misma Iglesia, sobre todo desde el Vaticano II, la que está promoviendo poco a poco este proceso de secularización.

(52) *El amor y la familia en las nuevas perspectivas cristianas*. Ediciones Sígueme, Salamanca, 1975, págs. 52 y 88

No podemos identificar sacramento y matrimonio canónico. El sacramento sí existirá siempre... Pero el matrimonio canónico irá poco a poco diluyéndose hasta el pleno reconocimiento de la autonomía del mundo en este terreno... El día en que la Iglesia se decida a prescindir del matrimonio canónico, lejos de perder, ganaremos mucho como Iglesia y el matrimonio quedará en buenas manos...»

GREELY (53) afirma que «si en el nuevo Código ha de incluirse una legislación acerca del matrimonio—y, al parecer, hoy existen serias discrepancias acerca de si la actitud legalista ante los problemas del matrimonio es la más adecuada por parte de la Iglesia—, éste habrá de mostrar ciertamente una mayor toma de conciencia del contexto sociológico y psicológico del matrimonio. En concreto, en estos matrimonios el Derecho canónico debería marcar la pauta al Derecho civil mostrándose mucho más sensible a las complejidades de la persona humana».

Aunque considera ingenua la pretensión de los que intentan desmontar toda la estructura del Derecho canónico, sin embargo, afirma que la Iglesia podría hacer mucho más si tuviese menos leyes de las que tiene en la actualidad. «Si por exceso de legislación entendemos un Derecho que ha perdido fuerza de convicción, un Derecho innecesariamente pormenorizado, un Derecho que no se preocupa de la dignidad personal del individuo, entonces es muy fácil sacar la conclusión de que en la actualidad la Iglesia tiene exceso de legislación» (54).

RIGAUX (55) juzga la laicización del matrimonio, que tiene casi dos siglos de antigüedad en los países regidos por el Code civil. Aparentemente, el intento ha fracasado. Ningún ciudadano duda al contraer el matrimonio civil, pero la ceremonia es trivial, poco significativa, y no obstante los esfuerzos de algunas administraciones municipales para realzar el rito, éste queda totalmente eclipsado por el prestigio social de la celebración religiosa. Por ello se han alzado voces en Alemania y Francia para restablecer la elección entre la celebración civil y la religiosa, tal como se practica en Inglaterra (MAZEAUD, MÜLLER, FREINFELS, NEUHAUS). Sin embargo, los inconvenientes de las formas alternativas sobrepasan las ventajas. Por ello nada importaría eliminar la dualidad de formas por la atribución del carácter sacramental al consentimiento prestado ante el funcionario del Estado civil, así como limitar la celebración religiosa a una bendición nupcial o una eucaristía. Tal solución tendría la ventaja de atenuar la excesiva influencia ejercida por el Derecho canónico sobre la teología del matrimonio.

(53) *Derecho Canónico y Sociedad*, Concilium, 1969, 3, págs. 295 y ss.

(54) *Id.*, *id.*, pág. 297.

(55) *Ob. cit.*, pág. 181.

IX. ESQUEMA DE MATRIMONIO. PROYECTO DE REFORMA DEL DERECHO CANONICO MATRIMONIAL

La comisión pontificia para la reforma del Código de Derecho canónico (C.I.C.) ha redactado un esquema de cánones matrimoniales debidamente articulado, que ha sido remitido a todos los obispos del mundo católico. El esquema adapta los cánones a algunas necesidades nuevas y particulares formulaciones teológico-canónicas, amplía las facultades de las comisiones episcopales de los diversos países y exime de la obligatoriedad de la forma canónica a los bautizados que han abandonado formalmente la fe católica. Sin embargo, sustancialmente, el razonamiento teológico y su articulación jurídica siguen siendo preconciiliares: adolecen de todos los defectos del actual sistema con leves retoques. Creo que tal esquema será rechazado por los obispos como inadecuado al mundo actual. Producía una honda decepción su promulgación entre los cristianos progresistas.

El canon 1 del esquema reproduce literalmente el 1.012 del C.I.C. vigente. Las críticas al mismo, que expuse en el apartado VI de este estudio, le sirven plenamente.

Aun cuando el canon 2, equivalente al 1.013 actual, elimina— ¡ya era hora, a la luz de la doctrina del Vaticano II sobre el mutuo amor de los esposos como fundamento del matrimonio! —la arcaica y juricista distinción entre fin primario y secundario del matrimonio, al decir su párrafo 1.º que «el matrimonio es la íntima unión de toda la vida entre un hombre y una mujer por su naturaleza ordenado a la educación y procreación de la prole», el párrafo 2.º del mismo reproduce las notas de «unidad e indisolubilidad del matrimonio» en su formulación tradicional.

Tampoco es nada progresista el canon 3, que admite que el matrimonio goza del favor del Derecho, mientras no se pruebe lo contrario y salvo lo dispuesto para el privilegio paulino. En suma, pura repetición del actual canon 1.014.

Sí merece alabanza la tímida reforma que introduce el canon 1.015 a la noción del matrimonio rato y consumado, del que daré cuenta en el apartado VII de la segunda parte del estudio.

Se añade un párrafo—de sabor teológico postconciliar—al actual canon 1.016 en el 5 del esquema. Dice así: «El matrimonio, como principio y fundamento del consorcio humano, compete también a la sociedad civil; pero por cuanto el matrimonio celebrado entre bautizados está comprendido entre los sacramentos de la nueva ley, su disciplina y cuidado, en cuanto corresponde a su integridad y santidad, ha sido encomendado por

Cristo a la Iglesia.» Sin embargo, la buena impresión que da este primer párrafo del canon 5, la disipa totalmente la reproducción íntegra—yo entiendo que contradictoria—del canon 1.016, ya comentado en el apartado VII, en el párrafo 2.º A menos que los canonistas vacíen de contenido el Derecho natural y el Derecho divino positivo, como Derechos reguladores del matrimonio, y estimen que la regulación canónica del matrimonio es puramente humana, disciplinar y, por consiguiente, reformable a tenor de las necesidades del mundo actual. Quizá sea preferible la ambigüedad del canon, pues las contradicciones internas pueden permitir la lectura progresista que he apuntado. Pero, en todo caso, subsiste su radical incongruencia con la inseparabilidad del contrato y del sacramento del canon 1, y la obligación de la forma canónica del canon 77, que contiene, con variantes, la doctrina del actual canon 1.099.

En efecto, el párrafo 1.º del canon 77 del esquema dispone que la forma prescrita en las normas precedentes debe ser observada si, al menos, una de las partes que contraen el matrimonio ha sido bautizada en la Iglesia católica o fue admitida a ella y no se ha alejado de la misma mediante un acto formal o notoriamente. El párrafo 2.º debe ser redactado de común acuerdo con los católicos orientales, pues regula el matrimonio de un latino con un católico oriental. Y el párrafo 3.º permite que los ordinarios dispensen de la forma canónica cuando se trate de matrimonio entre parte católica y acatólica, bautizada o no. En este último supuesto se exige «cualquier forma pública de celebración» para evitar los inconvenientes de los matrimonios clandestinos.

El esquema, de un modo muy tradicionalista, mantiene la misma distribución en capítulos que el actual C.I.C. Se ha reducido cierto número de cánones—han pasado de 133 a 119—, pero en su espíritu se continúa la antigua legislación, como he podido exponer en los capitales preceptos que tocan al tema objeto de mi estudio.

El canon 77 sólo dispensa de la forma canónica a los que formal o notoriamente se hayan alejado de la Iglesia católica. Dispensa ciertamente ineficaz o, lo que quizá sea peor, engañosa para los contrayentes a que alcanza, por cuanto el matrimonio civil por ellos celebrado será a la fuerza sacramento, en méritos de la regla jurídica contenida en el canon 1, párrafo 2.º, que repite la tesis del párrafo 2.º del actual canon 1.012, ya comentado—inseparabilidad del contrato y del sacramento entre bautizados.

Por tanto, dispensar de la forma canónica a los que han abandonado la Iglesia católica y permitirles que contraigan matrimonio civil no elimina el carácter sacramental de tal unión, ni la consiguiente competencia jurídica de la Iglesia sobre dicho matrimonio. El problema es insoluble mientras se mantenga la doctrina de la competencia exclusiva de la Iglesia

sobre el matrimonio de los bautizados (canon 5, 2.º, equivalente al actual 1.016), consecuencia de la inseparabilidad del contrato y del sacramento.

Teológicamente repugna que se otorgue un sacramento a quien no sólo no lo desea, sino lo rechaza formalmente con su abandono de la Iglesia, que incluso puede carecer de conciencia de recibirlo y creer de buena fe que la dispensa de la forma canónica le libra de cuentas con la Iglesia para toda su vida. El disparate sube de tono por cuanto es doctrina teológicamente aceptada que los ministros del sacramento del matrimonio son los propios contrayentes..., que rechazan el mismo, y mal pueden administrarse un sacramento si rechazan la fe que le da sentido.

Que el tema es verdaderamente importante lo demuestra que cinco de los miembros de la comisión pontificia que redactó el esquema quisieron dispensar de la forma canónica a los que se educaran fuera de la Iglesia.

X.º SISTEMA MATRIMONIAL ESPAÑOL: SU EVOLUCION HISTORICA

No es pacífica, ni mucho menos, la interpretación que han dado los diversos autores de los datos que poseemos de nuestro Derecho matrimonial histórico. Creo, sin embargo, que las grandes líneas del discurso de SCHILLEBEECKX sobre la evolución del matrimonio religioso en Occidente son aplicables en España.

Para SÁNCHEZ ROMÁN (56), «el matrimonio visigodo se manifiesta con un carácter meramente civil, sin que se registre ley ni decreto conciliar toledano que haga depender de la intervención de la Iglesia la eficacia civil del matrimonio ni siquiera reglamente los impedimentos, ni demás condiciones necesarias para su celebración, lo cual no quiere decir que la Iglesia no interviniera con las ceremonias del sacramento, pero generalmente con posterioridad y limitado su influjo a la esfera propiamente religiosa, sin ninguna transcendencia declarada ni reconocida en las leyes respecto del orden civil. No está averiguado con la seguridad necesaria para afirmarlo sin duda alguna, si la distinción que hace una ley en matrimonio noble (*coniugium nobilis*) y matrimonio no noble (*coniugium non nobilis*) se refería a la condición social, noble o plebeya de los contrayentes o a la clase y forma del matrimonio mismo».

En la Alta Edad Media, el matrimonio se constituía por la entrega de la mujer por el titular del *mundium*—padre u otro pariente—al novio. La

(56) *Estudios de Derecho Civil*, tomo V, vol. I, 2.ª ed., Madrid, 1912, pág. 322.

Iglesia intenta que sea el propio sacerdote quien haga tal entrega, pero ello se consigue no antes del siglo XIII, para el matrimonio de bendición.

LALINDE ABADÍA (57) afirma que en dicha Edad existen formas del matrimonio que tienen valor constitutivo o *ad substantiam* (la constitución de la dote según el *Forum Iudicum*; la cópula carnal a partir del siglo XII, cuando mediaban esponsales de futuro, según GRACIANO y el Decreto). Sin embargo, no existe rito religioso alguno con carácter constitutivo en nuestro Derecho histórico hasta el Decreto Tametsi del Concilio de Trento. Considera ritos probatorios las diversas ceremonias religiosas que poco a poco se van introduciendo sin carácter de condición *ad solemnitatem* en el matrimonio histórico español. El conjunto de ceremonias religiosas y profanas que acompañan al matrimonio constituyen la boda. Desde el siglo XIII, el Derecho local castellano reglamenta minuciosamente el aspecto probatorio y costumbrístico de la ceremonia nupcial. La presencia de ceremonias religiosas determina en la Edad Media la diferenciación de los matrimonios, insistiéndose en la celebración pública y en las amonestaciones desde el siglo XIII. «El matrimonio celebrado en forma regular o solemne recibe el nombre de matrimonio de bendición o en faz de la Iglesia, y la mujer, el de mujer de bendición o velada. Aunque igualmente válido, pero de menor condición social y obedeciendo a la falta de consentimiento, es el celebrado ante un clérigo—a yuras—. Las *Partidas* consideran matrimonios clandestinos—ascondidos—: a) Los celebrados sin testigos. b) Sin previa petición, arras y otros honores. c) Sin hacerlo saber públicamente—concejeramente—en la Iglesia donde son parroquianos. Las Leyes de Toro persiguen estos matrimonios, que concluye por anular el Decreto Tametsi» (58).

SÁNCHEZ ROMÁN sostuvo (59) que «desde que España se constituyó en nacionalidad, con vida y Derecho propios, a principios del siglo V, hasta que muy vencido el XVI Felipe II introdujo, como legislación del mismo Estado en materia matrimonial, la Reforma Tridentina, más bien puede decirse que coexisten las formas religiosa y civil del matrimonio y, por consiguiente, que se mantuvo en las leyes españolas el concepto de secularización jurídica del matrimonio por un número de siglos evidentemente mayor que los trescientos ocho años en que subsiste como exclusivo el matrimonio canónico después de la Real Cédula de aquel monarca, no obstante el influjo social del clero y su intervención en la vida pública del país y hasta en las funciones del poder».

«Los fueros municipales—sigue diciendo el autor—, al lado del ma-

(57) *Iniciación histórica al Derecho Español*, Ediciones Ariel, Esplugues de Llobregat (Barcelona), 1970, pág. 595.

(58) *Id.*, *id.*, pág. 601.

(59) *Ob. cit.*, pág. 408.

trimonio solemne, admitieron dos uniones, legítima la una, aunque privada, llamada matrimonio a yuras, e ilegítima la otra, o sea, el antiguo concubinato, con el nombre de barraganía» (60).

«Coexistiendo con el matrimonio solemne y el matrimonio a yuras, sanciónase por la ley las uniones llamadas barraganías, nueva fase del concubinato en Roma, reducidas a la creación de un estado habitual de convivencia entre dos personas de distinto sexo, permitido a todos los solteros, fueran legos o clérigos, y aun en ciertas municipalidades a los casados, exigiéndose que la barragana no fuera casada, ni religiosa, ni parienta, ni robada, y otorgándole muchos fueros análogos derechos que a la mujer legítima (los Fueros de Plasencia y Zamora otorgaban a la barragana derecho a los gananciales), a la vez que se reconocía a la prole cierto derecho subsidiario limitado en defecto de hijos legítimos, y con el consentimiento de éstos, en la herencia de su padre, que también puede dar en vida al ilegítimo una parte de sus bienes» (61).

Para HINOJOSA (62), la barraganía era una unión puramente civil y disoluble a voluntad de las partes entre un soltero y una soltera, a la que otorgaba efectos la ley en algunos territorios en cuanto a los bienes y a la prole. Eran consideradas las barraganas como de condición social inferior a las mujeres de bendición.

Se ha sostenido en los últimos tiempos—olvidando quizá las lecciones de SÁNCHEZ ROMÁN, HINOJOSA y otros autores de los primeros treinta años de este siglo—que la recepción del Derecho canónico en España fue automática, como caída del cielo, desde un pasado nebuloso e impreciso, desde siempre; que el matrimonio a yuras es un matrimonio canónico clandestino, pero sin ninguna otra especialidad; que no han existido formas civiles de matrimonio, por cuanto la barraganía no es un matrimonio propiamente dicho, y que el matrimonio civil tuvo entrada en España en 1870, siendo un ejemplo de ley inadecuada axiológicamente, producto político fraguado de espaldas a la realidad social española, lo que explica su precaria vigencia.

Creo que es juzgar con una óptica moderna y partidista fenómenos históricos complejos y necesitados de una nueva investigación interdisciplinaria en la que se den la mano canonistas, historiadores del Derecho y teólogos matrimoniales sin prejuicios partidistas. Entre tanto, me atengo a la autorizada opinión de HINOJOSA y SÁNCHEZ ROMÁN.

El matrimonio a yuras, por las dificultades de prueba que comportaba,

(60) Id., íd., pág. 329.

(61) Id., íd., pág. 329.

(62) El Derecho en el *Poema del Cid*, publicado en un Libro Homenaje a Menéndez Pelayo en 1899, reimpreso en sus *Obras*, tomo I, por el Instituto de Estudios Jurídicos, Madrid, 1948, pág. 211.

los posibles males a que daba lugar—abandono de familia, bigamia, divorcio—y la extraordinaria afección que los pueblos medievales tenían hacia él debe ser considerado como una clase específica de matrimonio, en el que las prohibiciones y mandatos del Derecho canónico tenían un influjo limitado. Precisamente, las ventajas de poder eludir prohibiciones de casta, clan, consentimientos familiares, impedimentos de la Iglesia, etc., y depender exclusivamente del consentimiento—primero de los padres; luego, cuando se afianzó el consensualismo romano, por obra de la recepción romano canónica, de los contrayentes—hacían que todavía CERVANTES, en el siglo xvii, medio siglo después de terminado el Concilio de Trento, aluda a la práctica de matrimonios secretos.

«El matrimonio clandestino—afirma SCHILLEBEECKX (63)—fue prohibido; pero en virtud de la teoría del consentimiento debe ser, no obstante, considerado como un matrimonio válido. No se tiene en la Edad Media la idea de hacer depender la validez del consentimiento de ciertos factores sociales propios a crear una certidumbre jurídica. Por lo demás, se discute todavía muy vivamente en el Concilio de Trento la cuestión de saber si la Iglesia podía inmiscuirse en el derecho natural que todo hombre tiene de contraer matrimonio.» Los medievales preferían la plaga de los matrimonios clandestinos a la limitación de su derecho omnímodo a casarse con quien tuvieran a bien y en la forma que estimaran conveniente. La Iglesia canaliza esa tendencia reconociendo efectos canónicos a dicho consentimiento; pero otra quizá era la vivencia de los contrayentes, que se limitaban a vivir a sus anchas, conforme a los usos sociales, que consideraban válida la unión, independientemente de las prohibiciones de la Iglesia.

La barraganía producía tan importantes efectos personales y patrimoniales, que es imposible no considerarla como un matrimonio civil de inferior categoría que el matrimonio *in facie ecclesiae* o de bendición. Juzgar como un concubinato español del siglo xx—cuando ya la unión libre actual es cosa distinta del concubinato español de principios del siglo xx—lo que era una realidad entrañablemente hundida en el contexto antropológico, familiar y social, del mundo medieval es inadmisibles. Que la barragana fuera de condición social inferior a la «mujer de bendición» en un mundo como el medieval, donde no existía la noción de igualdad de los ciudadanos ante la ley, no significa que la barraganía no fuera una firme institución jurídica, que duró un entero milenio en España y que poco a poco fue siendo eliminado cuando el brazo secular de la España del siglo xvi se puso al servicio del sistema matrimonial canónico.

El polimorfismo matrimonial de las Españas anteriores al Decreto

(63) *Ob. cit.*, pág. 262.

Tametsi lo completaba la existencia de los sistemas matrimoniales de las etnias mudéjares y hebrea, religiosos y civiles a la vez. Sólo la extinción de las mismas por los Reyes Católicos contribuyó a sentar las bases del uniformismo matrimonial canónico, que sancionó el Concilio de Trento.

Desde la Real Cédula de 12 de julio de 1564, que introdujo el Concilio de Trento en materia matrimonial, hasta la entrada en vigor de la Ley del Matrimonio Civil de 1870, transcurren trescientos ocho años de matrimonio canónico obligatorio, en que, no obstante, el Estado regula algunas cuestiones relativas al consentimiento que los padres deben prestar a los hijos para contraer matrimonio.

La ruina del Antiguo Régimen, como consecuencia de la guerra de la Independencia, y la introducción del liberalismo en la Constitución de 1812 no afectaron de momento al sistema matrimonial plurisecular vigente en España. Sin embargo, el triunfo definitivo de la Revolución burguesa de 1833 y la introducción del principio constitucional de la libertad de conciencia, con más o menos restricciones, según las diversas Constituciones, no podía no afectar al sistema matrimonial. Aun cuando el proyecto de Código civil de 1851 reconoce todavía el sistema de matrimonio canónico obligatorio (64), no deja de sustraer a la jurisdicción canónica materia tan importante como el conocimiento de las causas de divorcio, que competiría exclusivamente a los Tribunales civiles (art. 77).

GARCÍA GOYENA es muy explícito en sus comentarios al primero de los preceptos citados y sienta las bases de lo que ha de ser el razonamiento clave de la Ley del Matrimonio Civil de 1870: la distinción entre contrato y sacramento. «El matrimonio, por su origen y naturaleza, es un contrato; entre los cristianos es también un sacramento; como contrato civil ha precedido a la institución de todos los sacramentos y al establecimiento de todas las religiones positivas; su fecha es tan antigua como el hombre. Como contrato es de la exclusiva competencia de la autoridad temporal, que puede establecer impedimentos dirimentes y aun dispensarlos; así lo vemos practicado por los emperadores romanos y otros príncipes cristianos...» (65). Tras aducir algunos ejemplos de regulación secular del matrimonio por los reyes de las Españas medievales, afirmó: «Andando el tiempo y transcurriendo siglos, el sacramento se reputó lo principal y el contrato lo accesorio; el primero absorbió al segundo y todo pasó a la autoridad eclesiástica *por delegación expresa o tácita de los reyes*; pero como los derechos de soberanía son inalienables e imprescriptibles, pue-

(64) Artículo 48: El matrimonio ha de celebrarse según disponen los cánones de la Iglesia Católica admitidos en España.

(65) *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español* (reimpresión de la edición de Madrid, 1852, por la Cátedra de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza de JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, Zaragoza, 1974, pág. 29).

den los reyes de España hacer hoy lo que sus antepasados hicieron en otros tiempos separando el contrato del sacramento. Por consiguiente, no podrá argüirse con este artículo para menguar en lo sucesivo aquellos derechos soberanos» (66). En tal sentido aduce que en el proyecto de Código civil de 1820-1821 se declaraba nulo el matrimonio canónico que se hubiera celebrado sin el consentimiento solemne de los padres, y que el conocimiento de la nulidad del matrimonio por defecto de formalidades civiles competía a los Tribunales civiles.

La Revolución de septiembre de 1868, que derriba de su trono a Isabel II, introduce en el poder un nuevo bloque dominante: burgués, liberal e ilustrado, con el apoyo de amplias capas populares. La Constitución de 1869, en su artículo 1.º, establece la libertad de cultos, sin perjuicio de la obligación de la nación de mantener el culto y los ministros de la religión católica. Fruto de tal concepción liberal es la Ley Provisional del Matrimonio Civil de 18 de junio de 1870 (67). Creo que el mejor y más imparcial estudio que se ha hecho de ella recientemente ha sido la conferencia de Díez PICAZO (68). El matrimonio civil era obligatorio: se juzgaba única forma de salvaguardar los principios de libertad de conciencia e igualdad de los ciudadanos ante la ley, en opinión del Ministro de Justicia, que defendió la ley ante el Parlamento, señor Montero Ríos.

«Podríamos decir que la Ley de 1870 lo que lleva a cabo es una secularización o laicización de la normativa jurídica del matrimonio, pero sin alterar ni un ápice las líneas maestras del mismo. Montero Ríos, que era un catedrático de Derecho canónico, convierte en legislación civil, secularizándola, una normativa típicamente canónica. Los revolucionarios son

(66) Id., *id.*, págs. 29-30.

(67) SÁNCHEZ ROMÁN, *ob. cit.*, págs. 405-406, afirma que «su luminosa exposición de motivos y la brillante discusión parlamentaria de que fue objeto la ley de autorización para su planteamiento como provisional son, sin duda alguna, inmejorables fuentes de conocimiento y de la ilustración de la materia. Ninguna ley más que la del matrimonio civil ha sido consecuencia inexcusable de preceptos constitucionales, como los de los artículos 21 y 27 de la Constitución de 1869. Por el primero de ellos se establecía la libertad de cultos y por el segundo se declaraba que «la adquisición y el ejercicio de los derechos civiles y políticos son independientes de la religión que profesen los españoles». Sin embargo, fue objeto de una ruda oposición la ley de autorización que la plantea y de una manifestación, aunque pasiva, resistencia a su cumplimiento, que la hizo de vigencia efímera, hasta que fue objeto de una derogación verdaderamente inconstitucional, si bien tolerada y recibida como eficaz por las mismas decisiones del Tribunal Supremo». A continuación rechaza que la ley fuera contraria a la moral, a la libertad individual, a la igualdad civil, a las tradiciones de nuestro país y sobre todo a la religión católica como general creencia religiosa de casi todos los españoles (págs. 406-410).

(68) *El Derecho de la persona y el Derecho de la familia en la legislación de 1870*, publicada en el tomo *El Centenario de una gran obra legislativa* por el Colegio de Abogados de Valencia, 1970, pág. 123.

clarísimamente conservadores. Salvando sólo el prurito revolucionario, las cosas continúan poco más o menos igual» (69).

Pese a la moderación del sistema de la Ley de 1870, la ruptura del ancestral régimen matrimonial implantado por el Concilio de Trento pareció una impiedad y fue duramente combatido por el catolicismo integrista, contrario al liberalismo de la Constitución (70).

La Restauración borbónica de 1874 dio lugar a la reimplantación del matrimonio canónico. Sin embargo, la introducción del matrimonio civil por la Ley de 1870 fue una conquista histórica (71): ya no ha sido borrado de los textos legales españoles desde entonces. Por primera vez desde Felipe II se habilitó una forma matrimonial civil en favor de los disidentes de la religión oficial. Quizá ello pueda parecer insuficiente para nuestra mentalidad, pero un régimen conservador, como fue la Restauración, sólo podía conseguir de la Santa Sede lo que permitía la tolerancia con el error del liberalismo moderno, esto es, el matrimonio civil subsidiario. El Decreto de 9 de febrero de 1875 derogó el carácter obligatorio de la Ley del Matrimonio Civil y estableció el matrimonio civil para aquellos

(69) Id., id., pág. 132.

(70) «Más significativa fue la negativa de la Iglesia a aceptar en ningún punto la afirmación de un Estado "neutral"; así la Constitución de 1869 . "desheredaba al catolicismo". El error de los defensores de la Iglesia fue su persistente ceguera hacia las ventajas de la libertad cuando el Estado ya no estaba dispuesto a emplear su poder para mantener la unidad católica. . En vano los católicos apelaban al Estado para proteger la unidad de las creencias y rechazaban las ventajas de la libertad para sí mismos porque estaban decididos a impedir que los demás gozaran de esa libertad. Los católicos no podían confiar ya en que se castigase la herejía como un delito civil, pero no iban a tolerar que ésta tomara carta de ciudadanía. Permitir la libertad de conciencia era—según un obispo—dar al error los derechos y privilegios de la verdad. De esa manra la revolución apareció una vez más como perseguidora de la fe... La defensa de la Iglesia aparecía una vez más como el refugio de la derecha. El ultrajado sentimiento católico había debilitado la fidelidad a Amadeo, miembro de una dinastía impía y era el fundamento más seguro para un movimiento de restauración monárquica» (RAYMOND CARR, *España 1808-1939*. Ediciones Ariel. Esplugues de Llobregat [Barcelona], 1968, págs. 333-334).

(71) «Desde un ángulo histórico hay que valorar sus antipos: muchas de las generosas utopías del septembrismo—creencia en la igualdad esencial de todos los hombres y en el valor de cada vida humana, pacifismo, creencia en la validez universal del principio federal, aspiración a la emancipación de los pueblos coloniales, a la abolición de la esclavitud...—vienen a coincidir con algunas de las más nobles formulaciones de la conciencia moral de nuestro tiempo un siglo después. En el orden religioso es innegable, y lamentable, la veta anticlerical del septembrismo .. Pero también es innegable el auténtico, sincero y entrañable aliento cristiano de que brotan muchas de sus utopías» (JOVER, *Introducción a la Historia de España*, Editorial Teide, Barcelona, 1970, pág. 640). Evidentemente, una de las más generosas utopías era pensar en la libertad de conciencia en un país preindustrial de 1870. Pero hoy España no es un país preindustrial: la utopía es sumamente hacedera y fomentada por la propia Iglesia. La utopía de ayer bien puede ser realidad de mañana mismo.

que lo solicitaran siempre que comparecieran ante el Juez municipal y declararen que no profesaban la religión católica.

El Código civil, en su primera formulación de 1889, pactada oficiosamente con la Iglesia, estableció en su artículo 42 que la ley reconoce dos formas de matrimonio: el canónico, que deben contraer todos los que profesen la religión católica, y el civil, que se celebrará en la forma que determina este Código. El artículo 75, que los requisitos, formas y solemnidades del matrimonio canónico se rigen por las disposiciones de la Iglesia católica y del santo Concilio de Trento, admitidas como leyes del reino. Y el artículo 80, que el conocimiento de los pleitos sobre nulidad y divorcio de los matrimonios canónicos corresponde a los tribunales eclesiásticos.

Del artículo 42 no se desprendía quiénes podían hacer uso de la forma civil del matrimonio—artículo 100: ante el Juez municipal—. Interpretaron tal precepto legal una serie de Ordenes ministeriales—Real Orden de 28 de diciembre de 1900, Real Orden de 27 de agosto de 1906, Real Orden de 28 de febrero de 1907 y Orden de la República de 1932—, cuyo contenido puedo sintetizar así: estando en el poder los Gobiernos conservadores—1900 y 1907—se exigía la declaración de acatolicidad de, al menos, uno de los cónyuges para poder contraer el matrimonio civil —matrimonio civil subsidiario—; cuando estaban en el poder los liberales o republicanos—1906 y 1932—no hacía falta ninguna declaración de acatolicidad, con lo que, de hecho, era el matrimonio civil opcional o facultativo.

La Ley del Matrimonio Civil de 28 de junio de 1932, consecuente con los principios de laicismo de la Constitución republicana de 1931, estableció de nuevo el matrimonio civil obligatorio, de una forma más moderna y con menor timidez que la Ley de 1870. Dicho matrimonio se regiría por las prescripciones del Código civil; se suprimían los impedimentos de ordenación canónica o profesión religiosa de cualquiera de los contrayentes y los matrimonios canónicos vigentes al tiempo de entrar en vigor la Ley de 1932 quedaban sujetos a la jurisdicción de los tribunales civiles, que aplicarían en las cuestiones acerca de validez o nulidad de los mismos los preceptos canónicos.

El régimen nacido el 18 de julio de 1936 derogó, por Ley de 12 de marzo de 1938, la Ley del Matrimonio Civil, restableciendo la vigencia del sistema del Código civil con toda su problemática. Problemática que zanjó drásticamente la Orden del Ministerio de Justicia de 10 de marzo de 1941, al disponer que los Jueces municipales no autorizarían otros matrimonios civiles que, habiendo de contraerse por quienes no pertenezcan a la religión católica, se pruebe documentalmente la acatolicidad de los contrayentes o, en caso de que esta prueba documental no fuera posi-

ble, se presente una declaración jurada de no haber sido bautizados, a cuya exactitud se halla ligada la validez y efectos jurídicos de estos matrimonios. Se pretendía obtener la plena armonía con la obligación de contraer matrimonio canónico de todos aquellos, aun apóstatas, que por el bautismo hubieran pertenecido en algún momento de su vida a la Iglesia católica. En la práctica era casi imposible contraer matrimonio civil (72).

El Concordato entre el Estado español y la Santa Sede de 27 de agosto de 1953, según algunos, contiene una obligación de poner en armonía su legislación civil con las normas canónicas (canon 1.099) que establecen la obligación de contraer matrimonio canónico, dispensando de ellas sólo a las personas que no estuvieran sujetas a dicha forma.

La redacción nueva dada a ciertos preceptos del Reglamento del Registro civil por Decreto de 26 de octubre de 1956, admitía el matrimonio civil para el solo caso de que los contrayentes probaren que no profesaban la religión católica. La Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de abril de 1957 requería una prueba minuciosa de la acatolicidad, y para el caso verdaderamente candente de la apostasía, lo distinguía de la mera desafección o tibieza religiosa.

La Ley de 24 de abril de 1958 da nueva redacción al artículo 42, adaptando el Código civil a lo pactado en el Concordato: «La ley reconoce dos clases de matrimonio: el canónico y el civil. El matrimonio habrá de contraerse canónicamente cuando uno, al menos, de los contrayentes profese la religión católica. Se autoriza el matrimonio civil cuando se prueba que ninguno de los contrayentes profesa la religión católica.» El artículo 75, que «el matrimonio canónico, en cuanto se refiere a su constitución y validez y, en general, a su reglamentación jurídica, se regirá por las disposiciones de la Iglesia católica». Y el artículo 80, que «el conocimiento de las causas sobre nulidad y separación de los matrimonios canónicos, sobre dispensa del matrimonio rato y no consumado y sobre uso y aplicación del privilegio paulino corresponde exclusivamente a la jurisdicción eclesiástica, conforme al procedimiento canónico, y sus sentencias y resoluciones firmes tendrán eficacia en el orden civil, a tenor del artículo 82».

El sistema del Código civil es claramente de matrimonio civil subsidiario; se concede el matrimonio civil cuando haya prueba de la acatolicidad de los contrayentes. «El matrimonio canónico tiene carácter principal

(72) ARADILLAS, *Proceso a los Tribunales Eclesiásticos*, Sedmay Ediciones, diciembre 1974, pág. 88, denuncia un caso que prefiero no comentar de coacción ambiental para recibir el bautismo, sin cuyo sacramento no podía contraerse el matrimonio canónico, ocurrido en 194... Descaría creer que fue el único, pero la tradición oral recibida de un excelente maestro mío demuestra que no es así. La reveladora película de Berlanga, *Plácido*, narra con humor desgarrado la celebración de un matrimonio canónico *in articulo mortis*, bajo coacción o imposición, referida a dicha época.

o preferente, y el matrimonio civil, al menos formalmente, dada la evolución actual, que luego examinaremos, carácter subsidiario» (73).

El sistema de la reforma de 1958 fue objeto de duras críticas ya desde los comincios (74).

Los nuevos aires de renovación del sistema ideológico de la Iglesia que llevó consigo el Concilio Vaticano II, y especialmente la declaración conciliar sobre libertad religiosa, no podían no afectar a esta cuestión (75).

(73) CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil español común y foral*, tomo V: *Derecho de Familia*, vol. 1: *Relaciones conyugales*, 9.ª ed., Reus, S. A., Madrid, 1976, página 134.

(74) GARCÍA CANTERO comenta la redacción dada al artículo 42 del Código civil por Ley de 24 de abril de 1958, y afirma que «estaba en el espíritu y en la letra del Concordato un deseo de armonizar las divergencias entre la legislación civil y las canónicas; por lo que se refiere al matrimonio mixto entre personas católicas y no católicas... la armonía no se ha conseguido, pues de cualquier forma que se interprete del protocolo adicional del Concordato, el artículo 42 continúa alejado del C. I. C. Además, para el futuro queda abierta una nueva fuente de discrepancias: el obligado a contraer matrimonio canónico por el canon 1.099 que se casa civilmente puede conforme al Derecho Canónico celebrar matrimonio canónico con persona distinta, y entonces se presenta el problema de saber si a este segundo matrimonio se le reconocen o no efectos civiles... El artículo 42 nos parece técnicamente defectuoso; el criterio objetivo es superior al subjetivo. Reconocemos . que resulta psicológicamente muy fuerte forzar a un protestante, pero bautizado en la Iglesia católica, a elegir entre comparecer ante el párroco católico o el celibato forzoso! [las admiraciones son mías]. Por lo expuesto no resulta fácil decir cuál es el sistema matrimonial realmente aceptado por nuestro Código después de la reforma . En el Preámbulo de la Ley de 21 de abril de 1958 se alude al "carácter supletorio del matrimonio civil". Es innegable que una interpretación benévola del requisito de la no profesión, y sobre todo un criterio laxo en la apreciación de su prueba, nos conduciría al sistema del matrimonio civil facultativo, poco acorde con nuestra tradición jurídica y con el espíritu del Concordato de 1953». Cita a SANCHO REBULLIDA, que opina que «la reforma ha pretendido: a) mantener como regla el matrimonio civil subsidiario; b) dejar puerta abierta para poder admitir excepciones a él concedidas, caso por caso por la Dirección General» (*ob. cit.*, págs. 25-28).

(75) «La verdad debe buscarse de modo apropiado a la dignidad de la persona humana y a su naturaleza social. Es decir, mediante una libre investigación, sirviéndose del magisterio o de la educación y del diálogo, mediante los cuales unos exponen a otros la verdad que han encontrado o creen haber encontrado para ayudarse mutuamente en la investigación de la verdad, y una vez conocida a ésta hay que adherirse firmemente con asentimiento personal.

El hombre percibe y reconoce por medio de su conciencia los dictámenes de la ley divina.. Por tanto, no se le puede forzar a obrar contra su conciencia. Ni tampoco se le puede impedir que obre según ella, principalmente en materia religiosa. . Se hace, pues, injuria a la persona humana y al orden que Dios ha establecido para los hombres si se niega a aquélla el libre ejercicio de la religión en la sociedad, siempre que quede a salvo el justo orden público.

Si en atención a las peculiares circunstancias de los pueblos una comunidad religiosa es especialmente reconocida en la ordenación jurídica de la sociedad, es necesario que al mismo tiempo se reconozca y respete el derecho a la libertad religiosa de todos los ciudadanos y comunidades religiosas. Finalmente, la autoridad civil debe proveer a que la igualdad jurídica de los ciudadanos, la cual pertenece al bien común de la sociedad, jamás ni abierta ni ocultamente sea lesionada por

Sin embargo, la ley que regula el ejercicio del derecho civil de libertad religiosa de 1967, no introdujo un nuevo sistema matrimonial, como era lógico que hubiera hecho, eliminando por preconiliar y contrario a la libertad de conciencia el sistema del matrimonio civil subsidiario de la reforma de 24 de abril de 1958. Se limitó a afirmar, de un modo totalmente inocuo, que, «conforme a lo dispuesto en el artículo 42 del Código civil, se autoriza el matrimonio civil cuando ninguno de los contrayentes profese la religión católica, sin perjuicio de los ritos propios de las distintas confesiones no católicas, que podrán celebrarse antes o después del matrimonio civil, en cuanto no atenten a la moral o buenas costumbres». El matrimonio civil continuaba siendo subsidiario, sin perjuicio de tolerarse los ritos matrimoniales acatólicos desprovistos de efectos civiles, siempre que no atentaren a la moral o buenas costumbres, extremos éstos que libremente se determinarían por las necesidades del poder público en cada momento concreto. Era un precepto desgraciado, que justifica la crítica de la ley hecha por los católicos progresistas (76).

A pesar de dicha ley, fruto de la crispación histórica que supuso en el nacionalcatolicismo español los aires de renovación del Concilio Vaticano II, la realidad del nuevo mundo que dicho Concilio había descubierto —la secularidad y la libertad de conciencia—impuso una nueva redacción a los preceptos del Reglamento del Registro Civil para adaptarlos a dichas nuevas realidades. El artículo 245, redactado por Decreto de 22 de mayo de 1969, dispone que si se tratare de personas que han abandonado la religión católica, se exigirá que se presente la prueba de que el abandono ha sido comunicado por el interesado al párroco de su domicilio. La comunicación podrá hacerse a través del encargado por correo certificado con acuse de recibo. Y la prueba de que no se profesa la religión católica puede efectuarse bien mediante certificación acreditativa de la adscripción a otra confesión religiosa, expedida por el represen-

motivos religiosos ni que se establezca entre ellos ninguna discriminación» (B. A. C., citado, págs. 683 a 686)

(76) MIRET MAGDALENA, *La revolución de lo religioso*, Ediciones Paulinas, 1976, páginas 284-285, afirma: «El principal problema de esta ley de libertad religiosa, sin embargo, es que trastruca el sentido del Concilio, el cual dice que la libertad está antes que la confesionalidad del Estado y no al revés, como proclama la ley. Según el pastor CARDONA, existe una divergencia entre el Concilio y nuestra ley porque “la declaración conciliar establece el derecho a la libertad religiosa y lo proclama solemnemente, y después dice que los casos especiales deben acomodarse a este derecho básico. En cambio, la ley española considera primero el caso especial de España con su mayoría católica, y dice que la libertad se acomodará a esta circunstancia nuestra”. Por eso más tarde nuestro Episcopado, bastante diferente del que existía cuando se promulgó esta ley, ha mantenido públicamente en 1973 que era necesaria la revisión del planteamiento que se hizo seis años antes para acoplarse mejor a la letra y al espíritu del Concilio si queríamos seguir siendo un Estado de inspiración católica.»

tante o ministro de la asociación, o bien mediante declaración expresa del interesado ante el encargado.

Desarrollando la doctrina de este Decreto, la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de marzo de 1974 entiende que es medio de prueba idóneo de la acatolicidad de los contrayentes la mera declaración expresa de los mismos de no profesar la religión católica. Por otra parte, hay que comunicar el abandono, en su caso, al párroco del domicilio.

En la práctica, aun cuando formalmente sigue el Código civil afirmando el carácter subsidiario del matrimonio civil, de hecho, el actual sistema que se desprende de la reforma reglamentaria de 1969-1974 es el matrimonio civil electivo o facultativo, puesto en pie de igualdad práctica con el canónico (77).

XI. OBSERVACIONES CRÍTICAS AL SISTEMA MATRIMONIAL: PROPUESTA ALTERNATIVA DE REFORMA

Es cierto que teólogos y canonistas no logran ajustar sus respectivos puntos de vista acerca de la obligación de contraer matrimonio canónico de los bautizados en la Iglesia católica. Mientras para los primeros, la obligación entra en el campo de lo estrictamente moral, deber de conciencia incoercible por el Derecho, acto de adhesión libérrimo al don del sacramento por el Creador, los segundos siguen insistiendo en la obligación jurídica que derivaría automáticamente de la mera recepción del bautismo. El esquema «de matrimonio» no consigue resolver la radical ambigü-

(77) LÓPEZ AZPITARTE, *Sexualidad y matrimonio hoy*. Editorial Sal Terrae. Santander. 1975, págs. 297 y 298, afirma: «La legislación actual española deja mucho que desear, a pesar de las disposiciones legales complementarias que se han ido dando. Hasta hace unos años, para los bautizados que quisieran contraer matrimonio civil, se requería una “prueba suficiente y adecuada de su actitud para llevar al ámbito del Juez la convicción de una auténtica apostasía”. La protección jurídica, que buscan por parte del Estado para el ejercicio de un derecho natural, sólo les era otorgada mediante un acto de apostasía, “sin que, por tanto, la posibilidad de proceder al acto civil pueda extenderse a otra condición de personas, aunque sean indiferentes y hostiles a la práctica de la religión” (Circular de 2-IV-57). Con posterioridad la interpretación de que no se profesa la religión católica se ha entendido con mayor benevolencia, y ya basta la prueba “de que el interesado ha comunicado el abandono al párroco del domicilio”. Las dificultades más frecuentes no se han solucionado con ello, pues la gran mayoría de casos no se refieren a personas que hayan o quieran abandonar el catolicismo, sino que son indiferentes, hostiles y ajenas a cualquier práctica de religión. Y a éstas no les queda más que esta doble salida: o renegar oficialmente de su fe que a lo mejor mantienen con un pequeño rescoldo y no hay por qué provocarles un abandono definitivo, o contraer matrimonio canónico al que no se sienten ligados y para el que no tienen ninguna preparación.» Como solución propugna el matrimonio civil facultativo y libre

dad de la cuestión: dos concepciones eclesiológicas se contraponen y el mero «puente de plata» de dispensar de la forma matrimonial canónica a los que formalmente abandonan la religión católica no es una solución, como apunté arriba.

Fueren las que fueren las soluciones a adoptar por la Iglesia, el Estado no puede dilatar por más tiempo la radical reforma del régimen matrimonial. El parcheo de la reforma reglamentaria de 1969 no resuelve el problema, perpetúa todos los males, asume de un modo vergonzante la idea del matrimonio civil facultativo y deja en pie el precepto legal que establece un sistema de matrimonio civil subsidiario, en donde el canónico es predominante y en que hay que probar la acatolicidad para no hacer lo que para algunos es un acto nulo si se contrae el matrimonio civil. No basta reformar el Reglamento, sino hay que sentar legalmente las bases de un sistema nuevo. Porque el sistema del Código civil ha sido derogado tácitamente por una interpretación abierta del principio de libertad religiosa contenido en la Ley de 1967 y por el cambio social, ideológico y político del último año. Pero hay que certificar su defunción derogando el precepto de un modo expreso, porque los preceptos derogados tácitamente pueden resucitar de forma sorprendente.

Dos son las grandes opciones que se ofrecen al Estado en sustitución del matrimonio civil subsidiario: libre elección de la forma matrimonial, religiosa o civil—matrimonio civil facultativo—o implantación del matrimonio civil obligatorio.

Algunos pretenden compaginar, por razones de prudencia, el justo respeto de la conciencia de muchos creyentes con el no menos justo de la de los no creyentes y son partidarios del matrimonio civil facultativo (78).

(78) LÓPEZ AZPITARTE, *ob. cit.*, pág. 298: «Por ello, creemos que no existe otro camino que la implantación del matrimonio civil en la legislación española, como un derecho facultativo y libre, para aquellos que no quieran someterse a algunas prescripciones religiosas en contra de su propia conciencia y no desean realizar, por otra parte, un gesto público de abandono formal. Sólo así se respetaría la profundidad religiosa del sacramento y el derecho natural a contraer matrimonio, que permanece intacto, aun renunciando a su forma canónica. No dudamos que este punto será tratado en la renovación de un posible concordato o mediante otros acuerdos parciales entre la Iglesia y el Estado.»

DÍAZ MORENO, *ob. cit.* en nota 51.

LAHIDALGA, *Los cristianos y el matrimonio civil*, en el número «Sexualidad y matrimonio» de «Misión abierta», núm. 3, junio 1976, págs. 471 y 472 (83 y 84): «La pastoral informada por el principio de la libertad religiosa, urge la reforma del matrimonio concordatario. El régimen de tolerancia, en vigor antes del Vaticano II, debe ser sustituido urgentemente, por lo que a nuestro tema se refiere, por el nuevo régimen de libertad religiosa proclamado por el Concilio y aceptado por nuestras leyes. En nombre de la “igualdad jurídica de los ciudadanos” hay que evitar entre ellos cualquier tipo de “discriminación” entre ellos “por motivos religiosos”. Los ciudadanos de un país deben ser civilmente libres para contraer matrimonio civil,

Otros creen, más radicalmente, en la necesidad de reinstaurar el matrimonio civil obligatorio (79).

Conviene exponer las principales razones de unos y otros en pro de cada uno de los sistemas que propugnan. No se olvide que ambos tienen precedentes en nuestro Derecho del último siglo: el matrimonio civil obligatorio tuvo vigencia en las Leyes de 1870 y 1932. El electivo o facultativo fue, de hecho, instaurado sin exigir declaración de acatolicidad, por las Ordenes ministeriales de 1906 y 1932.

La opinión aislada de algún autor que rompe lanzas contra el matrimonio civil obligatorio, pero que extrañamente no propugna la instauración legal del sistema facultativo ni considera necesitado de perfección el actual régimen matrimonial, no parece tenga muchas posibilidades de fu-

sin más requisitos que el solicitarlo y someterse a su regulación, sin que sea necesaria y previa una declaración de las razones por las que se elige el matrimonio civil en vez del canónico. El Estado no puede ni debe prohibir la celebración del matrimonio religioso, ni tampoco debe imponer una forma única válida de contraer matrimonio, apoyado en una motivación puramente religiosa. Se impone en consecuencia en nombre del respeto a la libertad social y civil en materia religiosa: la implantación del matrimonio civil, por lo menos opcional o facultativo. La ley civil debe reconocer hoy a cada ciudadano esta facultad u opción: la de celebrar el matrimonio o en la forma civil o en la forma canónica o religiosa... Decimos que *el matrimonio civil opcional o facultativo es la meta mínima a la que hay que llegar* en nombre de la libertad "en materia religiosa" proclamada por el Vaticano II.»

Monseñor OSÉS, obispo administrador de Huesca, en unas declaraciones a *La Vanguardia* de Barcelona, de que dio cuenta el diario *El País* en 14-VIII-1976, afirmó que había que arbitrar una forma de separar el matrimonio civil del religioso, y que los católicos no debían defender a ultranza el matrimonio canónico para todos como la única opción moral buena.

Obsérvese que DÍAZ MORENO y LAHIDALGA son más bien partidarios del matrimonio civil obligatorio, y como meta mínima, pero no ideal, propugnan al menos el facultativo u opcional.

(79) FRAGA IRIBARNE, en unas declaraciones de las que se hace eco *El País* en 12-V-1976, se muestra partidario del matrimonio civil obligatorio. Díez PICAZO (*El Centenario...*, cit., pág. 142) afirma: «Llevar al Registro Civil la partida sacramental para entender desde el punto de vista de la legislación del Estado, contraído el matrimonio, resulta tan anacrónico como lo sería exigir la del bautismo. Por ello, creo en cuanto reivindicación estatal de la regulación del matrimonio, para que éste produzca sus efectos civiles, que la tentativa del señor MONTERO Ríos—la implantación del sistema de matrimonio civil obligatorio—continúa vigente... Mas si esto debe decirse del problema de la forma o tipo, respecto del sistema de organización, hay que coincidir con SILVELA en que aquel proyecto no respondió ya hace cien años y no responde hoy a las aspiraciones genuinamente democráticas.» En consecuencia, propugna el divorcio vincular con amplitud y la independencia de la mujer en la familia. HORTELANO, partiendo de la teoría de la suplencia, propugna la implantación del matrimonio civil obligatorio en un clima de armonía—y separación—de la Iglesia y el Estado, y la reducción de la Iglesia a su misión específica: impartir el sacramento del matrimonio sin efecto civil alguno. El matrimonio canónico desaparecerá, según su opinión, paulatinamente (*ob. cit.*, págs. 52, 53, 88 y 89 principalmente).

turo ni evitará lo inevitable: la necesaria reforma del sistema matrimonial en uno de los dos términos del dilema que aquí se apuntan (80).

A favor del matrimonio civil facultativo, aparte de una razón de prudencia: no pasar traumáticamente a un régimen de matrimonio civil obligatorio, estaría la de querer respetar la conciencia de los creyentes, que sería violada si se les obligara a contraer bajo una forma civil contraria a sus creencias. El matrimonio civil sería para éstos un acto desprovisto de significado.

Por supuesto, que el argumento tendría plena fuerza si se impidiera a dichos creyentes celebrar el matrimonio canónico, pero no en otro caso. Las razones para oponerse al matrimonio civil obligatorio carecen de consistencia teológica después de la clarificación que en este punto ha introducido el Concilio Vaticano II. El creyente deberá acudir al sistema de doble celebración en un régimen de matrimonio civil obligatorio, como es práctica corriente en todos los países del mundo que lo tienen establecido.

Aun dando por bueno que el matrimonio civil facultativo fuera una

(80) FUENMAYOR CHAMPÍN, *El matrimonio como contrato civil*, «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», febrero de 1976, separata, Editorial Reus, S. A., estudia una cuestión de la máxima importancia: la tentativa reciente de implantar en España el sistema del matrimonio civil obligatorio. «Entraña una toma de postura en el ordenamiento civil sobre algo que llevaría inevitablemente consigo una innecesaria y perturbadora tensión entre la Iglesia y el Estado, al propio tiempo que contribuiría, lamentablemente, a favorecer con la contribución de la ley secular a una triste campaña que, de modo sistemático, intenta hoy relativizar o disminuir la práctica de los sacramentos» (pág. 94). Tras una exposición histórica de la forma artificiosa como fue planteada la discusión de la ley del matrimonio civil en España en 1870—en 1932 también se implantó de una forma más directa y con menos timidez—, considera poco original a POTHIER en su doctrina de la separación del contrato y del sacramento, pues la toma de TOMÁS SÁNCHEZ, quien para FUENMAYOR otorgó absoluta competencia a la Iglesia sobre los matrimonios de los fieles. Yo, en cambio, he visto afirmado lo contrario en SCHILLEBEECKX, páginas 322 y 323. Para mí POTHIER bebió en las mejores fuentes teológicas: en SANTO TOMÁS—*officium civilitatis*, no mencionado por FUENMAYOR—, en MELCHOR CANO en el propio Concilio de Trento, que no consagra la competencia exclusiva de la Iglesia en materia del matrimonio de los fieles. GARCÍA GOYENA—*vid.* nota 65—plantea la cuestión en términos simples, pero enormemente jurídicos, que indudablemente recogían la opinión común de los juristas que aprobaron la Ley de 1870. Y no olvidemos que la proclamación de la «doctrina oficial de la Iglesia» condenatoria de la separación del contrato y del sacramento—en todo caso, oficial hasta la declaración conciliar sobre libertad religiosa, hasta 1965, no hasta 1976—a que alude FUENMAYOR, fue dictada por Pío IX, en su breve «*Ad Apostolicæ Sedis*» de 22 de agosto de 1851, en un momento de enorme turbación psicológica del Pontífice. En efecto, la revolución liberal le expulsó de los Estados pontificios y de Roma en 1848 y tuvo que ser repuesto en su sede por la intervención armada franco-española. Es de suponer que el Pontífice odiara cordialmente el liberalismo el resto de sus días. En todo caso, creo haber demostrado que la doctrina de la inseparabilidad del contrato y el sacramento según opinión común de los teólogos—los canonistas no parece que deban dar su opinión en materia dogmática—no es un dogma de fe, y mucho menos a la luz de la declaración conciliar sobre libertad «de conciencia» del Vaticano II.

manera de salvaguardar la conciencia de los católicos, deberá el mismo reunir una serie de condiciones que obvien los graves inconvenientes que su práctica ha demostrado en países de tradición europea occidental. Me refiero a Inglaterra, Portugal e Italia.

No parece correcto conceder efectos civiles sólo a una forma de matrimonio religioso: la canónica de la Iglesia católica. Tal concesión de un privilegio supondría el retorno a un régimen de cristiandad que se quiere superar definitivamente. El Estado no puede, si quiere respetar la libertad religiosa de sus ciudadanos, establecer preferencias confesionales y otorgar fuerza civil a uno solo de los ritos matrimoniales, aunque sea el utilizado por la mayor parte de sus ciudadanos. Por el mismo motivo tiene que conceder validez a cualquier rito matrimonial de cualquier confesión o denominación religiosa. Esa es la fórmula de Inglaterra e Italia.

Sin embargo, aun cuando el Estado ha de reconocer efectos civiles a los ritos matrimoniales de todas las religiones existentes o imaginables, debe también comprobar los requisitos de regularidad y seguridad que requiere la prueba del matrimonio, y es posible que si rechaza el matrimonio de aquellas confesiones que carecen de tales requisitos incurra en discriminación (81).

Ello le obliga a implantar, con un serio esfuerzo, un sistema de control de la forma documental de los matrimonios religiosos acatólicos y establecer listas oficiales de agrupaciones religiosas dotadas de ritos matrimoniales con efectos civiles. A la vez, tales listas no pueden significar injerencia en el régimen interno de estas agrupaciones, pues ello violaría la libertad de conciencia de sus miembros y sería contraria a la necesaria autonomía de cualesquiera agrupaciones humanas con fines lícitos. La experiencia derivada de la ley que regula el ejercicio del derecho civil de libertad religiosa de 1967 no es demasiado alentadora al respecto.

Todos los católicos, tengan o no autoridad en la Iglesia, deben respetar el sistema de matrimonio electivo. Nadie puede, pues, estigmatizar de concubinato la unión civil de los que han sido bautizados en el catolicismo—verdadero problema práctico en España—ni desconocerla. La Iglesia no puede admitir a nuevo matrimonio canónico a los casados civilmente en tanto subsista su unión civil válida: otra cosa sería restaurar el sistema de la supremacía de la Iglesia sobre el Estado.

El sistema electivo no es perfecto. Respecto del italiano ha dicho CASUSCELLI (82) que «debe y puede hacerse una elección entre dos soluciones, ambas válidas, pues parecen ser las únicas capaces de tutelar la

(81) RIGAUX, *ob. cit.*, pág. 182.

(82) *Problemi di Diritto Ecclesiastico e riforma del Diritto di Famiglia*, en «Studi sulla riforma del Diritto di Famiglia», Giuffrè, Milán, 1973, pág. 73.

libertad e igualdad religiosas de los ciudadanos: el matrimonio civil obligatorio o la introducción de disciplinas diferenciadas que reconozcan como válidos para el Estado los matrimonios surgidos y regulados por las normas propias de cada una de las confesiones religiosas que existan en él. Porque el actual sistema se limita a hacer producir efectos del matrimonio civil al contraído ante el ministro acatólico, sin respetar la peculiaridad de la organización del matrimonio por la religión de que se trate. La normativa especial salvaguarda sólo formalmente la igualdad religiosa de los ciudadanos y limita sustancialmente a las confesiones minoritarias, reduciendo a los más bajos niveles la relevancia para el ordenamiento estatal de los comportamientos dotados de contenido religioso en la constitución del vínculo conyugal de los ciudadanos acatólicos».

¿Serán capaces el Estado y la sociedad española de pasar de un sistema de matrimonio canónico privilegiado a otro en que coexistan en pie de igualdad todos los sistemas matrimoniales de las diversas religiones del mundo?

Creo que si en la Baja Edad Media coexistieron en las Españas tres religiones, cada una de ellas dotada de su propio sistema matrimonial, y si tal coexistencia fue armoniosa, hasta que por causas lamentables se rompió la convivencia, no debe haber obstáculo sustancial para la reinstauración de la forma matrimonial electiva.

Quizá fuera preciso, para la plena eficacia de la forma matrimonial electiva, que el Estado concordase no solamente con la Iglesia, sino con las más caracterizadas confesiones con vigencia social en España, las modalidades de celebración y efectos del vínculo matrimonial religioso. Por supuesto, que el reconocimiento de los efectos de la peculiar organización del matrimonio y la familia no podrían atentar al justo orden público español. Las concepciones religiosas que menoscabaran la dignidad de la mujer—v. gr., la implantación de la poligamia—serían radicalmente rechazadas. Creo que ninguna religión universal deja de plantearse el tema en estos momentos, y a la larga, las creencias religiosas no serán obstáculo que oponer a la implantación de sus ritos y reglas matrimoniales en España.

Las dificultades prácticas que entraña la implantación de un sistema matrimonial electivo de las características dichas, la madurez cívico religiosa de nuestro pueblo y la pureza de los principios conciliares de la legítima autonomía de lo temporal y del respeto de la libertad de conciencia creo llevarán a España, tarde o temprano, a la implantación de un sistema de matrimonio civil obligatorio.

El Estado, organizado democráticamente y respetuoso de la libertad de conciencia de los ciudadanos, si es posible de acuerdo con la Iglesia, ins-

taurará el matrimonio civil obligatorio. La forma matrimonial canónica—como la de cualquier otra religión—, la competencia de los tribunales de la Iglesia y la aplicación del Derecho canónico serán desprovistos de efectos civiles directos. El Estado no pondrá obstáculos, sin embargo, a aquellos ciudadanos que quieran libremente someterse a tales formas y reglas eclesiásticas. La ceremonia civil, indistintamente, deberá realizarse antes o después de la religiosa, si la hubiere, pues el Estado no privilegia el rito, pero tampoco penaliza a quienes se someten a él. Así lo estableció la Ley de 1870 (83). Pero los unidos en matrimonio religioso—canónico o de acatólicos—no serán estigmatizados por los órganos del Estado como viviendo en una unión ilegal.

En efecto, la neutralidad ideológica del Estado le impide emitir juicios de valor sobre un comportamiento religioso. Socialmente, tal comportamiento supone un compromiso de unión entre hombre y mujer estable y responsable e incluso tendencialmente indisoluble. La sociedad tampoco debe valorar o desvalorar la unión puramente religiosa, que por los motivos que sea no se refuerza con la celebración civil. Tales motivos deben ser socialmente respetados.

La existencia de tal compromiso religioso de vida en común no dejará de producir ciertos efectos civiles indirectos. Así lo reconoce la jurisprudencia en los países de matrimonio civil obligatorio. Los hijos habidos en tal unión religiosa gozarán del *status* de hijos de la pareja—no debiera haber distinción en lo futuro entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales—; la Seguridad Social, los beneficios del Derecho familiar administrativo, deben serles reconocidos a la pareja unida en unión religiosa. Si tal es la tendencia en la jurisprudencia extranjera respecto de las parejas extramatrimoniales, no veo por qué no debe concedérseles tales beneficios cuando el compromiso social de vida estable en común se dobla de un rito religioso que hay que presumir hondo y sincero.

De todos modos, el problema no será grave en España, pues las circunstancias de extrema tensión político ideológica de liberales e integristas que se dieron en la corta y azarosa vida de las Leyes de 1870 y 1932 no tendrán ocasión de producirse en lo futuro.

Excusado es decir que los matrimonios canónicos contraídos antes de la entrada en vigor de la ley que implante el matrimonio civil obligatorio surtirán sus plenos efectos civiles.

Otra cuestión, que apuntaré más adelante, es si a tales matrimonios se les aplicará de modo absoluto la regla de indisolubilidad que establece el Derecho canónico.

La implantación del matrimonio civil obligatorio liberaría a la Iglesia

(83) *Vid.* nota aparte.

del pesado fardo histórico del enjuiciamiento jurídico de los matrimonios canónicos, pues es evidente que decrecería sensiblemente el número de los matrimonios canónicos contraídos por motivos sociológicos y las cuestiones matrimoniales se debatirían preferentemente ante los tribunales civiles. La Iglesia podría dedicarse con gran desembarazo a salvaguardar los valores éticos del matrimonio religioso utilizando los instrumentos de la pastoral de servicio, no de dominación. Definitivamente se cerraría bajo siete llaves un pasado multisecular de religión oficial en España, pero a la vez se entroncaría con las mejores tradiciones de libertad religiosa de ese mismo pasado.

Quizá tarde lustros en llegar una sociedad secularizada donde la religión encuentre su exacto lugar en el campo de la ética y de la conciencia y no del Derecho coactivo, pero es bueno que desde hoy la opinión pública conozca las grandes opciones que se le ofrecen en la organización de su vida personal y familiar.

ENRIQUE FOSAR BENLLOCH

NOTAS

La tributación de las parcelaciones y de los actos de reparcelación

El Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales contiene sendos preceptos referentes a las reparcelaciones, los cuales aparentemente son inconciliables, pero que examinados a fondo demuestran cierta congruencia.

En primer lugar, el número 38 del artículo 65 considera exentas las enajenaciones *a que diere lugar* la parcelación y reparcelación declaradas obligatorias por los Ayuntamientos u otros órganos urbanísticos.

En segundo término, el número 16 del artículo 101 del Texto Refundido confiere también exención tributaria a los documentos públicos de parcelación y reparcelación declaradas obligatorias por los Ayuntamientos u otros órganos urbanísticos competentes para ello.

En un primer momento parece que estos preceptos son antinómicos, porque ambos contemplan el supuesto de las reparcelaciones. Y debe tenerse en cuenta que el artículo 65 está incluido dentro del grupo de normas que regulan el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, en tanto que el artículo 101 está situado en los preceptos que regulan el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados. Y precisamente del hecho de esta doble ubicación normativa es de donde se deriva la antinomia fiscal a que venimos aludiendo.

Veámoslo. El número 2 del artículo 100 del Texto Refundido declara que no estarán sujetos al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados los actos a que se refiere el número 1.º del mismo artículo (entre los que figuran las escrituras, las actas y los testimonios notariales), en su apartado letra g), cuando estén sujetos al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, aunque gocen de exención. Y aquí radica el problema. Porque si las actas de parcelación, en cuanto actas notariales, están sujetas al tributo de los Actos Jurídicos Documentados, evidentemente, no pueden tributar por el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, dada

la incompatibilidad legal establecida en el número 2 del artículo 100 del Texto Refundido.

Hay que tener presente que en esta materia se ha producido un importante cambio a partir de la Ley de Reforma Tributaria de 11 de junio de 1964. Anteriormente estaba tolerada una especie de doble imposición, por cuanto podían incidir sobre un mismo acto dos tributos diferentes: el Impuesto de Timbre y el Impuesto de Derechos Reales. Para disfrazar en alguna medida el descaro de la doble imposición se argumentaba especiosamente diciendo que el Impuesto de Timbre gravaba el documento, y el de Derechos Reales, el acto reflejado en el mismo documento.

Esta situación ha variado actualmente. La doble tributación está expresamente rechazada por el número 2.º del artículo 100 del Texto Refundido, al que nos venimos refiriendo. Además, ha variado también el enfoque de los tributos incidentes sobre la negociación jurídica. El antiguo Impuesto de Timbre ahora se denomina de Actos Jurídicos Documentados, poniendo énfasis en el hecho de que ya no sólo se somete al tributo al documento, sino a la unidad jurídica que conforman el acto sustantivo y el vehículo formal en que el mismo es recogido. Esto y la práctica habitual nos demuestran que actualmente existe una coincidencia de fondo entre el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y el de Actos Jurídicos Documentados. Porque prescindiendo de los rarísimos casos en que haya podido tributar un contrato verbal, lo cierto es que a las oficinas gestoras se presentan documentos conteniendo actos gravables, tanto en uno como en otro impuesto. Lo que pasa es que el mismo Texto Refundido viene a ser un reparto de competencia entre ambos impuestos en aquellos preceptos en los que describe la materia imponible de cada tributo, como son los artículos 54 y 55 con respecto al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, y el artículo 100 con referencia a los Actos Jurídicos Documentados. En esta delimitación de campos es donde existe diferencia. Porque en la práctica ninguna distinción existe entre la tributación de una hipoteca o compraventa reflejadas en escritura pública y el gravamen de declaración de obra nueva, que también consta en escritura pública. El hecho de que las primeras tributen al tipo del 7,40 por 100 (1), y la última al 0,55 por 100, está nada más que en la circunstancia de que las primeras caen bajo la órbita del artículo 54 del Texto Refundido, y la última se sitúa en el ámbito del artículo 100.

El número 38 del artículo 65 exonera las enajenaciones derivadas de las reparcelaciones declaradas obligatorias por los respectivos órganos urbanísticos. Ello quiere decir que para el legislador estas enajenaciones

(1) O del 8,20 por 100 según la fecha del otorgamiento documental, en el supuesto de la compraventa, ya que la hipoteca debe satisfacer actualmente un gravamen del 2,10 por 100.

estaban sujetas al impuesto, pero por el deseo de política económica tendente a favorecer las reparcelaciones, se les ha concedido una específica exención.

Y ello es así porque los actos sujetos y los exentos participan de la misma naturaleza jurídico-tributaria. La enumeración de actos sujetos de un concreto tributo configura el hecho imponible del mismo, el área negocial al que el impuesto extiende su competencia. Y dentro de los límites impositivos de esta materia tributaria se encuentran los actos exentos, que son análogos a los sujetos, pero que por diversas consideraciones el legislador decide no sujetarlos a gravamen. Cosa distinta son los actos no sujetos, que son todos aquellos que quedarían extramuros del hecho imponible de un concreto tributo.

El número 38 del artículo 65, al decir que las enajenaciones que nos ocupan están exentas, quiere indicarnos:

a) Que tales enajenaciones las conceptúa sujetas e incluidas dentro del hecho imponible del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, pero que por el deseo de fomentar las reparcelaciones prescinde de hacerlas contribuir al erario público.

b) Que si la parcelación o reparcelación hubieren surgido de un acuerdo voluntario de los condueños de los distintos terrenos sin que haya recaído ninguna declaración de obligatoriedad del correspondiente órgano urbanístico, tales enajenaciones estarán sujetas al impuesto.

Volviendo sobre nuestro argumento resulta evidente, por establecerlo así el número 2 del artículo 100 del Texto Refundido, que una misma documentación no puede estar sujeta a la vez al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y al de Actos Jurídicos Documentados. Y, sin embargo, esto es lo que parece dar a entender el Texto Refundido, aunque lo haga por la vía indirecta de las exenciones. El número 38 contiene una exención con respecto al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales (es decir, un acto sujeto no gravado), y el número 16 del artículo 101 contiene otra exención sobre la misma materia, pero dentro del ámbito del Impuesto de los Actos Jurídicos Documentados. Con lo que también viene a declarar indirectamente que la documentación sobre reparcelaciones está sujeta a este impuesto, teóricamente instrumental. Así las cosas, una misma documentación estaría sujeta a dos impuestos legalmente incompatibles. Pero esto no puede ser. Por tanto, será preciso averiguar, ahondando en la entraña de los preceptos examinados, si es posible que puedan coexistir en el sentido de que cada una de las exenciones esté pensada para un supuesto diferente.

Esta es la explicación que nosotros damos a la existencia de los dos preceptos mencionados. Entendemos que se refieren a momentos temporales diferentes.

El número 16 del artículo 101 contempla un primer momento. Trata de gravar los documentos públicos en que se contiene el resultado de una parcelación o reparcelación. Esos documentos están previstos tanto en la Ley del Suelo como en el Reglamento de Reparcelaciones. El número 2 del artículo 82 de la Ley del Suelo se refiere a un primer documento administrativo, que expedirá el organismo urbanístico, en el que conste el acuerdo aprobando la reparcelación. El artículo 33 del Reglamento de Reparcelaciones prevé también el otorgamiento de una escritura pública en la que se formalice la reparcelación. Tanto el acuerdo del órgano administrativo como la escritura pública son documentos públicos de reparcelación, porque son autorizados por funcionario público competente y se observarán en ellos las solemnidades requeridas por la ley. Lo que ocurre es que la categoría de los documentos públicos es muy amplia y caben dentro de ella tanto los documentos administrativos, como los documentos judiciales y los notariales. El acuerdo aprobatorio será un documento público administrativo, y la escritura pública de reparcelación será un documento público notarial. Ambos, pues, encajan dentro de la exención contenida en el número 16 del artículo 101 del Texto Refundido.

El número 38 del artículo 65 no se refiere a este primer momento subsiguiente a la aprobación de la reparcelación. Este artículo alude a las enajenaciones *a que diere lugar* la reparcelación. Aquí es clave la locución «a que diere lugar». No se trata de las enajenaciones que pudieran estar contenidas en el mismo documento de reparcelación, sino de otras posibles enajenaciones que sean consecuencia o derivación de una parcelación aprobada, en la que no se tenga ya en cuenta el documento mismo de parcelación, sino otro documento diferente. Porque un mismo documento no puede estar sujeto a los dos tributos antitéticos. Y si por razón de primacía temporal ha tenido que ser calificado desde el enfoque del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados y ha sido considerado sujeto a este tributo (o lo que es lo mismo, exento de este tributo), no puede posteriormente ser gravado por el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales.

Y como hay que suponer que el legislador actúa con lógica, esta lógica resalta si reparamos en los términos literales de ambas exenciones, lo que permitirá considerar que están contemplando situaciones diferentes. El número 38 del artículo 65, insistimos en ello, se refiere a enajenaciones posteriores en el tiempo. Un supuesto de las mismas aparece contemplado en el artículo 83 de la Ley del Suelo, que ofrece una solución legislativa para el supuesto de que algún propietario no estuviere conforme con el resultado de la reparcelación, en cuyo supuesto puede exigir que se le expropie la parcela que se le hubiere adjudicado. La ejecución de esta

expropiación implicará una enajenación, que será consecuencia de la reparcelación, cuya reparcelación habrá dado lugar a esta enajenación.

* * *

Aparte de la razón invocada sobre la prioridad temporal de la tributación por Actos Jurídicos Documentados, a efectos dialécticos y situándonos ya estrictamente en el campo del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, vamos a tratar de demostrar que el resultado de la reparcelación no provoca una enajenación o transmisión tributable.

El artículo 82 de la Ley del Suelo dispone que «la aprobación de la reparcelación producirá efectos expropiatorios de las parcelas antiguas mediante simultánea adjudicación de las nuevas».

La Ley del Suelo es el texto sustantivo en que se contienen todas las nociones que después maneja el legislador fiscal. Por tanto, para evitar un descoyuntamiento jurídico es necesario que la temática de las reparcelaciones y los demás conceptos urbanísticos se utilicen con las valencias que les atribuye la Ley del Suelo.

El artículo 82 dice que la reparcelación implicará la expropiación de las parcelas antiguas. Esto equivale a decir que hasta que el fenómeno reparcelador no concluye, durante la gestación de las nuevas divisiones, los primitivos propietarios continúan siendo dueños de los terrenos aportados al proceso reparcelador, lo que equivale a decir que durante todo este tiempo no se ha producido ninguna transmisión a favor de persona interpuesta, independientemente de que pueda funcionar una asociación mixta de compensación que a título fiduciario pueda detentar incluso facultades dispositivas de bienes ajenos.

Sólo en el momento de aprobarse la reparcelación se produce una curiosa mutación jurídica. Hasta ese preciso instante las tierras antiguas han continuado en el patrimonio de los propietarios implicados en el proceso y desde entonces, de una forma totalmente simultánea, se produce la expropiación o pérdida de la propiedad de las parcelas antiguas y la sincrónica adjudicación o adquisición de las nuevas.

¿Qué significa este cambio? Todo parece indicar que no hay ninguna transmisión, que requeriría una dualidad de elementos personales, un transmitente y un adquirente contratantes, sino que lo que se produce es una auténtica subrogación real, un cambio físico de los terrenos como consecuencia de las obras de urbanización y de la nueva parcelación, pero sin ningún cambio personal. Estamos ante un caso de subrogación real producida *ex lege*, es decir, de una subrogación legal. Algo muy distinto

a una auténtica transmisión. En una verdadera transmisión se advierte un cambio subjetivo en una relación jurídica, porque el sujeto adquirente viene a adquirir el poder político que sobre la cosa tenía el transmitente. Aquí, por el contrario, lo que se produce es un cambio meramente objetivo.

Ello equivale a decir que si no hay transmisión, no existe hecho imponible. El artículo 3.º del Texto Refundido del impuesto nos dice que el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales gravará las transmisiones patrimoniales *inter vivos*. Corrobora esta afirmación el artículo 54, que declara sujetas las transmisiones por actos *inter vivos* de toda clase de bienes y derechos. Ahora bien, si los nuevos terrenos se entregan a los mismos titulares de las fincas antiguas, en realidad no surge en ningún momento el negocio dispositivo que pudiera justificar la aplicabilidad del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales. Porque si la adjudicación de las nuevas parcelas es una transmisión, es decir, un contrato oneroso, puesto que se le ha hecho tributar al tipo del 7,40 por 100, se requerirá la reciprocidad característica de los contratos onerosos y, por tanto, los propietarios adjudicatarios deberían satisfacer a un hipotético transmitente una contraprestación que justificará la onerosidad del negocio. Si esa contraprestación no se ha producido es señal de que no ha existido transmisión.

Si por una oficina liquidadora se sostuviera la existencia de transmisión, habría que concluir en la inexistencia jurídica de la misma por falta de causa. El artículo 1.274 del Código civil es concluyente a este respecto, al preceptuar que en los contratos onerosos se entiende por causa para cada parte contratante la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra. A este respecto, afirma CASTÁN que en la compraventa la causa es siempre para el vendedor la adquisición del precio, y para el comprador, la adquisición de la cosa, porque la causa es siempre la misma en cada contrato determinado. Pero si en la pretendida liquidación no pudiera demostrarse el juego de contraprestaciones inherente a los contratos onerosos estaríamos en presencia de una transmisión sin causa que, según el artículo 1.275 del Código civil, no produciría efecto alguno.

Cabría que apurando las indagaciones pudiera pretenderse por una oficina liquidadora la existencia de una posible permuta tributable por Impuesto de Transmisiones. El criterio podría prosperar si la oficina demostrara que se habían producido cambios en la detentación de las parcelas, de tal forma que a un propietario se le adjudicase, como resultado de la reparcelación, la finca que inicialmente pertenecía a otro, y así sucesivamente. En este caso tendrían que tributar los distintos propietarios, todos ellos al tipo del 7,40 por 100. Sin embargo, una pretensión de este tipo chocaría con importantes escollos. No olvidemos que la

parcelación, y también la reparcelación, son alteraciones físicas en la superficie de las tierras que guardan cierta similitud con la temática de la concentración parcelaria. Bien es cierto que el proceso materialmente considerado es inverso, porque la concentración trata de aglutinar los minifundios, en tanto que la parcelación lo que pretende es subdividir determinadas fincas en otras de inferior dimensión. Pero en ambos supuestos gravitan consideraciones de interés público que demandan la concentración y también la parcelación. Por ello, el artículo 65 del Texto Refundido contiene exenciones para ambos supuestos. En el número 20 de este artículo se declaran exentas las transmisiones y demás actos y contratos a que dé lugar la concentración parcelaria, y en el número 38 se eximen paralelamente las enajenaciones a que dé lugar la parcelación y la reparcelación. Además, en esta materia es preciso insistir en que en el primer momento de la reparcelación la exención aplicable es la del número 16 del artículo 101 y no la del número 38 del artículo 65 del Texto Refundido.

Pero es que hay más. Aun en el supuesto de que aceptáramos por motivos argumentales que se había producido una transmisión desde la junta de compensación hasta los distintos propietarios de parcelas, en ningún momento podría prosperar la liquidación al tipo del 7,40 por 100, porque lo obstaculizaría el número 36 del artículo 65 del Texto Refundido, que declara exenta la primera transmisión de terrenos que por el sistema de compensación realicen las juntas de tal nombre, siempre que se justifique la aprobación del proyecto de compensación.

Es el artículo 124 de la Ley del Suelo el que describe en qué consiste esta forma de urbanizar cuando dice: «El sistema de compensación es aquel en que los propietarios de terrenos de uno o varios polígonos se unen con fines de urbanización y, en su caso, de edificación, con solidaridad de beneficios y cargas, bajo una gestión común, a cuyo efecto constituirán una junta de compensación con personalidad propia y plena capacidad jurídica.»

Es obvio que la primera transmisión de terrenos por el sistema de compensación será la que realice la junta de este nombre a favor de cada uno de los propietarios que aportaron terrenos a la misma. Porque las segundas y posteriores transmisiones serán las que los propietarios adjudicatarios puedan realizar en beneficio de otras personas que no participaron del sistema de compensación.

El sistema de compensación guarda analogías con el carácter de situación jurídico real de las fincas objeto de una reparcelación. En realidad, aquí los terrenos nuevos se dan en compensación generalmente de otras tierras que se aportaron al proceso urbanístico. Y aunque la junta tiene

facultades dispositivas a título fiduciario, lo cierto es que también aquí los propietarios iniciales conservan el dominio de las fincas aportadas. Por eso invocamos la exención a efectos dialécticos y también desde un punto de vista práctico para enervar una posible liquidación impositiva, aunque doctrinalmente estemos convencidos de la inexistencia de transmisión por cuanto la junta no adquirió la propiedad de los terrenos y, por tanto, no puede ser un auténtico transmitente en nombre propio.

A lo sumo, podrá actuar en una función representativa. Por lo que normalmente no surgirá el concepto de transmisión dominical, porque habrá aceptado la aportación de las parcelas antiguas actuando en representación de cada primitivo propietario y procederá a la adjudicación de las nuevas en el mismo concepto. Este carácter representacional es el que podría avalar la argumentación de una posible permuta, por cuanto al haberse interpuesto un representante que actuara en nombre de todos los primitivos propietarios, si se verificaban adjudicaciones distintas de las aportadas a cada uno de los dueños podría estimarse que había surgido la permuta actuando en nombre de los dueños. Pero éste sería un rigor excesivo, que el legislador ha rechazado expresamente en el supuesto de la concentración parcelaria, donde con harta frecuencia se entregan a los adjudicatarios fincas distintas de las que aportaron al proceso concentrador y, sin embargo, los diferentes textos legales han reconocido la exención del impuesto.

Según la Ley del Suelo, las juntas de compensación tienen personalidad jurídica. Pero se trata de una personalidad *sui generis*, porque son personas sin patrimonio propio. Lo demuestra el hecho de que para la ley los titulares de los terrenos aportados a la compensación siguen siendo los distintos propietarios.

Del hecho de la puesta en común de los terrenos pudiera argumentarse que estábamos en presencia de una comunidad de bienes, bien de tipo romano, bien de tipo germánico. Sin embargo, no es así. En primer lugar, porque falta el acto expreso de constitución de la comunidad. Pero ni siquiera puede pensarse en la existencia de una comunidad de hecho. Porque o tendría que ser una comunidad romana o sería una propiedad colectiva. Comunidad romana no es porque falta la nota característica de que el derecho de cada uno de los condóminos coincida con el derecho de los restantes sobre cada una de las moléculas de la cosa común. Pero esto no es así porque cada dueño sigue siendo propietario del solar afectado por la reparcelación, y sólo se produce el efecto expropiatorio en el momento de ser aprobado el proyecto de reparcelación. Tampoco estamos en presencia de una propiedad en mano común. No hay una situación solidaria de copropiedad indiferenciada de todos los sujetos sobre un

único objeto, por la razón ya expuesta de que cada condueño sigue siendo propietario del terreno aportado.

En realidad, la situación se parece a una comunidad de tipo romano desde el momento en que cada propietario ostenta una serie de puntos o unidades de valor. Esto parece recordar las cuotas características de la comunidad romana. Sin embargo, no existe una total similitud, porque en el supuesto que nos ocupa no se ha producido la puesta en común, que es característica de la comunidad de bienes. En realidad, lo que surge es una comunidad de gestión atípica, porque no se amolda a ninguno de los supuestos de comunidad de bienes contemplados en el Derecho positivo. Además es una sociedad de gestión sin patrimonio propio, aunque la tal sociedad, por vía fiduciaria, tenga facultades dispositivas. Al no haber patrimonio se advierte claramente que falta la materia imponible por Impuesto de Transmisiones Patrimoniales. Porque incluso en el supuesto paradigmático de la constitución de una sociedad, lo que verdaderamente tributa no es el acto de creación de una nueva persona jurídica, sino la aportación de bienes a la misma, porque el Impuesto de Transmisiones lo que grava es el desplazamiento de riqueza desde el peculio privativo de los socios hasta el patrimonio de la sociedad.

Por otro lado, es muy dudoso que dentro de nuestro Derecho positivo pueda declararse sujeta una comunidad incidental. A este respecto es perfectamente claro el número 2.º del apartado 1 del artículo 57 del Texto Refundido, que atribuye la conceptualización fiscal de sociedades a la comunidad de bienes constituida por actos *inter vivos* para la explotación de negocios mercantiles o industriales, cuyos rendimientos estén sujetos al Impuesto Industrial o de Sociedades.

Para que la hipotética comunidad surgida en el supuesto de una asociación mixta pudiera gravarse por los tipos aplicables a las sociedades debería tender a la explotación de negocios mercantiles o industriales. Pero esto no ocurre en el supuesto de las asociaciones mixtas. Porque con ellas no se pretende ninguna operación mercantil de intermediación entre un escalón productor y otro consumidor, no se vislumbra ni el propósito de reventa ni el deseo de lucro característicos del comercio. Muy al contrario. A quien se pretende entregar las fincas reparceladas es a los primitivos dueños y no a unos compradores eventuales. Tampoco se advierte la existencia de un negocio industrial. No hay una actividad fabril o de transformación que trueque materias primas en productos elaborados. Se trata simplemente de hacer una división equitativa de tierras preexistentes. Y todavía más, los rendimientos de asociación mixta no están sujetos ni al Impuesto Industrial ni al de Sociedades, constituyendo esta ausencia de tributación un argumento más para sostener que no estamos en presencia de una comunidad de bienes gravables.

Tal vez el supuesto guarda similitud con la constitución de asociaciones reguladas por la Ley de 1964. Si en estas asociaciones un grupo de personas que pretendieran celebrar periódicamente reuniones culturales careciesen de patrimonio autónomo, puesto que uno o varios de los socios, sin transferirlo a la sociedad, habilitase un local de su propiedad para celebrar los actos culturales, indudablemente no habría base para liquidar el Impuesto de Transmisiones, ante la inexistencia de aportación alguna al fondo social. Sin desconocer que legalmente, en casos normales, en los Estatutos de una asociación de este tipo debe figurar la existencia de un patrimonio social. Pero es que este tipo de asociaciones caen más bien bajo la órbita propia del Impuesto sobre los Bienes de las Personas Jurídicas.

En opinión de GONZÁLEZ PÉREZ y algún otro tratadista, la asociación mixta de compensación actúa a modo de mandatario de los distintos copropietarios. Si esto es así tendríamos un argumento más para demostrar que nos encontramos en presencia de un acto no sujeto. El poder o mandato no está sujeto al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales porque no implica ninguna transmisión patrimonial desde el mandante al mandatario, sino una mera habilitación para actuar jurídicamente en nombre del mandante. El acto sujeto surgirá si en ejecución del mandato, el mandatario adquiere algo para y en nombre de su mandante. Pero esto no ocurre cara a la asociación mixta de compensación porque ni se le otorgó un poder para enajenar ni la mencionada junta verifica posteriormente ninguna enajenación en beneficio de terceros, sino que lo que hace es adjudicar terrenos reparcelados a aquellos mismos que los aportaron, por lo que al no existir ningún acto de circulación de riqueza, no se produce el hecho imponible que desata la actuación del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales.

* * *

Si los documentos en que consta una reparcelación se sometiesen al gravamen del 7,40 por 100, en un deseo de indagar los puntos de vista de la oficina liquidadora, podríamos considerar que tal vez se hubiera aplicado el número 7.º del artículo 55 del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, en el que se ordena liquidar según dicha tarifa a «los reconocimientos de dominio en favor de persona determinada».

Es decir, suponiendo que se estimara que el acta de notoriedad, en la que se refleja una reparcelación, equivale a una declaración o reconocimiento de propiedad de las fincas reparceladas.

Sin embargo, no es utilizable esta solución. Porque el mencionado número 7.º alude fundamentalmente, no al derecho del adquirente en

virtud de un documento público, sino más bien al supuesto del enajenante. La situación se ve muy clara en presencia de un contrato de compraventa. Para liquidar al comprador basta con la existencia del otorgamiento en el que se contiene la enajenación. Pero pudiera ocurrir que una oficina gestora tratara de investigar si el adquirente anterior, hoy vendedor, satisfizo en su día el impuesto. Al examinar la escritura de compraventa en la parte expositiva encontraría, según exige el Reglamento Notarial, una indicación del título adquisitivo del transferente. Si éste no se concretara suficientemente en otro documento de fecha fehaciente, pero se aludía a que el vendedor adquirió la propiedad en virtud de legítimos títulos de cierta antigüedad, aquí podría incidir la actividad investigadora para afirmar que existía un reconocimiento de dominio en favor del vendedor. Porque, en definitiva, con estos reconocimientos de propiedad lo que se está haciendo es suplir la inexistencia de título adquisitivo, y donde se ha autorizado una compraventa o acta de reparcelación aquí sí tenemos un documento que si estuviera sujeto sería directamente liquidable. Que esto es así lo confirma el número 14 del artículo 65 del Texto Refundido, que declara exentos los reconocimientos de dominio hechos en favor de personas determinadas, cuando se acredite haber satisfecho el Impuesto por la Transmisión, *cuyo título se supla con ellos*, y que se alegue como tal en la declaración de propiedad con respecto a los mismos bienes objeto del reconocimiento.

* * *

Al examinar el número 38 del artículo 65 hemos visto que estaban exentas las enajenaciones a que dio lugar la reparcelación declarada obligatoria por los órganos urbanísticos competentes. Ello nos obliga a analizar un poco los términos empleados por el legislador.

La parcelación y reparcelación tienen de común ser operaciones técnicas de división del suelo sujetas a licencia previa. Se diferencian en que, como dice GONZÁLEZ PÉREZ, la primera es una división *ex novo*, mientras la segunda arranca de una división preexistente que se modifica.

La parcelación es una división de las fincas en solares destinados a construir edificaciones independientes. La reparcelación presupone una parcelación existente. Y cuando la proyección sobre ella del planeamiento se traduce en una injusta distribución de beneficios y cargas surge la reparcelación como instrumento para restablecer la justicia.

Según los textos vigentes, la parcelación puede ser voluntaria y obligatoria.

a) Voluntaria: Cuando «la solicitaren todos los interesados para distribuir más adecuadamente la propiedad de una zona delimitada».

b) Obligatoria: Procederá con carácter obligatorio en los supuestos siguientes:

a') Conforme al artículo 81, 1, de la Ley del Suelo, si en virtud del planeamiento resultaren terrenos de un propietario destinados a viales, jardines, zonas verdes o susceptibles de edificación, de forma que le produzca lesión superior a un sexto.

b') Cuando, según el número 2 de dicho artículo, los volúmenes edificables se repartiesen desigualmente, originándose lesión superior a un sexto.

c') Si la división parcelaria ocasionare cesiones obligatorias desproporcionadas, en los términos prevenidos en el artículo 116, 5, de dicha ley y concordantes.

d') Para regularizar la configuración de las fincas, según el artículo 80 y concordantes de dicha ley.

e') En cualquier otro supuesto previsto pro disposiciones legales.

De los artículos 79, 80 y 175 de la Ley del Suelo se desprende cuándo una reparcelación es declarada obligatoria por un órgano urbanístico. En principio, la ley declara que la parcelación y reparcelación son actividades privadas sujetas a licencia. Pero en el supuesto de que no se realicen por los particulares, podrá requerirse a los propietarios para que las hagan y, en su caso, puede incoarse el procedimiento de oficio.

También el artículo 80 concreta esta normativa. En su párrafo 2 establece que el Ayuntamiento podrá tomar la iniciativa de la parcelación o reparcelación, requiriendo previamente a los propietarios para que presenten, en plazo no inferior a un mes, un proyecto, y si no lo efectuaran, lo redactará de oficio la corporación. Conforme al apartado 5 de este artículo 80, si se hubiere formulado de oficio un proyecto por un Ayuntamiento, el mismo organismo municipal lo aprobará e impondrá la parcelación que considere procedente. Una vez declarada obligatoria, la reparcelaciónn afectará a todas las fincas situadas dentro del perímetro de la unidad reparcelable.

Según el artículo 16 del Reglamento de Reparcelaciones, si se adopta el acuerdo de declarar una zona en estado de reparcelación, se requerirá a los propietarios para que presenten un proyecto de reparcelación en el plazo que se señale. Si transcurrido el plazo no se formula el proyecto, el Ayuntamiento o el órgano urbanístico competente presentará el proyecto de reparcelación.

El artículo 33 del Reglamento de Reparcelaciones, en su apartado 4, prevé que los propietarios o la entidad urbanística colaboradora puedan otorgar escritura en que consten los requisitos de la reparcelación.

Al establecer la exención, el número 36 del artículo 65 del Texto Re-

fundido se refiere a la primera transmisión de terrenos que por el sistema de compensación realicen las juntas de tal nombre.

El precepto alude también a la transmisión «que por el sistema de compensación realicen las juntas». Parece que el artículo está incluyendo la existencia de unas formas revolucionarias y nuevas de disposición de bienes. Es decir, que «el sistema de la compensación» ni es una compraventa, ni es una permuta, ni es una donación, ni es una cesión de bienes, ni puede constituir, dada la especialidad que parece atribuirle la Ley del Suelo, ninguna otra de las figuras traslativas consagradas por el Derecho tradicional. Podría ser un negocio jurídico nuevo, por cuanto el artículo 1.255 del Código civil permite la libre creación de contratos nuevos. Pero, sin embargo, no puede, en perfecta lógica jurídica, ocurrir así.

La compensación, tal como la entiende el Derecho de obligaciones, constituye no una forma de transmitirlas, sino una manera de extinguirlas. Según el Código civil, la compensación es la forma de extinguir los créditos y las obligaciones recíprocas existentes entre dos sujetos jurídicos hasta la medida de la concurrencia de las obligaciones respectivas. Y, por tanto, si la compensación constituye la extinción de una obligación, no representa, lógicamente, la transmisión de la misma. Porque la transmisión es una manifestación de la vitalidad, de la viabilidad de las obligaciones. Cuando un derecho se transmite es porque está vivo y va a continuar viviendo en el patrimonio de un nuevo sujeto jurídico. Por el contrario, la extinción representa la muerte jurídica de un derecho. Y como la muerte y la vida son conceptos antitéticos e irreconocibles, de ello resulta que si hay transmisión es porque no existe compensación, y viceversa, si en una determinada relación jurídica se produce una liquidación por compensación, este fenómeno jurídico está proclamando expresamente que no ha podido producirse ninguna transmisión.

El número 36 exige para reconocer la exención «que se justifique la aprobación del proyecto de compensación». Es decir, que para que la exención tenga toda su virtualidad purgadora de una obligación fiscal es necesario no sólo que se trate de una primera transmisión de terrenos, la cual se realice por el pretendido sistema de compensación, sino que además es preciso el cumplimiento de este tercer requisito, basado en que se cumpla un trámite administrativo. Y como las exenciones son de interpretación restrictiva, bastaría que el supuesto presentado ante la oficina gestora adoleciese del correspondiente proyecto de compensación aprobado para que el liquidador del tributo denegase la exención.

El número 36 finaliza refiriéndose a la ineficacia sobrevinida de la exención, que quedará sin efecto en el caso previsto en el artículo 128 de la Ley del Suelo.

Para entender este inciso es necesario tener en cuenta la doble proclamación de cualquier exención dentro del Derecho positivo español. En primer lugar, existe la consagración legal de las exenciones en el correspondiente texto legislativo. Se trata de una norma objetiva de alcance general. En segundo término, se produce la concreta calificación de la oficina liquidadora, que declara exento o sujeto el acto jurídico que se presenta ante la misma. Para declarar la exención ha de examinar minuciosamente todos los perfiles tributarios del contrato documentado que llega a la oficina gestora, y sólo en el supuesto de que la realidad jurídica estudiada reúna todos los requisitos exigidos por la declaración abstracta de la norma, hasta tal punto que el negocio jurídico estudiado pueda subsumirse plenamente en los moldes de la exención proclamada, sólo en este supuesto el correspondiente liquidador declarará la exención.

Tanto la declaración abstracta de exención contenida en una ley como la declaración concreta de la oficina gestora, constitutiva de un acto administrativo, pueden quedar sin efecto posteriormente. Pero existe una diferencia. Para que una exención reconocida por ley pierda su eficacia es preciso la promulgación de otra nueva ley, dotada del mismo rango jurídico, que deje sin efecto la exención anterior. Constituye una doctrina tradicional en materia tributaria la de que las exenciones sólo pueden concederse en virtud de ley aprobada en Cortes previo informe favorable del Ministerio de Hacienda. Por ello, las exenciones están siempre dotadas de la máxima jerarquía normativa, ya que les afecta totalmente el principio del Código civil, según el cual las leyes sólo se derogan por otras leyes posteriores. Y esto es lo que en muchas ocasiones hace el legislador fiscal, que siguiendo los vaivenes coyunturales de la política fiscal crea o suprime exenciones y bonificaciones tributarias. Una muestra de ello lo constituye la disposición transitoria segunda del Texto Refundido del Impuesto General sobre Sucesiones y Transmisiones Patrimoniales, según la cual «quedan sin efecto cuantas exenciones y reducciones no figuren mencionadas en esta ley, sin perjuicio de los derechos adquiridos al amparo de las disposiciones anteriormente en vigor...».

Pero a lo que se refiere el número 36 del artículo 65 es a la pérdida de eficacia de una exención declarada por oficina gestora. En este caso, la ineficacia sobrevenida determina que el acto se trueque en sujeto al impuesto, por lo que el liquidador respectivo deberá exigir al adquirente la oportuna deuda tributaria.

Si bien el número 36 del artículo 65 del Texto Refundido del Impuesto declara exenta la primera transmisión de terrenos que por el sistema de compensación realicen las juntas de tal nombre, siempre que se justifique la aprobación del proyecto de compensación, también agrega que la exención quedará sin efecto en caso de incumplimiento por parte de la junta

de las condiciones aprobadas, y entonces el Ayuntamiento podrá exigir su representación en la misma o expropiar la totalidad o parte del polígono de compensación.

También, con referencia a las juntas de compensación, se ha producido un cambio en la orientación de la norma. El Reglamento del Impuesto de Derechos Reales no se refería a las transmisiones de terrenos, sino que aludía a las primeras adquisiciones de terrenos que realicen las juntas de compensación. La norma era más clara y abortaba todo tipo de vacilaciones interpretativas en cuanto a quién debía ser el beneficiario de la exención, cosa que no queda clara con la normativa del Texto Refundido. En el año 1959 se sabía que a quien se pretendía favorecer era a las juntas de compensación, si bien también en aquella fecha el precepto fue objeto de una redacción desafortunada, aunque el problema se agrava con la publicación del Texto Refundido.

En materia de edificios, tanto si se trata de viviendas de protección oficial como de otro tipo de construcciones, se puede hablar con toda propiedad de una primera transmisión. Porque antes de realizar la edificación no existe más que el terreno, es decir, una superficie geográfica del suelo nacional, y el edificio representa una *res nova* que entra en el tráfico jurídico. El constructor o financiador de la obra es propietario de una construcción antes inexistente, por lo que cabe situar con toda nitidez el momento cronológico de la primera transmisión de las viviendas, que será la que tenga lugar por enajenación que realice el constructor o financiador de la edificación a favor del adquirente del bloque o piso transmitido.

Pero tratándose de terrenos es muy difícil hablar de una primera adquisición, aunque consideremos el problema desde el punto de vista de la que realizan las juntas de compensación. La tierra física que constituyen los solares lleva varios siglos siendo objeto de adquisiciones y transmisiones sucesivas, y por ello es muy difícil sostener que las juntas de compensación vayan a realizar una primera adquisición de determinados terrenos.

Para que la frase empleada por el Reglamento de 1959 tuviese algún sentido habría que circunscribir el alcance de la norma a su significado estrictamente gramatical, con lo que resultaría que la primera adquisición realizada por la junta sería aportación de cualquier propietario a ésta, quedando excluidas del beneficio fiscal cualesquiera otras sucesivas, lo que es insostenible, porque minimizaría el alcance del precepto y por la lógica simultaneidad que deben tener todas las aportaciones que se realicen a favor de la junta.

Es menos afortunada todavía la expresión del número 36 del Texto Refundido, en cuanto se refiere a la primera transmisión de terrenos que

por el sistema de compensación realicen las juntas. Porque si la transmisión es lo que realizan las juntas, ello supone que una persona extraña o bien los mismos propietarios que se integraron en la junta estarán adquiriendo los terrenos que ésta enajena. Ello traería como consecuencia que la adquisición realizada por la junta—y previa a la transmisión realizada por ella—en el momento de la aportación estuviese sujeta al Impuesto por el concepto de constitución de comunidad para la explotación de negocios mercantiles o industriales.

Sin embargo, creemos que el legislador de 1967 lo que ha pretendido, aunque regulándolo con una gran impropiedad, es eximir a las adquisiciones que realizan las juntas de compensación, por cuanto las mismas representan una adquisición puente. Y ello resulta así del inciso último del número 36 del artículo 65, cuando dice que la exención quedará sin efecto en caso de incumplimiento por parte de la junta de las condiciones aprobadas. Se trata de un incumplimiento subjetivo, con el que se enerva una exención también subjetiva.

Creemos que la entrega final de parcelas a los distintos propietarios no encaja en el número 2 del artículo 57 del Texto Refundido, que considera como disolución de sociedad la división material de bienes poseídos proindiviso «cuando hayan sido adquiridos a título oneroso», requisito que no se cumple en el supuesto de las juntas de compensación, porque ni hay transferencia de propiedad desde los aportantes a favor de la junta ni, caso de haberlo, se habrá producido a título oneroso, al menos en el momento de constituirse la junta de compensación, porque inicialmente los aportantes no reciben una contraprestación de la prestación por ellos realizada.

Por otra parte, resulta peregrino que el número 36 se refiera a «la primera transmisión de terrenos que por el sistema de compensación realicen las juntas de tal nombre», porque enjuiciada la transmisión jurídica desde el punto de vista de la junta de compensación, siempre tendrá que ser una primera transmisión y no segunda o tercera. En efecto, en virtud de la aportación realizada por los distintos propietarios, la junta adquiere unos solares. Cuando los enajena aparece un nuevo propietario de los mismos, y este cambio de titular jurídico constituye una primera transmisión realizada por la junta de compensación. Por virtud de esta transmisión, la junta se desvincula de la titularidad jurídica de los bienes y no puede seguir disponiendo de ellos en segundas o terceras transmisiones. Por el contrario, una segunda transmisión quien podrá realizarla será el que compró a la junta o el que adquirió de ella por virtud de la compensación, con lo que queda demostrado que la junta de compensación no puede realizar más que las primeras transmisiones. Esta imposibilidad legal de seguir disponiendo sucesivamente de un bien ya enajenado se

debe al carácter absoluto del derecho de propiedad, que no tolera la coexistencia de dos titularidades antagónicas sobre un mismo bien. Cosa distinta ocurre con algunos derechos privados de contacto posesorio con la cosa objeto del derecho. Es el caso del derecho de hipoteca, que permite al propietario constituir sucesivos gravámenes sobre un objeto en el que detenta poder dominical.

El artículo 124 de la Ley del Suelo define el sistema de compensación diciendo que es «aquel en que los propietarios de terrenos de uno o varios polígonos se unen con fines de urbanización y, en su caso, de edificación, con solidaridad de beneficios y cargas, bajo una gestión común, a cuyo efecto constituirán una junta de compensación con personalidad propia y plena capacidad jurídica».

RODRÍGUEZ MORO explica que en el sistema de compensación todos los terrenos afectados vienen a formar como una masa común y quedan a las resultas de gestión urbanística, soportando sus cargas y recibiendo los beneficios que se obtengan como consecuencia de dicha gestión.

GONZÁLEZ PÉREZ sostiene que la nota esencial del sistema es la incorporación de los terrenos a la gestión común (2). «Y como esta gestión se confía a la junta de compensación, con personalidad propia, el primer problema que se plantea es el de si la incorporación de los terrenos de los propietarios supone necesariamente la transferencia de la propiedad a la junta.»

«Teniendo ésta personalidad jurídica distinta de la de quienes la componen y siendo su finalidad la 'gestión común', vinculados o incorporados los terrenos, puede pensarse en seguida en las formas societarias civiles o mercantiles, en las que 'poner en común' ciertos derechos significa hacer titular de ellos a la nueva personalidad que contractualmente surge.»

«Sin embargo, la duda se plantea en seguida: ¿es absolutamente necesario que esta 'incorporación' (o 'vinculación') a la gestión común de los terrenos represente la transferencia de su propiedad desde los individuos a la junta?... La finalidad de ésta (gestionar en común la urbanización) no requiere necesariamente que adquiera la propiedad de los terrenos urbanizables, sino sólo que ejerza sobre ellos facultades que sean suficientes para lograr aquel fin. Y al apercibirnos de ello, el criterio de la instrumentalidad, del equilibrio, se nos impone: salvo que la ley lo diga expresamente, no hay por qué pensar en la necesidad del cambio de titular dominical, puesto que sin él pueden hallarse medios suficientes para que la junta cumpla su finalidad. Y la indagación atenta de las palabras de la ley nos lleva muy pronto a la comprobación de que ninguna de ellas impone expresamente aquel cambio de titularidad, y algo más tarde incluso a la

(2) GONZÁLEZ PÉREZ. *Comentarios a la Ley del Suelo*.

conclusión contraria: la de que tal cambio de titularidad no existe. Se trata del artículo 128, párrafo 1, de la Ley del Suelo, al sancionar el incumplimiento por parte de los propietarios de los compromisos que hubieran contraído con la expropiación mediante el pago del 75 por 100 de su valor inicial más el importe de las obras de urbanización abonadas por el propietario.»

«Parece claro que el precepto se refiere a los propietarios que habiéndose incorporado a la junta incumplan las obligaciones contraídas al hacerlo; es claro que la sanción que se les impone es la de expropiarles sus terrenos. Parece necesario, pues, concluir que tales terrenos siguen siendo suyos y no de la junta, que si suyos fueran no podría expropiarlos. Y así vino a confirmarlo el artículo 40, párrafo 2, del Reglamento de Reparcelaciones, con arreglo al cual las entidades a que se refieren los artículos 125 y siguientes de la Ley del Suelo no adquieren necesariamente la titularidad dominical sobre los terrenos de los propietarios a ella incorporados. Pueden adquirirla por pacto expreso, pero sólo mediante él» (3).

Las juntas de compensación son personas jurídicas. Su capacidad viene minuciosamente proclamada en el artículo 40 del Reglamento de Reparcelaciones, según el cual «podrán adquirir, poseer y enajenar los bienes de su patrimonio conforme a este Reglamento. Las entidades de compensación actuarán como fiduciarias, con poder dispositivo sobre las fincas pertenecientes a los asociados incluidos en la zona».

GONZÁLEZ PÉREZ, siguiendo a NÚÑEZ RUIZ, las califica de corporaciones administrativas de base asociativa.

* * *

Como consecuencia de todo lo que antecede y ante la imprecisión de los textos tributarios sucesivos, tanto el Impuesto de Derechos Reales como el Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones, creemos que, con referencia a los cánones de actuación de las juntas de compensación, deben sentarse las conclusiones fiscales siguientes:

1.^a Que lo que está exento, pues así lo proclama expresamente el número 36 del artículo 65 del Texto Refundido del Impuesto, que constituye la norma vigente en la materia, es la primera transmisión de terrenos que realicen las juntas. Es decir, se trata de operaciones jurídicas en las que la junta aparece como transferente, figurando como adquirentes

(3) En el mismo sentido, NÚÑEZ RUIZ, *Derecho urbanístico español*, Madrid, 1967, pág. 313, al decir que con la incorporación de los terrenos se concede a la Junta «una especie de mandato común de carácter representativo», y CARCELLER FERNÁNDEZ en el *Régimen de las entidades urbanísticas colaboradoras según el Reglamento de Reparcelaciones*, «RDU», 1967, núm. 2, pág. 60.

7

finales los mismos propietarios que se unieron inicialmente para constituir las juntas de compensación. Así hay que entender la frase «primera transmisión de terrenos por el sistema de compensación realizada por las juntas de tal nombre». En la locución entrecomillada resulta superflua la alusión al objetivo ordinal «primera». Ya lo anticipábamos más arriba. La transmisión que realicen las juntas, una vez concluida la urbanización, tiene que ser precisamente a favor de los socios aportantes por exigencias de la institución comentada y porque tales disposiciones, en beneficio de los primitivos propietarios asociados, son las únicas que se realizan «por el sistema de compensación». Si las juntas pudieran hipotéticamente enajenar terrenos en favor de terceras personas ajenas al pacto fundacional de la junta, estas transmisiones serían ventas, permutas, disposiciones que seguirían los moldes normales del Código civil, pero que no tendrán que discurrir por los cauces específicos del «sistema de compensación». Con esta compensación se transmite a los propietarios agrupados en la junta, y después de finalizada la urbanización, algo que pesa tanto, que proporcionalmente equivale, con la infraestructura agregada, a lo que inicialmente ellos trajeron a la masa común de bienes.

2.^a JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, en sus *Comentarios a la Ley del Suelo*, mantiene un criterio favorable a la exención, expresado en los términos literales que transcribimos a continuación:

«Lo que queda claro es que al hablar la Ley de Reforma Tributaria y el Texto Refundido en la Ley del Impuesto de que queda exenta la primera transmisión que realicen las juntas», es posible pensar que ya no está exenta la adquisición por las juntas de los terrenos.

Ahora bien, la interpretación contraria cuenta con decisivos argumentos, en cuanto que «la asociación mixta en su gestión habrá de proceder necesariamente del modo siguiente:

a) Cediendo gratuitamente determinados terrenos, como sucederá con los viales, parques y jardines y, en general, todos los espacios públicos.

b) Enajenando, por subasta o concierto directo, los terrenos susceptibles de edificación complementaria, tales como institutos, teatros, zonas deportivas, etc.

c) Atribuyendo el resto de los terrenos edificables ya urbanizados a los componentes de la junta en pago precisamente de las cuotas aportadas».

Y éstas serán normalmente las primeras enajenaciones que la junta realice, de las cuales las enunciadas en a) están exentas del impuesto en virtud del artículo 146, número 32, de la Ley de Reforma Tributaria, y del artículo 65, número 31, del Texto Refundido del Impuesto, y las enunciadas en c) lo están en virtud, respectivamente, de los números 34 y 33 de los propios artículos y textos legales. Todas ellas, pues, están

exentas por números distintos del que interpretamos, y entonces, ¿cuál sería la finalidad de este número si hubiera de interpretarse en el sentido de que está exenta la primera enajenación por la junta de los terrenos?... ¿Eximir no ya las enajenaciones numeradas en b), sino las que se realicen con cualquier otro fin, no sólo urbanístico, sino incluso antiurbanístico (y aun antisocial), con tal que sea la primera enajenación del terreno de que se trate?...

Las reglas de la hermenéutica legal exigen, en efecto, que el número 37 del artículo 146 de la Ley de Reforma Tributaria y su equivalente, del Texto Refundido del Impuesto, se interpreten en el sentido de la exención, pese a su desafortunada redacción.

3.^a Conforme al artículo 128 de la Ley del Suelo, la junta podrá expropiar los terrenos, si los propietarios incumplen las obligaciones que hubieren contraído, mediante pago del 75 por 100 de su valor inicial más el de las obras de urbanización abonadas por el interesado.

Cuando la junta haga uso de esta facultad, que le confiere el artículo 118, ello se traducirá en la adquisición de unas parcelas de forma definitiva por dicha junta. Estas adquisiciones, conforme a las declaraciones de la legislación vigente, también estarán sujetas al impuesto, por cuanto lo único que se exime del artículo 65 son las transmisiones realizadas por la junta y no las adquisiciones verificadas por ella.

* * *

Antes nos hemos referido al supuesto hipotético de que pretendiera aplicarse por una determinada oficina liquidadora la sinonimia fiscal establecida en el número 2 del artículo 57 del Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, según el cual «la división material de bienes poseídos pro indiviso se estimará como disolución de sociedades cuando hayan sido adquiridos a título oneroso».

Pero en el supuesto que nos ocupa podría pretenderse aplicar esta norma a la adjudicación de terrenos que realice la junta de compensación a favor de los distintos propietarios. Sin embargo, creemos que este criterio sería inaplicable porque en ningún momento los diferentes dueños han dejado de ser titulares jurídicos de las fincas aportadas al proceso reparcelador, y la división de bienes poseídos pro indiviso significa que es uno de los modos característicos y tal vez el más normal de disolver una comunidad de bienes. Por tanto, si no ha existido comunidad, mal podrá pretenderse liquidar la disolución de una comunidad inexistente. En este mismo sentido se pronuncia GONZÁLEZ PÉREZ, quien considera que los diferentes propietarios continúan siendo dueños de las fincas aportadas al sistema de compensación desde el momento en que si incumplen

las obligaciones que les corresponden, las juntas podrán expropiarlos sus fincas, y si los pueden expropiar las fincas quiere decir que no constituyen patrimonio propio de la junta, porque no es lógico pensar en la expropiación de bienes propios.

Como vemos, el Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones es más generoso en cuanto a la tributación de la disolución de sociedades que para declarar sujetos los actos constitutivos de las mismas. Porque en el número 2, el artículo 57 se sujeta a la división material de bienes poseídos pro indiviso, sin tener en cuenta cuál haya sido el tipo de comunidad al que pertenezcan ni el título constitutivo del mismo. Sin embargo, el número 2 del apartado 1 de este mismo artículo 57 no sujeta en el momento constitutivo a todo tipo de comunidades de bienes, sino (tratándose de las comunidades creadas por actos *inter vivos*) a aquellas situaciones de copropiedad que surjan exclusivamente para la explotación de negocios mercantiles e industriales.

* * *

También anteriormente hemos estudiado el problema de las reparcelaciones obligatorias, porque son las únicas en que las enajenaciones subsiguientes gozan de exención del impuesto. Podrá desprenderse que una reparcelación ha tenido carácter obligatorio, si así resulta del estudio conjuntado de varios preceptos, unos de la Ley del Suelo y otros del Reglamento de Reparcelaciones. Por ejemplo, es interesante el artículo 38, según el cual la constitución de las entidades mixtas de compensación será obligatoria cuando, a su vez, se declare obligatoria la reparcelación. Los artículos 80, 124 y concordantes de la Ley del Suelo prevén esta amalgama de situaciones, en la que se interfieren los procesos de reparcelación y la existencia de juntas o asociaciones de compensación. También el artículo 38 del Reglamento de Reparcelaciones alude a las juntas de compensación cuyo objeto sea practicar la reparcelación de los terrenos y todas las operaciones relacionadas con la urbanización.

El hecho de que las reparcelaciones se hayan encauzado a través de una asociación mixta nos hace pensar también en la obligatoriedad del proceso, que estamos examinando en el artículo 126 de la Ley del Suelo, según el cual cuando la iniciativa del proyecto de compensación fuera del Ayuntamiento o de los órganos urbanísticos podrán constituir con los propietarios una asociación mixta sobre las bases propuestas por el Ayuntamiento.

* * *

Corroborar el hecho de que las fincas siguen perteneciendo a los propietarios que se agrupan la expresión literal del apartado 3 del artículo 40 del Reglamento de Reparcelaciones, según el cual las entidades de compensación actuarán como fiduciarias con poder dispositivo sobre las fincas *pertenecientes a los asociados* incluidas en la zona.

JOSÉ MENÉNDEZ HERNÁNDEZ
Registrador de la Propiedad

Algunas reflexiones sobre la revocación de la mejora hecha en capitulaciones matrimoniales

El artículo 827 del Código civil establece que «la mejora, aunque se haya verificado con entrega de bienes, será revocable, a menos que se hubiera hecho por capitulaciones matrimoniales o por contrato oneroso celebrado con un tercero». Este precepto se encuentra sistemática y coherentemente conectado con el recientemente modificado artículo 1.320, que establecía que «después de celebrado el matrimonio no se podrán alterar las capitulaciones otorgadas antes, ya se trate de bienes presentes, ya de bienes futuros».

La Ley de 2 de mayo de 1975 ha dado una nueva redacción al artículo últimamente expuesto, que supone una trascendental innovación de nuestros textos legales al permitir la modificación del régimen matrimonial de bienes legal o pactado. El nuevo artículo 1.320 determina que de común acuerdo entre los cónyuges es posible «modificar el régimen económico, convencional o legal del matrimonio», o sea, que se pueden pactar capitulaciones matrimoniales durante el matrimonio y revocar o sustituir las existentes.

Y entonces se nos ocurre preguntarnos, ¿la conservación de la tradicional redacción del artículo 827 obedece a una razón especial que impide la revocación de la mejora hecha en capitulaciones matrimoniales, aunque éstas se revoquen (supuesto similar al del art. 741 sobre reconocimiento de hijos ilegítimos en testamento), o se trata de una omisión involuntaria del legislador?, y en este caso se abre un nuevo interrogante, ¿es revocable o no la mejora hecha en capitulaciones matrimoniales? Para contestar a estas preguntas es necesario indagar cuál es la *ratio legis* de la prohibición mencionada.

Como observa LACOSTE (1), mientras las ventajas legitimarias tuvieron su origen en un acto de última voluntad, su carácter revocable no ofrecía duda; pero esto terminó en el siglo XVI, cuando las Leyes de Toro admitieron las mejoras contractuales, con lo que aparecieron muchas excepciones al principio de la revocabilidad, que quedaba esencialmente a salvo.

Pero hay ocasiones en que la mejora debe tener un carácter definitivo porque los intereses en juego son demasiado importantes para que un súbito cambio de voluntad los altere, y es entonces cuando el legislador ha de pensar en algún medio para mitigar el principio de revocabilidad. La Ley XVII de Toro establece que «las mejoras serán siempre revocables, a menos que en dicha mejora, habiendo sido hecha por actos entre vivos, no hubiese sido entregada la cosa o cosas por el padre o la madre a la persona beneficiaria o a su apoderado, que se haya hecho ante Notario por escritura pública o que el contrato no se hubiera celebrado a título oneroso con un tercero, como en el caso de matrimonio u otro análogo. Entonces ordenamos que dicho tercio de mejora no pueda ser revocado, a menos que quien lo ha hecho se haya reservado en el contrato el derecho de revocarlo o a consecuencia de una causa por la que según las leyes del reino las donaciones perfectas y legítimas puedan ser revocadas».

De este texto resulta la regla general de revocabilidad, de la que es una excepción la mejora hecha por acto a título oneroso celebrado con un tercero, como, por ejemplo, el caso de matrimonio. En este supuesto, la mejora no es una liberalidad, sino un acto a título oneroso, un contrato sinalagmático que ninguna de las partes puede anular por su sola voluntad. En el supuesto del matrimonio, los intereses en juego son demasiado importantes para que se deje la firmeza del pacto concertada a capricho o cambio, aunque sea razonado, de la voluntad del mejorante. Pero la mejora será revocable cuando el mejorante insertó en el contrato una cláusula reservándose este derecho.

El Código civil tomó su doctrina, salvo en dos puntos, de las Leyes de Toro, ya que suprime la irrevocabilidad por entrega de bienes y se refiere a la entrega ante Notario y por escritura pública. Las excepciones que mantiene son las referentes a la mejora en capitulaciones matrimoniales y en contrato oneroso celebrado con un tercero. La coincidencia entre las Leyes de Toro y el Código es, pues, prácticamente muy importante, pero discrepan en cuanto que el último no admite la cláusula voluntaria que excluya la irrevocabilidad, ya que no hace alusión a semejante cosa.

(1) *La mejora*. Hijos de Reus, editores; Madrid, 1913, págs. 274 y ss.

Puede pensarse que la irrevocabilidad de la mejora, según el artículo 827, deriva del hecho de tratarse de una manifestación de la sucesión contractual; que la mejora, en el supuesto que contempla, es irrevocable porque tiene como causa una contraprestación de la otra parte. Esta interpretación, sin embargo, unifica la solución de dos cuestiones con diferentes supuestos. Es evidente que la mejora realizada en contrato oneroso celebrado con un tercero constituye una manifestación de la sucesión contractual y los contratos son obligatorios (arts. 1.261, 1.258...); en este caso, la mejora podrá extinguirse con el consentimiento de todos los otorgantes, pero no revocarse (entendiendo por revocación el acto unilateral que provoca la extinción de un derecho en virtud del cambio de voluntad del otorgante o disponente); mas éste no es nuestro problema ahora y no insistiremos sobre el mismo. Lo único que queremos resaltar es que la irrevocabilidad de las mejoras por contrato tiene una causa distinta de la irrevocabilidad de las mejoras realizadas en capitulaciones, y en este segundo supuesto la causa se halla en la tradicional irrevocabilidad de las capitulaciones matrimoniales y en nada más.

La mejora es en nuestro Derecho una institución típica de la sucesión *mortis causa* que se ordena como norma general en testamento, o sea, que es un acto unilateral y esencialmente revocable. La mejora contractual es una excepción y su irrevocabilidad deriva de la irrevocabilidad unilateral del contrato. Las capitulaciones matrimoniales son un contrato de bienes con ocasión del matrimonio, luego la mejora hecha en ellos será revocable en la misma medida en que lo son las capitulaciones. Como los actuales artículos 1.319, 20 y 21 admiten la modificación de las capitulaciones por mutuo acuerdo de los cónyuges mayores de edad, ya no se debía hablar de la irrevocabilidad de la mejora en las capitulaciones matrimoniales y debiera haberse modificado este precepto en la Ley de 2 de mayo de 1975. Esperamos que el legislador aclare esta cuestión en las reformas que se avecinan.

Pero tal y como están hoy las cosas, ¿sería revocable actualmente la mejora hecha en capitulaciones matrimoniales? Efectivamente, con una interpretación literal sería irrevocable, porque el artículo 827 contiene una norma imperativa, y el artículo 6, 3.º, determina que los actos contrarios o normas imperativas o prohibitivas son nulos de pleno derecho. No obstante, con una interpretación espiritualista, ¿cabría llegar a una solución distinta, más de acuerdo con la nueva regulación de las capitulaciones matrimoniales, y admitir la revocación de la mejora hecha en ellas en la medida que éstas fueran revocables? Veamos si es posible.

El artículo 3, 1, del nuevo título preliminar del Código determina que las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la

realidad del tiempo en que hayan de ser aplicados, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllos. Examinando el artículo 827 a la luz de esta norma resulta que la palabra que aparece como fundamental es la de «revocación».

De revocación se puede hablar en sentido amplio y también en sentido estricto. En sentido amplio es igual a nulidad, rescisión o resolución. En sentido estricto supone la extinción de un derecho perfecto, con todos los requisitos para existir como derecho válido por una causa sobrevenida con posterioridad a su formación e incierta (condición, pacto de retro, revocación de donaciones por ingratitud o supervivencia o superveniencia de hijos). Para FUENMAYOR es la extinción de un derecho por el cambio de voluntad del transmitente mediante el ejercicio de una potestad reconocida por la ley (2). Es evidente que al referir el artículo 827 la palabra revocación a las capitulaciones matrimoniales y a los contratos onerosos celebrados con un tercero excluye toda posibilidad de aplicación a estos casos del concepto estricto, pues éste sólo es aplicable a los supuestos de cumplimiento de condición o de *condictio juris* (art. 644), que dada su especialidad se hallan fuera de los que contempla, y a aquellos en que la extinción del derecho se produce por un cambio de la voluntad del disponente, o sea, por voluntad unilateral apoyada en un precepto legal supuesto inaplicable a los contratos (y las capitulaciones lo son), ya que el artículo 1.256 dice que la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes. Luego el artículo 827 utiliza la palabra «revocación» en sentido amplio, equivalente a resolución cuando se refiere a las capitulaciones y los contratos. Pero también resulta evidente que cuando dice que «la mejora, aunque se haya verificado con entrega de bienes, será revocable...», se está refiriendo a la revocación unilateral. O sea, que la mejora es revocable unilateralmente, como regla general; mas en caso de que se haga en capitulaciones matrimoniales o contrato oneroso con un tercero no será unilateralmente revocable, sino resoluble en la medida que lo sean las capitulaciones o los contratos. Es decir, será resoluble por acuerdo de todos los contratantes.

Creemos que la referencia que el Código hace a capitulaciones y contratos deriva del hecho de ser distinta, antes de la Ley de mayo de 1975, la causa de la irrevocabilidad, que en las primeras era la imposibilidad de modificar las capitulaciones después de celebrado el matrimonio, lo que supone una prohibición legal muy específica, y en los segundos, la imposibilidad de alterar el contenido de los contratos unilateralmente

(2) CONFER, *Le revocación de la propiedad*, Ed. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1942.

sin intervención de todas las partes. Actualmente, dado que los cónyuges, de común acuerdo y, en su caso, con intervención de las personas a que se refiere el artículo 1.319, pueden modificar las capitulaciones matrimoniales, ya no existe, a este respecto, diferencia entre capitulaciones y contratos, y el primer supuesto está contenido en el segundo, por lo que sería conveniente, para evitar erróneas interpretaciones, que el legislador suprimiese el concepto de capitulaciones matrimoniales del artículo 827, que podía quedar redactado así: «La mejora, aunque se haya verificado con entrega de bienes, será revocable, a menos que se hubiera hecho por contrato oneroso celebrado con un tercero.»

CELESTINO A. CANO TELLO
Profesor adjunto de Derecho civil

VIDA JURIDICA



El Instituto Español de Derecho Foral

ANTECEDENTES

1. El movimiento codificador español sufrió un cambio radical en 1946, al celebrarse el «Congreso Nacional de Derecho Civil» en Zaragoza. En el mismo se procedió a declarar la realidad incuestionable de las legislaciones llamadas forales, a descartar el sistema de los Apéndices al Código civil y a sentar las bases de un proceso legislativo tendente a la elaboración de un Código general de Derecho civil.

Dicho proceso tendría como primera fase la compilación de las instituciones forales, para pasar luego a un período de divulgación, estudio y vigencia de tales compilaciones. Vendría después una labor colectiva de investigación de las fuentes jurídicas hispánicas y estudio de las instituciones vivas. Seguidamente se promulgaría una ley general para la resolución de los conflictos interregionales. Y, finalmente, se reuniría un nuevo «Congreso Nacional de Derecho Civil» para examinar la forma y carácter del futuro Código general de Derecho civil.

Todo este cuidadoso proceso va cumpliéndose muy poco a poco, hasta el punto de que todavía hoy—a treinta años de tal fecha—nos hallamos inmersos en la fase primera del mismo.

2. Sin embargo, el conocimiento recíproco de todos los ordenamientos civiles españoles es fundamental y, sobre todo, decisivo para evitar el grave error de los legisladores de 1888 al redactar el Código civil, que desconoció por ignorancia la verdadera tradición jurídica española.

La culminación del movimiento compilador de las instituciones forales nos ha suministrado bases suficientes para un total y actualizado conocimiento de los actuales Derechos civiles hispánicos, pudiendo los civilistas españoles estudiar tales ordenamientos con idénticos criterios científicos que los usualmente utilizados para el estudio de cualquier

Código civil. Pero los esfuerzos individuales en pro de ese postulado recíproco conocimiento de nuestros Derechos civiles podían ser mucho mejor canalizados a través de un organismo aglutinante de todos los afa-nes de intercambio de conocimientos (PUIG FERRIOL).

3. Con ocasión del «II Congrés Jurídíc Català de 1971»—no terminado todavía el movimiento compilador de los Derechos forales—, se propuso por su sección 1.ª, en la conclusión 44, con gran visión de futuro, que «se recomienda el estudio comparativo de los diversos Derechos territoriales y de la interrelación de sus principios e instituciones, así como de sus diferencias. Para ello sería de gran utilidad que los organismos más directamente afectados en las diversas regiones acometieran la empresa de fundar un 'Instituto de Derecho Comparado Interregional'».

Esta sugerencia encontró una favorable acogida entre destacados juristas españoles y, sobre todo, en las regiones con un ordenamiento civil especial y propio.

4. La idea embrionaria empezó a tomar cuerpo en las denominadas «Jornadas de Derecho Foral» celebradas en Jaca a finales de agosto de 1972, con asistencia de un importante grupo de juristas provenientes de las más diversas regiones españolas. En dicha reunión se aprobó por aclamación una resolución, en sesión del 30 de agosto de 1972, que decía así: «Comprobando la existencia de antiguas aspiraciones a la creación de un organismo dedicado al estudio, comparación y promoción de los Derechos civiles respectivos, así como a velar por lo que es interés común, aspiraciones que últimamente estuvieron a punto de materializarse por iniciativa del 'Congreso Jurídico Catalán', y estimando que la creación de tal organismo es muy conveniente e incluso necesaria, así como la actual existencia de estudiosos de los diversos Derechos territoriales en toda España permite llegar a ese resultado, ACUERDAN: Promover la creación del organismo referido, para lo cual una comisión redactará, recogiendo las aspiraciones e ideas expuestas en la reunión, un proyecto de estructura y estatutos, explicado y razonado, que cursará a las comisiones regionales. Habrá asimismo una comisión de los territorios de Derecho común, compuesta por juristas interesados por el Derecho foral.»

La comisión nombrada redactó un proyecto de estructura y estatutos de este incipiente «Instituto de Derecho Foral». Dicho proyecto fue objeto de un primer examen y estudio con ocasión del «I Congreso de Derecho Gallego», celebrado en La Coruña los días 27-28 de noviembre de 1973. Tras las sugerencias y modificaciones experimentadas por el proyecto, y las sucesivas reuniones de los ponentes con otros juristas foralistas, se llegó al acuerdo de que la formulación definitiva en legal forma se haría en Zaragoza en el mes de diciembre de 1973.

FUNDACION DEL INSTITUTO

1. En la reunión celebrada en Zaragoza el 15 de diciembre de 1973, por acta notarial número 1.478 del protocolo del Notario de Zaragoza don Leonardo Camón Aznar, se hizo constar por el mismo: la reunión celebrada en el domicilio del «Consejo de Estudios de Derecho Aragonés» de los juristas de Derecho foral y común para deliberar y, en su caso, constituir una asociación; se incorporaba al acta la lista del grupo fundador; expresión de cualquier mención relevante; protocolizar el acta administrativa levantada por el Consejo reflejando el contenido de la reunión, y un ejemplar auténtico de los Estatutos que se revisen y, en su caso, se aprueben. El requerimiento practicado al Notario autorizante lo fue por don José Lorente Sanz, en su calidad de Presidente del «Consejo de Estudios de Derecho Aragonés». El acta lleva como documentos protocolizados varios anexos: el de la relación de los miembros fundadores, el de la relación de otros miembros fundadores representados, el acta administrativa de la reunión y los Estatutos del Instituto Español de Derecho Foral.

2. El Instituto, constituido bajo la forma jurídica de una Asociación, vio reconocidos la licitud y determinación de sus fines por la Dirección General de Política Interior, siendo visados y aprobados sus Estatutos por Resolución del Ministerio de la Gobernación con fecha 19 de diciembre de 1974.

Son *fin*es del Instituto, según el artículo 2.º de sus Estatutos, «el estudio, investigación, perfeccionamiento y desarrollo de los Derechos forales y la difusión del conocimiento de los mismos, ya de cada uno en particular, ya en comparación entre sí y con el Código civil; el estudio del Derecho interregional, y velar por los intereses propios de los distintos ordenamientos del país».

El *ámbito territorial de su actuación*, según el artículo 4.º de los Estatutos, alcanza a toda la nación, con SECCIONES del mismo en Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra. Vizcaya y territorio de Código civil.

El Instituto puede establecer «delegaciones» en cualquier lugar de España y del extranjero cuando así lo acuerde y constituir nuevas secciones.

El *domicilio* del Instituto, según el artículo 4.º, 1.º, es concretado así: «En atención a las circunstancias que en ella concurren, se fija la ciudad de Jaca como domicilio de la Asociación, en la sede de la Universidad de Verano, calle de la Universidad, número 3, donde se establece la Secretaría general. La oficina permanente, a efectos de administración interna y correspondencia del Instituto, radica en el lugar y sede de la del 'Con-

sejo de Estudios de Derecho Aragonés', en la ciudad de Zaragoza, actualmente calle de Don Jaime I, número 18. Todo ello sin perjuicio de la utilización de otros lugares, según las circunstancias lo requieran, a juicio de la Junta Directiva.»

3. Aprobada la Asociación por la autoridad competente, se procedió en la primavera de 1975 a celebrar una reunión, que tuvo lugar en la ciudad de Huesca. En ella se dio cuenta del hecho de la aprobación gubernativa y se acordó celebrar la Asamblea inaugural del Instituto para finales del mismo año 1975 en la ciudad de Pamplona.

4. A lo largo del año 1975 se fueron constituyendo en cada uno de los territorios considerados como forales y en la sección llamada «territorios de Código civil» las respectivas COMISIONES. Todas ellas funcionaron con carácter provisional hasta su definitiva aprobación en la que sería Asamblea inaugural del Instituto.

I ASAMBLEA GENERAL (INAUGURAL) DEL INSTITUTO ESPAÑOL DE DERECHO FORAL

La organización de las denominadas «Primeras Jornadas del Instituto Español de Derecho Foral» estuvo a cargo de los juristas de Navarra, que tuvieron la colaboración entusiasta y eficazísima de la Excm. Diputación Foral de Navarra y de la Universidad General de Navarra. Estas jornadas inaugurales del Instituto se celebraron en Pamplona durante los días 27 al 30 de noviembre de 1975 y su organización fue impecable, comprendiendo no sólo las actividades propiamente organizativas del Instituto, sino también otras científicas, además de actos culturales, etc.

En el aspecto organizativo, la constitución formal de la I Asamblea General del Instituto tuvo lugar el día 28 de noviembre en el espléndido marco del salón de actos del Museo de Navarra. Iniciada la sesión con unas palabras del Presidente de la «Comisión Gestora» del Instituto, señor Martín-Ballester y Costea, a continuación el Secretario de la misma, señor Nagore, dio lectura a los diversos antecedentes del Instituto y a determinados artículos de los Estatutos. Seguidamente se procedió, por un representante de cada una de las secciones del Instituto, a dar cuenta de la composición provisional de sus respectivas juntas directivas y de la serie de actividades desarrolladas. Publicados los nombres de los miembros directivos de cada SECCION del Instituto, con un total de 49, éstos—presentes o con la debida representación—procedieron, constituidos en «Junta Directiva» del Instituto conforme a los Estatutos, a efectuar la correspondiente votación para elegir la *Comisión Ejecutiva* del Institu-

to, resultando elegidos los siguientes señores: Presidente, don Luis Martín-Ballester y Costea; Vicepresidente, don Luis Puig Ferriol; Secretario, don Javier Nagore Yáñez; Vicesecretario, el que lo sea del «Consejo de Estudios de Derecho Aragonés», hoy don Jesús Bergua Camón; Tesorero, don Juan María Vidarte de Ugarte; Director de Estudios, don José Luis Lacruz Berdejo; Director de Publicaciones, don Juan García-Granero Fernández; Vocales, don Jesús María Álvarez Carvallo, don Adrián Celaya Ibarra, don José Cerdá Gimeno, don Francisco Fernández-Villavicencio y Arévalo, don Gabriel García Cantero, don Manuel Gitrama González, don Manuel Iglesias Corral, don Miguel Masot Miquel, don Jesús de Oleaga y Echeverría y don Alvaro d'Ors Pérez-Peix.

En el terreno científico, la ponencia oficial redactada para estas Jornadas estuvo a cargo del Profesor E. PECOURT GARCÍA, con el título de «El nuevo sistema español de Derecho interregional». A la lectura resumida de la ponencia siguieron diversas intervenciones de los asambleístas y se presentaron un buen número de comunicaciones a la misma. También en este terreno científico es muy de señalar la aparición del volumen I del *Anuario de Derecho Foral*, publicado bajo el patrocinio y financiación de la Excma. Diputación Foral de Navarra, que desempeñará la función de órgano de difusión de las actividades del Instituto Español de Derecho Foral y en cuyo Consejo de Redacción se integran juristas de las distintas regiones forales. Por la importancia de su contenido, lo resumimos aparte.

El índice de este primer volumen del *Anuario de Derecho Foral* contiene los siguientes trabajos: Presentación; «Semblanza de Juan Santa-maría Ansá», por JOSÉ ARREGUI GIL; «¿Cómo ha de entenderse la unidad en nuestro Ordenamiento jurídico civil?», por ANTONIO MARÍA DE ORIOL Y URQUIJO; «Las fuentes del Derecho según Santo Tomás de Aquino»; por JUAN VALLET DE GOYTISOLO; «El Notario, las obligaciones y los contratos en el Fuero Nuevo de Navarra», por JAVIER NAGORE YÁÑEZ; «Los derechos del hijo adoptivo en la herencia del adoptante después de la reforma del Código civil por la Ley de 4 de julio de 1970», por FRANCISCO PALÁ MEDIANO (†); «'Fuero Viejo' y 'Fuero Nuevo' de Navarra», por JUAN GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ; «La familia foral navarra», por FRANCISCO SALINAS QUIJADA; «La mujer y la filiación extramatrimonial», por GABRIEL GARCÍA CANTERO; «Determinaciones accesorias de la voluntad en los actos *mortis causa*», por JOSÉ ANTONIO DORAL; «El contrato sucesorio en el Derecho foral de Mallorca: la donación universal de bienes presentes y futuros. Juicio crítico de la institución», por MIGUEL MASOT MIQUEL; «La sustitución pupilar en el Derecho civil de Cataluña», por LUIS PUIG FERRIOL; «La troncalidad en Vizcaya», por ADRIÁN CELAYA IBARRA; «Apuntes sobre las obligaciones solidarias»,

por JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO; «El fuero: pasado, presente, futuro», por JAIME IGNACIO DEL BURGO TAJADURA.

En el período de ruegos y preguntas de esta I Asamblea General se reiteró la petición de considerarse como «región foral» a Valencia y se solicitó la institucionalización de las «comisiones compiladoras forales».

Las conclusiones de estas Primeras Jornadas del Instituto fueron redactadas por una «comisión de jornalistas», se propusieron a la Asamblea General para su aprobación y se leyeron en la sesión de clausura de las mismas. El texto íntegro de tales *conclusiones* es como sigue:

«El Instituto Español de Derecho Foral, al finalizar sus Primeras Jornadas en la ciudad de Pamplona, ha acordado formular, como resultado de su Asamblea y de las sesiones de trabajo, las siguientes *conclusiones*:

1.^a Expresar su agradecimiento a la Excma. Diputación Foral, así como a la Universidad de Navarra y a las demás corporaciones e instituciones que han colaborado a la celebración de estas Jornadas.

2.^a Agradecer a la Excma. Diputación Foral de Navarra haber ofrecido las páginas del *Anuario de Derecho Foral* como medio de publicación de los trabajos del Instituto, de modo que aquel *Anuario*, sin vinculación entre la Diputación y el Instituto, pueda ser, de hecho y sin compromiso, un órgano de expresión para el Instituto.

3.^a Aceptar y agradecer el ofrecimiento del señor Vallet de Goytisolo, que dijo estar dispuesto a hacer las gestiones necesarias para encontrar una sede y facilitar así la celebración de las Segundas Jornadas del Instituto, que la Asamblea acuerda tengan a finales de 1976 o principios de 1977, en Madrid.

4.^a Aceptar el ofrecimiento del Presidente del Instituto para tener una reunión en el verano de 1976 en la ciudad de Jaca, domicilio social del Instituto.

5.^a Encomendar a la 'Comisión Ejecutiva' y a las secciones del Instituto el estudio del tema que ha sido ponencia de estas Jornadas, con el fin de hacer lo posible para presentar en las próximas un Anteproyecto de Ley de Conflictos Interregionales, teniendo en cuenta, entre otros, los dos siguientes criterios:

a) La necesidad de establecer un sistema propio y diferenciado del aplicable a los conflictos internacionales, y de modo especial respecto a la calificación y excepciones de orden público y de fraude a la ley.

b) La solución de los conflictos interregionales no tiene que someterse necesariamente a criterios uniformes, sino que ha de ajustarse a las exigencias de las distintas instituciones, sin perjuicio de que se establezcan principios generales con carácter supletorio.

6.^a Solicitar de los Excmos. Sres. Ministros de Justicia y Educación y Ciencia, así como demás autoridades competentes, su intervención para

que en los programas de estudio y temarios de oposiciones de las profesiones jurídicas se incluyan los Derechos forales, a fin de lograr que aquellos profesionales tengan un adecuado conocimiento de las normas que deben aplicar.

7.^a Solicitar del Excmo. Sr. Ministro de Justicia la reforma para la institucionalización de las 'Comisiones Compiladoras de los Derechos Forales o Especiales' en los territorios que no las tengan establecidas en la actualidad.

8.^a Solicitar, finalmente, del Excmo. Sr. Ministro de Justicia la reforma del vigente Reglamento Notarial, en el sentido de que en las escrituras públicas se exprese, en todo caso, la nacionalidad y la vecindad civil de los otorgantes, así como el régimen económico-matrimonial al que los mismos se hallaren sujetos, y al propio tiempo hacer la congruente reforma de la legislación hipotecaria y de las del Registro Civil.»

II ASAMBLEA GENERAL DEL INSTITUTO ESPAÑOL DE DERECHO FORAL

La reunión de la II Asamblea General del Instituto Español de Derecho Foral figuraba entre la serie de actos comprendidos dentro de las denominadas «Jornadas de Derecho Foral», que se han celebrado en la ciudad de Jaca (Huesca), sede social del Instituto, durante los días 28 al 31 de agosto de 1976.

La organización ha corrido a cargo del «Consejo de Estudios de Derecho Aragonés» (Sección Aragonesa del Instituto) y las reuniones se han celebrado en el marco de la Residencia Universitaria, sede de la Universidad de Verano de Zaragoza. Cada una de las sesiones de trabajo fue presidida por un representante de cada SECCION del Instituto.

La sesión inaugural de estas Jornadas tuvo lugar en el espléndido marco del Palacio de Congresos de Jaca, el día 28 de agosto. Tras las palabras de salutación del Presidente del Instituto, don Luis Martín-Ballester y Costea y de ofrecimiento del Alcalde de la ciudad, así como de la lectura del acta adoptando el acuerdo de celebrar en Jaca estas Jornadas por Jesús Bergua Camón, pronunció la conferencia inaugural el Notario de Zaragoza don DAVID MAINAR PÉREZ, sobre el tema «La actualidad foral y soluciones de las situaciones conflictivas interregionales».

Las actividades desarrolladas en estas Jornadas han sido, de un lado, las propias organizativas tendentes a la reunión de la II Asamblea General del Instituto y, de otro, las puramente científicas.

La II Asamblea General se celebró el día 30 de agosto, precedida por

una reunión de la «Junta Directiva» del Instituto, y los acuerdos en ella adoptados se refieren a los siguientes puntos:

- 1.º Presupuesto del Instituto y entidades colaboradoras.
- 2.º Contabilización de las altas y bajas de cada sección.
- 3.º Formación de dos «Comisiones de Trabajo» para el estudio de las ponencias de mayor interés presentadas a las Jornadas. Para el tema de las «Comisiones Compiladoras Forales» se nombra la siguiente comisión: señores Martín-Ballester, Roca Trías, Alvarez Carvallo, Nagore Yáñez, Cerdá Gimeno, Castán Vázquez y Unzueta Uzcanga. Para el tema de «Conflictos Interregionales» se nombra la siguiente comisión: señores Lacruz Berdejo, Delgado Echeverría, Pastor Ridruejo, Doral, Simó Santonja, Celaya Ibarra, Arregui, Sancho Rebullida, Gitrama, García Cantero, De los Mozos y Puig Ferriol.

4.º La reunión del Instituto a celebrar en Madrid, según acuerdo adoptado en Pamplona en 1975, podría ser en el otoño de 1977.

En el período de ruegos y preguntas, se solicitó oficialmente del Instituto sea pedido al Ministerio de Justicia el reconocimiento *de iure* de la «Comisión de Juristas de Ibiza», así como el nombramiento de un representante de Ibiza (señor Cruz Carrasco) en la «Comisión General de Codificación».

Las actividades puramente *científicas* se centraron principalmente en dos temas nucleares: el de metodología para elaboración de un Anteproyecto de Ley de Conflictos Interregionales (ponencia oficial presentada por la sección aragonesa, elaborada por los Profesores DELGADO ECHEVERRÍA y PASTOR RIDRUEJO) y el de las Comisiones Compiladoras de los Derechos Forales (comunicación presentada por el Notario don JOSÉ CERDÁ GIMENO).

La ponencia oficial fue estudiada por los periodistas y el punto más delicado y debatido fue el procedimiento de elaboración del anhelado Anteproyecto de Ley de Conflictos Interregionales: no sólo en cuanto al proceso de formación ordinario legislativo, sino también en lo referente a sistemática dentro del propio Código civil.

A la ponencia oficial se presentaron diversas comunicaciones por los señores PUIG FERRIOL («La usucapión de muebles»), MERINO HERNÁNDEZ («El retracto de abolorio») y CELAYA IBARRA («Observaciones a la ponencia oficial»).

En cierto modo complementaria, pero de técnica jurídica diferente, se leyó la comunicación elaborada por los profesores DORAL GARCÍA y SIMÓ SANTONJA y titulada «Propuesta de bases para la discusión de un Proyecto de Ley de Derecho Interregional». A ella siguieron diversas observaciones de los señores periodistas.

Respecto del punto concreto de la viudedad aragonesa hizo unas reflexiones interesantes el Notario de Madrid don SANTIAGO PELAYO HORE.

El otro gran tema debatido fue el de «Las Comisiones Compiladoras de los Derechos Forales», en la comunicación presentada por el señor CERDÁ GIMENO, que incluía un Proyecto de Reglamento Orgánico de tales Comisiones y un completo cuadro de disposiciones, como Decretos y Ordenes ministeriales a dictar por el Ministerio de Justicia.

Los dos grandes temas debatidos en estas Jornadas de Jaca serán estudiados por las dos «Comisiones de Trabajo» nombradas por la Asamblea General del Instituto, anteriormente referidas. Está previsto que cada sección del Instituto pueda designar otras personas para intervenir libremente cerca de las Comisiones nombradas.

JOSÉ CERDÁ GIMENO
Notario

JURISPRUDENCIA

I. Jurisprudencia comentada

Sentencia de la DAMA DE BAZA

SUMARIO: A. Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1976.—B. Comentario: a) Descripción de la estatua hallada. b) Legislación vigente: a') La legislación especial vigente carece de sistemática. No ha derogado el Código. c) Concepto legal de la figura descubierta. d) ¿A quién pertenece? e) Crítica de la legislación especial. f) Ejecución de la sentencia.

ARTÍCULOS 350, 351 Y 352 DEL CÓDIGO CIVIL; LEY DE 7 DE JULIO DE 1911 Y REGLAMENTO DE 1 DE MARZO DE 1912, Y LEY DEL PATRIMONIO ARTÍSTICO NACIONAL DE 13 DE MAYO DE 1933 Y REGLAMENTO DE 16 DE ABRIL DE 1936, EN RELACIÓN CON EL HALLAZGO DE LA «DAMA DE BAZA» Y OTRAS PIEZAS ARQUEOLÓGICAS. CONCEPTOS DE «ANTIGÜEDADES» Y DE «EXCAVACIÓN FRAUDULENTA». «NEMO DAT QUOD NON HABET». LAS DECLARACIONES PRELIMINARES O EXPOSICIONES DE MOTIVOS DE LAS LEYES NO PUEDEN PREVALECER FRENTE AL TEXTO ARTICULADO.

Sentencia de 22 de marzo de 1976.

A. LA SENTENCIA: *Antecedentes*.—Demandante: don Antonio Vicente Lorente Reche. Demandados: don Pedro Durán Farrell y la Administración General del Estado (Ministerio de Educación y Ciencia, Dirección General de Bellas Artes). Son hechos, que se han estimado probados, que el demandante y el demandado señor Durán otorgaron contrato privado el 19 de febrero de 1969, por el cual el primero cedió al segundo en arrendamiento por un año, que no se prorrogó, una parcela de tierra en las proximidades del conocido como Cerro del Depero, del término de Baza (Granada), en el sitio llamado «Tercios de Espinosa», para realizar prospecciones geológicas y mineras. Se convino que si daban resultado positivo, el arrenda-

tario satisfaría el 50 por 100 de lo encontrado, que se reduciría al 25 por 100 si por casualidad se hallaban objetos artísticos o arqueológicos, con derecho de adquisición preferente frente a terceros. Se abonaría, en todo caso, la suma de 40.000 pesetas, como compensación por los daños ocasionados en la finca. Una vez expirado el término del contrato, exactamente el 17 de abril de 1970, el demandado señor Durán y antiguo arrendatario compró al que había sido arrendador, don Antonio Vicente, una parcela de un terreno en la misma zona que el anterior, mediante escritura pública que se inscribió en el Registro de la Propiedad, con cabida y linderos perfectamente delimitados, donde con los necesarios permisos oficiales de la Dirección General de Bellas Artes y la pertinente dirección técnica, se iniciaron una serie de excavaciones arqueológicas adecuadas al previsto plan de trabajo, que condujeron al descubrimiento de tres necrópolis de la época romana, en una de las cuales aparecieron objetos y piezas de gran valor; excavaciones que se prolongaron más allá del límite de la propiedad de quien las hacía, ya que penetraron en la finca que continuaba siendo del dominio del recurrente, la que había sido objeto del primitivo contrato de arrendamiento. Dentro de esta finca, concretamente en la tumba señalada con el número 155, el día 21 de julio de 1971 apareció una estatua sedente de 1,50 metros de alzada, en perfecto estado de conservación, que a partir de entonces ha sido conocida como la «Dama de Baza». El 20 de enero de 1972 fue donada al Estado por su descubridor, señor Durán Farrell, quien renunció a todo derecho por una posible indemnización. La «Dama de Baza» se instaló en el Museo Provincial de Granada, y al cabo de dos meses en el Arqueológico Nacional de Madrid, donde actualmente se encuentra. De todo ello tuvo noticia, pero no participación, el propietario del terreno, que después de diversas vicisitudes demandó al descubridor y al Estado, pidiendo se declarase: Que la «Dama de Baza» fue hallada sin casualidad ni autorizaciones pertinentes en terrenos de la pertenencia y exclusiva propiedad del actor, por lo que dicho tesoro arqueológico es propiedad del citado demandante; que como consecuencia de la anterior declaración son nulas e ineficaces las disposiciones que sobre la pieza arqueológica nombrada haya realizado el demandado don Pedro Durán y concretamente la donación efectuada por el mismo en favor del Patrimonio Artístico Nacional; que se declare, respecto al demandado don Pedro Durán: a) su obligación de reintegrar al actor todos los utensilios y objetos artísticos y arqueológicos descubiertos en terrenos de éste antes de la fecha del contrato entre ambos suscrito el 19 de febrero de 1969; b) a entregar al actor el 25 por 100 de los objetos y utensilios artísticos y arqueológicos descubiertos en sus terrenos durante el tiempo de vigencia del contrato de 19 de febrero de 1969; c) a entregar al actor todos los objetos y utensilios artísticos y arqueológicos hallados en sus terrenos a partir del día 21 de febrero de 1970, fecha de terminación del contrato de 19 de febrero de 1969; d) a que, en ejecución de sentencia y ejercitando al efecto la acción *ad exhibendum*, don Pedro Durán Farrell muestre y exhiba al Juzgado los objetos arqueológicos que procedentes del campo de excavaciones arqueológicas de Baza obren en su Museo, con aportación a la autoridad judicial de los catálogos que se reclamarán del mismo; e) que en virtud de la acción de iactancia que se ejercita, formalice judicialmente la reclamación de sus derechos o se abstenga en el futuro de hacer manifestaciones acerca de la propiedad o posesión de los objetos o tesoros arqueológicos de la pertenencia del actor que se hallen comprendidos en descubrimientos efectuados en terrenos del señor Lorente Reche; declare, respecto a la Administración General del Estado, Ministerio de Educación y Ciencia: a) que la imagen arqueológica denominada «Dama de Baza», con las demás piezas halladas en la tumba número 155 y dentro del linde de los terrenos pertenecientes al actor, por ser propiedad del mismo y por consecuencia del ejercicio de la acción reivindicatoria que se formaliza en la presente demanda, deberán

ser entregadas a su propietario, don Antonio Vicente Lorente Reche, teniendo, respecto de la pieza llamada «Dama de Baza», por nula e ineficaz la donación efectuada en favor del Patrimonio Artístico Nacional por don Pedro Durán Farrell, sin perjuicio del ejercicio por la Administración de las acciones expropiatorias; b) que tras la aportación por la Administración a estos autos de los catálogos o fichas de los objetos artísticos o arqueológicos que obren en los Museos Nacionales procedentes de descubrimientos del actor, se declare la obligación a que está sujeta la Administración de devolver a su propietario los que resulten ser de su pertenencia, sin perjuicio de que en ejecución de sentencia se sujeten a la misma obligación los objetos arqueológicos en que concurran aquellas circunstancias que durante la tramitación del presente proceso pudiera adquirir para sus Museos el Patrimonio Artístico Nacional; respecto a ambos demandados, que se declare la obligación de indemnizar al actor de los daños y perjuicios que le han sido causados como consecuencia del despojo sufrido de tesoros artísticos o arqueológicos, que por haber sido descubiertos en terrenos de su propiedad son suyos con titularidad dominical y posesión exclusivas, cuyas bases se determinarán en prueba y su cuantía en ejecución de sentencia; como consecuencia de las anteriores, se condene a ambos demandados a estar, cumplir y pasar por las mismas, y al pago de las indemnizaciones que por daños y perjuicios se estimen; y, por último, imponga a los demandados que se opongan a la demanda, las costas del juicio.

El Abogado del Estado y el señor Durán se opusieron a la demanda, y el Juzgado de Primera Instancia número 7 dictó sentencia en la que declaró: Primero: Que la pieza arqueológica conocida con el nombre de «Dama de Baza» fue hallada sin casualidad ni autorización pertinente dentro de los linderos de la finca rústica propiedad del actor, don Antonio Vicente Lorente Reche. Segundo: Que son nulas e ineficaces las disposiciones que sobre la pieza arqueológica nombrada haya realizado el codemandado don Pedro Durán Farrell, y concretamente la donación efectuada por el mismo en favor del Patrimonio Artístico Nacional. Tercero: Que con respecto al codemandado don Pedro Durán Farrell, se le condena a reintegrar al actor todos los utensilios y objetos artísticos y arqueológicos en la forma expuesta en el considerando en que se examina la petición tercera de esta resolución. Cuarto: Que como consecuencia de la estimación de la acción declarativa de dominio de la pieza arqueológica «Dama de Baza» a favor del actor, don Antonio Vicente Lorente Reche—y por pertenecer dicha pieza arqueológica al Estado—, por tratarse de un objeto de interés arqueológico, procede que se indemnice al actor, condenando a la Administración por no haber indemnizado al actor, y una vez sea firme esta resolución, que previa tasación pericial, verificada por tres Peritos titulares y que reúnan las condiciones que se determinan en esta resolución, uno de los cuales podrá ser designado por el actor, se le indemnice en la mitad del valor en que se justiprecie la pieza arqueológica denominada «Dama de Baza». Quinto: Absuelvo a los dos codemandados de las demás pretensiones deducidas en su contra en el escrito de demanda. Sexto: Se condene a ambos codemandados a estar y pasar por los pronunciamientos de esta resolución, y todo ello sin expresa imposición de costas en este juicio.

La Audiencia, en apelación, desestimó la demanda y absolvió a los demandados, sin imposición de costas en ninguna instancia.

El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don José Bertrán de Heredia y Castaño, casó y anuló la sentencia de la Audiencia y dictó otra por la que confirmó en todos sus términos y por sus propios fundamentos la dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 7, sin condena en costas en ninguna de las instancias.

Los considerandos de la primera sentencia dicen así (prescindimos del primero, que contiene los hechos probados, ya expuestos):

Segundo considerando: Que en torno a los hechos relatados, las cuestiones jurídicas que han llegado a la casación se refieren, de un lado, a la denominada «Dama de Baza» y, de otro, a las demás piezas arqueológicas halladas por el descubridor—hoy recurrido—, y consisten, en definitiva, en precisar a quién corresponde la propiedad de lo hallado, el valor de la donación que dicho descubridor hizo en favor del Estado y la posibilidad de una indemnización, así como determinar, consiguientemente y en caso afirmativo, la persona a la que habría de corresponder, para cuya solución es necesario, ante todo, precisar la legislación aplicable, de la cual el punto de partida ineludible tiene que ser el contenido en el artículo 350 del Código civil, que, en consonancia con el sistema que éste consagra respecto del derecho de propiedad, dice que el propietario de un terreno «es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella y puede hacer en él las obras, plantaciones y excavaciones que le convengan..», norma que se complementa para el caso del tesoro oculto en el párrafo primero del artículo 351, en el sentido de que «... pertenece al dueño del terreno en que se hallare»; principio genérico éste que ofrece algunas especialidades—que no verdaderas excepciones de la regla general indicada—en los siguientes supuestos, con las consecuencias jurídicas que en cada uno de ellos se determina legalmente: a) en primer lugar, cuando el descubrimiento del tesoro fuese hecho en propiedad ajena o del Estado y por casualidad, la mitad se aplicará al descubridor si éste existiera—siendo la otra mitad del propietario de la tierra—, según se dice en el párrafo segundo del propio artículo 351; b) en segundo término, si los efectos descubiertos fuesen interesantes para las Ciencias o las Artes, en que, a tenor de lo dispuesto en el párrafo tercero también del artículo 351, el Estado podrá adquirirlos por su justo precio, que se distribuirá en conformidad a lo declarado, es decir, la mitad para el dueño del terreno y la otra mitad para el descubridor si existiera y el hallazgo hubiera sido casual, y c) en tercer lugar, cuando, como consecuencia de excavaciones, se descubren antigüedades o construcciones arqueológicas, supuesto en que regirá la normativa específica contenida fundamentalmente en la Ley de 7 de julio de 1911 y su Reglamento de 1 de marzo de 1930, así como en la Ley del Patrimonio Artístico Nacional de 13 de mayo de 1933 y su Reglamento de 16 de abril de 1936; normativa que es la de tener en cuenta en el presente caso habida cuenta que los objetos descubiertos, sobre los que versó la litis, incluidos en el concepto de «antigüedades», que formula el artículo 2 de la primera de las leyes citadas, que después repiten las restantes disposiciones y que, forzoso es decirlo una vez más, no derogan el principio rector del dominio en nuestro Ordenamiento—que nada tiene que ver con la fórmula romanística del *usque ad inferos*—, sino de acuerdo con la norma que el propio artículo 348 consagra, viene a limitarlo en aras del interés cultural y artístico de la nación, pero en manera alguna a destruirlo ni menoscabarlo, armonizando este interés con los del aludido propietario y explorador que efectúa el descubrimiento.

Tercer considerando: Que haciendo aplicación de la indicada normativa al supuesto que se examina, es evidente que deberán analizarse por separado los dos grupos de elementos hallados en la excavación efectuada, al modo antes anunciado, o sea, de un lado, la estatua conocida como «Dama de Baza» y, de otro, las restantes piezas arqueológicas—ambos, según se ha dicho, incluidos en el concepto de «antigüedades» de la ley—, siendo de ver, ante todo respecto de la tantas veces citada estatua, el problema relativo a su propiedad, para cuya atribución tiene plena vigencia el ya señalado principio del artículo 355 del Código civil, que la atribuye al dueño del terreno en que se encontró, regla general que según la legislación específica sólo hace excepción en caso de que el hallazgo se hubiere hecho «casualmente» y entonces la propiedad corresponde al Estado, según se dispone en el artículo 5 de la Ley de 1911, hipótesis que aquí no concurre,

pues relatado quedó, como consta entre los hechos declarados probados en la instancia y no desvirtuados en este trámite, que el descubridor inició la excavación en terreno de su propiedad con autorización ministerial necesaria y un plan trazado y dirigido por técnicos competentes, extralimitándose en su permiso al invadir la finca ajena, para la que no estaba autorizado, a pesar de lo que continuó su excavación, premeditada y programada, con absoluta ajeneidad a lo meramente casual que la ley contempla, incidiendo expresamente en el concepto de excavación fraudulenta del artículo 39 de la Ley de 1933, por lo que a este exceso se refiere, que es justo donde la estatua en cuestión fue encontrada, lo que priva al descubridor de todo derecho de propiedad, como igualmente le priva al Estado, cuyo derecho sobre el particular hubiese sido el de que lo encontrado *pudiera pasar a su propiedad*, según el párrafo segundo del artículo 4 de la Ley de 1911, previo abono de las correspondientes y legales indemnizaciones no al descubridor fraudulento, sino al dueño del terreno donde indebidamente se encontró; resultando, no obstante, que sobre este particular, la sentencia de primer grado hizo expresa declaración de la propiedad en favor del Estado, con la que se aquietaron—como se ha dicho—todas las partes litigantes, no planteándose el tema en apelación y sin que haya sido suscitado de modo expreso en casación por ser procesalmente un pronunciamiento firme, a cuya virtud es necesario proclamar ahora la relatada propiedad en favor del Estado por lo que se refiere a la denominada «Dama de Baza» y, consiguientemente, la invalidez jurídica del acto de donación que en favor de éste realiza el descubridor—actual recurrido—por el antiguo y fundamental principio según el que *nemo dat quod non habet*.

Cuarto considerando: Que por lo que afecta al problema de la titularidad del derecho a la indemnización a que viene obligado el Estado al recibir como suya la propiedad de la estatua en cuestión, debe decirse que al faltar la casualidad—elemento que la Ley Especial pone como decisivo—no puede entrar en juego el párrafo segundo del artículo 5 de la Ley de 1911 y demás que la complementan, sino el también párrafo segundo del artículo 4 de la misma, a cuya virtud la indemnización corresponde al «dueño del terreno» y al explorador si existiere, que aquí efectivamente existió, pero con el carácter de fraudulento, antes relatado, al carecer de autorización para excavar en la finca donde encontró el hallazgo discutido, lo que le priva, según la ley, de todo derecho a esa posible indemnización, que queda estrictamente enucleada en favor del dueño del terreno donde el descubrimiento tuvo lugar, y sin que puedan tener valor alguno, desde el punto de vista decisorio, las alusiones que la sentencia recurrida hace a la «conciencia colectiva» respecto a las obras de interés artístico y arqueológico, que se contienen en el Preámbulo del Proyecto de la Ley de 1933—que no en la propia ley—, porque la frase, con independencia de su valor literario, carece de todo significado y alcance jurídicos, según ponen de relieve las consideraciones siguientes: a) en primer lugar, porque es conocida la doctrina de este Tribunal Supremo en el sentido de que las declaraciones preliminares o exposiciones de motivos de las leyes no pueden nunca prevalecer frente al texto articulado de las mismas, según se dijo, entre otras, en las sentencias de este Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1929, 27 de junio de 1941, 5 de junio de 1945, 27 de diciembre de 1947 y 14 de octubre de 1965; doctrina que se agudiza cuando, como en el presente caso, la alegada declaración preliminar consta que lo fue del proyecto de la ley de referencia, a la que no pasó en su edición oficial, que no contiene, por otra parte, derogación alguna de los principios generales aquí invocados; b) y en segundo término, porque la aludida frase no puede tener otro alcance que el puramente programático y justificativo de una idea de limitación del derecho de propiedad, en modo alguno la modificación del sistema vigente hasta entonces y, sin duda, hasta el momento

actual, con la finalidad, antes señalada, de proteger el patrimonio artístico y arqueológico de la nación, todo ello al modo como se denuncia en el motivo primero del recurso, donde por la vía del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se alega violación de los artículos 4, párrafo segundo; 5, y 6, párrafo primero, de la Ley de Excavaciones de 7 de julio de 1911, en relación con los 350 y 351 del Código civil, que, en su virtud, deben ser estimados.

Quinto considerando: Que por lo que afecta al resto de los objetos artísticos y arqueológicos encontrados, hay que hacer a su vez una doble delimitación: a) en primer lugar, en relación con los que lo fueron durante la vigencia del contrato de 1969, a cuyo tenor lo hallado era de la propiedad del descubridor, correspondiendo al propietario del terreno—actual recurrente—el 25 por 100 del valor de lo descubierto si, como dice el propio contrato, se hubiera encontrado por casualidad, y b) en segundo término, lo descubierto fuera de la vigencia de aquél, donde de nuevo es forzoso distinguir, de un lado, lo hallado en la propiedad del explorador, que, evidentemente, será suyo, con el derecho del Estado a adquirirlo previo abono de la pertinente indemnización, a tenor de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 4 de la Ley de 7 de julio de 1911, y, de otro, lo encontrado fuera de dicha propiedad, que habrá de quedar sometido al mismo régimen que el antes señalado para la estatua conocida como «Dama de Baza», a precisar todo ello, en periodo de ejecución de sentencia, a la manera como se dijo en la sentencia de primer grado y se alega en los motivos segundo y cuarto, que, consiguientemente, deben ser estimados, y con ellos la totalidad del recurso interpuesto, sin necesidad de analizar el señalado con el número tres, casando y anulando la sentencia recurrida, sin que sean de apreciar méritos que permitan hacer declaración especial en cuanto a las costas causadas.

B. COMENTARIO. a) *Descripción de la estatua hallada.*—«¡Dama de Baza!» No podía comenzar estos comentarios sin ir antes a visitarte a tu sede madrileña. He ido. Rindo pleitesía a tu empaque, a tu solemne señorío, a tu enigma, a tu hondo misterio. ¿Eres sólo la urna cineraria de un rico guerrero, artística arqueta guardadora de sus cenizas? ¿Eres imagen de la Diosa de la vida y de la muerte, de nuestros lejanos antepasados iberos? Ese pichón que, suavemente, aprisionas en tu siniestra mano, ¿es, de verdad, «símbolo del alma que ha escapado de las cenizas del muerto», como afirma tu emocionado descubridor material y primer biógrafo? (1).

Has dejado la oscuridad, el denso silencio, silencio de tumba, sedimentado silencio del Cerro del Santuario, en los campos de Baza, por una urna de cristal, que poco te favorece, en amplia sala de la calle de Serrano madrileña. ¿Tenías curiosidad por este agitado mundo nuestro? Llegaste y venciste. Llenas la sala y casi el Museo. ¡Ay!, sorprendida «Dama de Elche», hoy un tanto segundona, ¿qué ha sucedido? Tal vez más valiera que la tumba 155 hubiera seguido ignorada y oculta por los siglos de los siglos bajo las plantaciones de almendros. Se habrían evitado litigios y quebraderos de cabeza para averiguar tantas cosas que esa nueva «Dama» nos insinúa y no sabe aclararnos. Se habría evitado eso de señalarla como ejemplar único por sus dimensiones, por su policromía... ¡Ay! ¡Esos restos de pintura, rosa vivo, en los labios! Se habrá ahorrado, tal vez, tu disgusto, «Dama de Elche», que ahora todo van a ser enojosas comparaciones.

Informemos a los lectores de cómo es la figura descubierta copiando la descripción del profesor PRESEDO: «Es una figura de mujer sedente en un trono con respaldo de aletas, en bastante buen estado de conservación. Va estucada y pintada en su totalidad... La figura, en general, está bien modelada, especialmente el rostro y los vestidos, así como el trono; pero,

(1) Véase FRANCISCO PRESEDO VELO *La Dama de Baza*, Museo Arqueológico Nacional, Madrid, 1973

no obstante, adolece de una gran rigidez de actitud y se ve claramente que el artista se esmeró en la cara, las manos y los pies, dejando el pecho, el vientre y el regazo sin un tratamiento detallado. Destaca la calidad de los adornos, así como la pintura, que demuestra un sentido muy pronunciado del modo de hacer artesanal. Medidas: altura, 1,30 m.; anchura total, 1,05 m. El rostro es ovalado con una frente alta y recta. La nariz de una gran perfección, que casi continúa la línea de la frente, con aletas bien proporcionadas y la punta fina. Los ojos, ligeramente inclinados hacia abajo, estuvieron pintados, pero ha saltado el color. Las pestañas están finamente dibujadas en negro sobre unas pequeñas incisiones. Las cejas, arqueadas, muy finas y pintadas de negro; la izquierda algo más alta que la derecha. La boca, muy bien dibujada, conserva restos de pintura rosa vivo. Los labios se pliegan en un rictus de melancolía muy característico de toda la figura. El mentón bien dibujado, apreciándose un poco de papada. El cabello, rizado y negro, asoma muy ligeramente debajo del tocado de la cabeza. Va peinado en bandós que se recogen en dos rodetes a ambos lados de las mejillas, que el artista hace resaltar con un pequeño relieve. El rostro va pintado, como las manos, de un color rosado, aunque los labios se subrayan con un tono más vivo. El cuello se oculta bajo los collares, y los brazos debajo del manto. El pecho es plano, sin el menor asomo de senos. El vientre está indicado por unos pliegues del vestido. Las manos, del mismo color que la cara, asoman debajo de los pliegues del manto. La derecha apoya la palma sobre la rodilla, presionando el pliegue del manto con el pulgar abierto. Está tratada con cierta torpeza y rigidez. Sufrió algún deterioro y puede verse un anillo en el dedo anular y dos en el índice. La mano izquierda está cerrada, ocultando su dedo meñique, y aprisiona un pichón, cuya cabeza asoma por el hueco entre los dedos pulgar e índice. Se ve cómo el artista representó hasta un ala con cierto realismo. Va pintado de azul intenso, en que destaca un punto negro que representa el ojo de frente al espectador. También puede apreciarse parte del buche. La mano lleva un anillo en la segunda falange del dedo índice y dos en la primera, uno en la primera falange del anular y dos en la segunda. Los pies de la figura van calzados con una especie de babuchas rojas con suela y descansan sobre un cojín rectangular, en el que se aprecian restos de pintura azul. El traje: La figura va cubierta con un manto que la cubre de la cabeza a los pies, pero que deja ver perfectamente toda la figura. Cae desde la cabeza hasta los hombros con cuatro hermosos pliegues que enmarcan la cara, en los que se ha huido, en la medida de lo posible, de la simetría a ultranza... El manto estaba pintado de azul claro, aunque dicho color lo ha perdido casi por completo. En el borde lleva un adorno muy peculiar, consistente en una franja de unos 6 cm. de ancho; la primera banda es de rojo bermellón continuo, sigue otra banda de ajedrezado blanco y rojo en tres líneas y, finalmente, un borde pintado de azul intenso. Es de notar que la misma franja se repite en el forro, como puede verse en los pliegues. La figura va vestida, en sentido estricto, con una túnica, cuyo escote se ve debajo de la tercera gargantilla, que le llega desde el cuello hasta los pies, que debió ir pintada de azul y que remata con una franja con los mismos motivos y colores que los del manto. Debajo de esta túnica asoman dos sayas más que no llevan color, la última de las cuales se pliega sobre los zapatos hasta el cojín, va citado. Los zapatos acusan la forma de los dedos de los pies. El tocado: La 'Dama' lleva un tocado de cabeza consistente en una cofia o tiara que se levanta en el occipucio y se cife al cráneo desde la frente y tapa las orejas, dejando fuera sólo el lóbulo de las mismas. La cofia va decorada con una serie de tres franjas transversales, de las cuales la última parece una diadema de cuentas o bien una parte de la tiara... La figura lleva sendos pendientes en las orejas, verdaderamente singulares por su tamaño. El cuello lo

lleva cubierto de cuatro gargantillas, pintadas de blanco, de cuentas. Por encima de la túnica presenta un gran collar del tipo conocido desde hace mucho tiempo en la arqueología española... De este collar penden cinco colgantes... El trono o sillón: La figura se asienta sobre un trono muy característico tallado en el mismo bloque. Indudablemente representa un sillón de madera, que el artista ha reproducido con toda fidelidad. Es el clásico trono de cuatro patas verticales, braceros y respaldo. La urna: Pero el detalle más importante de la estatua es el que revela su finalidad primordial, por no decir exclusiva. Toda la escultura no es más que una urna funeraria. En la parte derecha del trono, entre el travesaño y el brazo, se abre un agujero de 0,17 m. de ancho, 0,16 m. de alto y 0,22 m. de fondo. Se mete hacia abajo por un espacio de unos 0,30 m., de manera que el bloque debajo del trono queda perforado en su mayor parte. En esta urna se depositaron las cenizas del difunto. Toda la estatua se asienta sobre una base cuadrada, que se remata con cuatro chaflanes. El color: El mayor mérito arqueológico y artístico de la 'Dama de Baza' es, sin duda, la policromía que conserva. Esto es lo que la constituye en un ejemplar único dentro de la escultura española antigua. Al describir la estatua ya hemos anotado los colores en detalle. Ahora resaltaremos que el color de la carne es característico e inconfundible de un tono rosado, que se aplica siempre, incluso en los lóbulos de las orejas.»

Entrando ya en el campo jurídico, a la vista de tan clara y minuciosa descripción, habida cuenta de los hechos probados, ¿qué eres, «Dama de Baza»? ¿Una «ruina» de las del artículo 4 de la Ley de 7 de julio de 1911? ¿Una «antigüedad» de las recogidas en el mismo precepto? ¿Un «tesoro» de los contemplados en el artículo 351 del Código civil, concepto jurídico de tanto abolengo en nuestro Derecho, ya regulado en el romano?

b) *Legislación vigente.*—Traigamos a colación la legislación vigente en la materia. Es la siguiente:

1. Los artículos 350, 351 y 352 del Código civil.
2. La Ley de Excavaciones Arqueológicas, Conservación de Ruinas y Antigüedades de 7 de julio de 1911, vigente en cuanto a excavaciones y a los objetos en ellas descubiertos, por expresa declaración de la Ley del Tesoro Artístico de 13 de mayo de 1933.
3. El Reglamento para aplicación de la ley anterior de 1 de marzo de 1912, con la limitación indicada antes.
4. La Ley del Tesoro Artístico Nacional de 13 de mayo de 1933.
5. El Reglamento de 16 de abril de 1936 para aplicación de la ley anterior.

a') La legislación especial carece de sistemática. No ha derogado el Código.

Si esas Leyes, la de 1911 y la de 1933, hubieran sentado normas opuestas a las del Código civil, sería válido afirmar que lo habían derogado, que debían prevalecer sobre aquél. El rango de ley les da fuerza para ello y son posteriores. Mas si examinamos su contenido, nos damos cuenta, por un lado, que carecen de una sistemática y clara relación con el Código civil y, de otro, que sus preceptos que pudiéramos llamar fundamentales no son opuestos a las reglas del Código.

El segundo considerando del Tribunal Supremo viene a decir que no deroga esta legislación especial las reglas fundamentales del Código, sino que las completa. Y es que no hay que perder de vista que la Ley de 1911 es una Ley de Excavaciones y Conservación de Ruinas y Antigüedades, y que la Ley de 1933 del Tesoro Artístico sólo se refiere de manera marginal a la cuestión fundamental de la propiedad.

El recurrente reconocía que la Ley de Excavaciones y disposiciones

complementarias tenían el carácter de legislación especial de aplicación preferente, pero ello no llevaba consigo—decía—la derogación absoluta de los artículos pertinentes del Código civil. Lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 351 del Código civil—alegó—coincide con lo prevenido en los artículos 4 y 6 de la Ley de 1911. No hay una atribución directa al Estado, sino un derecho preferente a la adquisición. La diferencia entre el régimen del Código civil y el de la legislación especial estriba—añadía—en que aquél otorga ese derecho preferente también cuando el descubrimiento se produce por casualidad, mientras la Ley de 1911, cuando concurre la casualidad atribuye directamente al Estado la propiedad, en tanto mantiene el derecho de adquisición preferente en las hipótesis en que la casualidad falte. Como, sin duda—seguía diciendo—, el descubrimiento de la «Dama de Baza» no fue casual, el problema debatido se plantea en una zona normativa en la que coinciden el criterio del Derecho común y el del Derecho especial. Esta coincidencia sustancial—añadía—es muy importante, pues cualquier duda habrá de resolverse en la directriz del Derecho común.

Esta argumentación vino a ser recogida por la sentencia que comentamos.

c) *Concepto legal de la figura descubierta*.—Intentando contestar a la pregunta que antes nos formulábamos referente a la consideración que pueda asignársele a la figura descubierta, habida cuenta de la normativa expuesta, la respuesta tiene que estar también con el considerando segundo. Es una «antigüedad» de las definidas en el artículo 2 de la Ley tan citada de 7 de julio de 1911, si bien el considerando cuarto, al razonar el derecho a indemnización, se remite al párrafo segundo del artículo 4 de la misma ley, que se refiere a «las ruinas, ya se encuentren bajo tierra o sobre el suelo, así como las antigüedades utilizadas como material de construcción en cualquiera clase de obras».

El recurrente, en el primer motivo del recurso, califica el hallazgo de «ruina». El tema queda integrado—dijo—en el supuesto de las ruinas: «Porque el paraje se define como un campo arqueológico en el que existen numerosos enterramientos ., constitutivos de una necrópolis construida y utilizada como tal durante siglos, siendo su origen anterior a la era cristiana; porque la estatua sedente, luego denominada 'Dama de Baza', apareció al excavar la tumba 155, que es una de las 178 tumbas excavadas; porque, aparte de que la tumba y la fosa—a modo de pequeño templo—son, en sí mismas, obras y ruinas, la propia estatua ha de merecer igual concepción jurídica en cuanto constituye uno de los elementos—el elemento principalísimo—de los materiales utilizados para la obra.»

No obstante, parece más correcta la calificación de «antigüedad».

d) *¿A quién pertenece?*—Siguiendo nuestro razonamiento, tenemos que la «Dama» renacida al sol de nuestro siglo, es una «antigüedad»; se ha descubierto en una excavación; el descubridor ha sido persona ajena al dueño del terreno, y aquél tenía autorización administrativa para excavar, pero en sus trabajos se pasó de los límites de su finca y fue a encontrar la «Dama» en finca ajena. ¿A quién pertenece el hallazgo?

La sentencia de la Audiencia Territorial entendió que pertenecía al Estado (el descubridor le había cedido sus derechos) y absolvió a los demandados.

Campea en ella la idea de que la legislación especial niega al propietario del fundo todo derecho a los objetos hallados en el subsuelo, porque pertenecen a la comunidad. Se funda primeramente en el Preámbulo del Proyecto de la Ley de 1933. Según éste, la estimación de tales antigüedades es «fruto del alma colectiva que fue reflejando en ellas su propio sentir y que a través del tiempo las valorizó, sin que a ello contribuyeran con su trabajo y esfuerzo los actuales dueños».

Sistematizó los preceptos de dicha legislación especial así: Si hay hallazgo casual, la propiedad es del Estado y la indemnización del inventor; si se trata de excavaciones autorizadas, corresponde al descubridor un dominio restringido, y si las excavaciones se realizaron sin autorización (excavación «fraudulenta»), el explorador pierde lo hallado.

El recurrente atacó esta resolución de la Audiencia con las razones siguientes: En cuanto a la cita del Preámbulo del Proyecto de Ley de 1933 («fruto del alma colectiva»), alegó que «la frase es inocua. Porque no está integrada en una norma y porque tampoco forma parte de la exposición de motivos de una ley, ya que la Ley de 13 de mayo de 1933 carece de exposición de motivos o preámbulo. De estar en la exposición de motivos carecería de valor normativo directo; mas si donde aparece el fragmento recogido por la sentencia es en el 'preámbulo del proyecto' de la Ley de 13 de mayo de 1933, no cabe duda que no tiene ningún valor preceptivo e incluso interpretativo, pues no parece muy aventurado pensar que si teniendo el proyecto preámbulo y no teniéndolo la ley, hay como una desautorización tácita de lo dicho en el preámbulo que no se mantiene en la ley».

«Nótese que de la Ley de 13 de mayo de 1933 no puede derivarse tan furibundo apotegma desconocedor de todo derecho de la propiedad privada, por cuanto, aparte de no contener la correspondiente fórmula derogatoria, declara que quedan subsistentes las disposiciones anteriores 'en todo lo que no se opongan a las prescripciones de esta ley', y además el artículo 37 dispone: se mantendrán en vigor todos los preceptos de las Leyes de 2 de junio y 7 de julio de 1911, en cuanto se refieren a las excavaciones y a los objetos en ellas descubiertos ínterin no se publique una nueva ley. Consiguientemente, los preceptos de la Ley de 11 de julio de 1911 sobrevivieron a la Ley de 1933, que no tuvo esos efectos mortales para la propiedad privada que quieren derivarse de un fragmento aislado de un preámbulo no recogido por la ley.»

«Si sorprende el alegato del derecho atribuido por entero a la comunidad, no menos sorprende la sistematización de los supuestos legales que puede verse en el considerando quinto de la sentencia» (se refería el recurrente a la sistematización que antes hemos copiado), y añadía: «Para construir tal cuadro sinóptico ha sido preciso omitir preceptos tan fundamentales como los artículos 4 y 6 de la Ley de 7 de julio de 1911 y borrar todo vestigio del Código civil, que en materia de arqueología sólo tendrá un valor arqueológico.»

El motivo de casación, que comprendía tales alegaciones, triunfó. Tenía que triunfar. Los considerandos cuarto y sexto de la sentencia del Tribunal Supremo, que quedan copiados, dan respuesta a esos razonamientos.

Un «entorno vital», una valoración subjetiva de lo acaecido, acorde y a tono con un moderno sentido social de la propiedad y el concepto de los límites de la misma, influyó tal vez en la Audiencia a la hora de decidir. Recordemos con Díez Picazo (2) que «la *interpretatio juris* ofrece al intérprete una serie o un haz de posibilidades, es decir, una serie de variantes entre las cuales tiene que optar... La selección entre las variantes no es una tarea que sea fácil y cómoda. Por el contrario, resulta sumamente complicada. Hay, es cierto, una gama de criterios científicos de orden hermenéutico: el sentido histórico, los intereses en juego, la finalidad de la norma, etc. Pero hay también ese entorno vital del Juez y el sentido valorativo que él mismo ha dado ya a la historia que está viviendo. Entonces no se ajusta el caso a la norma, sino al revés, esto es, interpretándola se ajusta la norma al caso».

e) *Crítica de la legislación especial.*—La legislación que venimos estu-

(2) Díez PICAZO, *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, 2ª ed., Ed. Tecnos, pág. 4, prólogo

diando adolece, repetimos, de falta de sistematización y podemos añadir que de claridad, y no está acorde con la actual doctrina sobre los límites de la propiedad.

Cuando escribimos estas líneas llega a nuestro conocimiento la *Revista de Derecho Privado*, número de julio-agosto, con un extenso y razonado comentario de esta sentancia salido de la pluma del Notario de Madrid don JOSÉ LUIS ALVAREZ.

En él expone que «existen aquí tres intereses en liza: el interés de la colectividad representada por el Estado, el interés del que la descubre por azar o con esfuerzo y el interés del dueño del terreno donde se hallan. Nos parece—añade—que las soluciones dadas a este conflicto por las normas vigentes y por la interpretación jurisprudencial no son las más adecuadas al estado de nuestros sentimientos actuales. Para nosotros—sigue diciendo—, tenemos que confesarlo aun a riesgo de estar equivocados, el interés superior es el de la colectividad. Pero no sólo el interés, sino también el derecho... Y es preciso poner en orden los intereses colectivos y particulares, respetando todos, pero graduándolos. Y en el caso que nos encontramos de los hallazgos de antigüedades, coordinar esos derechos de la colectividad sin perder de vista: Los derechos del descubridor: Porque si se mata la ilusión y la iniciativa privada, también en este campo el daño es grave. De una parte, se ocultarán los hallazgos con grave daño del patrimonio y, de otra, se eliminará el deseo de los particulares de excavar, cuando lo que se necesita es una clara colaboración de la sociedad dada la insuficiencia de los medios del Estado. Los derechos del dueño del terreno: Tanto en cuanto a la forma en que las intromisiones sean tasadas y lo menos molestas posibles, como en cuanto que los perjuicios y dilaciones que un hallazgo comporta sean los más reducidos. Porque sólo así el dueño del terreno no temerá que el hallazgo se produzca y no colaborará a que se destruyan o desaparezcan los restos para evitar que su propiedad caiga en una especie de congelación antieconómica. Pero siempre sobre la base del preferente derecho de la colectividad y sobre la base de que a la hora de fijar las valoraciones, en ningún caso parece justo pagar al descubridor y dueño del terreno el precio o valor de la cosa artísticamente considerada. Ahí hay un derecho o una plusvalía que son del Estado—sigue diciendo—, y aunque cifrarlos es muy difícil, es indudable que al descubridor o dueño les podrá corresponder una parte alícuota del valor intrínseco o artístico del hallazgo, mayor o menor según las circunstancias, pero nunca la totalidad de él».

Estas ideas, en verdad, no son nuevas. En una edición de 1926 del clásico CASTÁN (3) puede leerse: «Modernamente hay una marcada tendencia a atribuir al Estado derechos sobre el tesoro, al lado o en sustitución de los derechos que la doctrina clásica atribuía, por el principio de acceso, al propietario. Esta adquisición en virtud del simple derecho de propiedad, explicable, dice BARASSI, en otros tiempos por el carácter absorbente de la propiedad quiritaria romana, es hoy muy discutida, pareciendo más lógico que estas cosas, residuos de viejas civilizaciones, pertenezcan a la colectividad.»

En el actual Derecho inglés se ha conservado una regalía de tesoros (leemos en ENNECERUS), y el Código civil suizo la ha establecido para cuerpos naturales y antigüedades de valor científico considerable.

Resumiendo: Es necesario un Ordenamiento jurídico del patrimonio arqueológico, histórico y artístico nacional, en el que se regule con claridad lo referente a la propiedad de los objetos hallados en ruinas y excavaciones (4).

(3) J. CASTÁN: *Derecho Civil*, Madrid, Ed. Reus, 1926.

(4) Es escasa nuestra bibliografía sobre el patrimonio artístico. Puede verse: EDUARDO ROCA ROCA: *El Patrimonio Artístico y Cultural*, Inst. de Estudios de Administración Local, Madrid, 1976.

f) *Ejecución de la sentencia.*—Leemos en el fallo de la sentencia de Primera Instancia, confirmada en todos sus términos por el Tribunal Supremo, que se indemnice al actor en la mitad del valor en que se justiprecie la pieza arqueológica denominada «Dama de Baza», valor que habrá de obtenerse en tasación pericial, verificada por tres Peritos titulados y «que reúnan las condiciones que se determinan en esta resolución», uno de los cuales podrá ser designado por el actor.

¿Qué vale la «Dama»? ¿Qué criterios seguirán para su estimación? ¿Se llegará a un acuerdo? ¿Habrá otro litigio? Queda abierta nuestra curiosidad natural y jurídica.

A este respecto recordemos, aunque no estemos propiamente ante un caso de expropiación, que la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 y su Reglamento de 26 de abril de 1957 dedican sendos capítulos (el tercero del título tercero) a la expropiación de bienes de valor artístico, histórico y arqueológico.

BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ
Registrador de la Propiedad

II. Resoluciones y sentencias

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

REGISTRO DE LA PROPIEDAD

4. LEGALIZACIÓN DE DOCUMENTOS AUTORIZADOS EN PAÍS EXTRANJERO: EL REQUISITO SEÑALADO EN EL ARTÍCULO 36, PÁRRAFO CUARTO, DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO NO PUEDE ESTIMARSE CUMPLIDO POR LA ASEVERACIÓN DEL NOTARIO ESPAÑOL DE SERLE CONOCIDAS LAS FIRMAS DE LOS OTORGANTES DE LAS ESCRITURAS DE PODER AUTORIZADAS, RESPECTIVAMENTE, EN ALEMANIA Y SUIZA.

Resolución de 6 de abril de 1976 (B. O. del E. de 25 de mayo).

A) *Antecedentes de hecho.*—Por escritura pública autorizada por el Notario de Sevilla don José Bono y Huerta el 22 de abril de 1974, la Compañía suiza «Atlanterra, S. A.», vendió a don Konrad von Brauchitsch una parcela de terreno de 1.970 metros en el término de Tarifa; como apoderado de la Sociedad vendedora compareció en su representación Helmut Diederichs, que acreditó su personalidad mediante testimonio del poder que le fue conferido en Zurich (Suiza), el 24 de agosto de 1964, por don René Thouvenin, como miembro del Consejo de Administración de «Atlanterra, S. A.», con facultades de representación, certificando el Notario autorizante la validez de este poder: como apoderado del comprador compareció don José Nicolás Medina Lama, en virtud de poder conferido por aquél en Herzogenrath (Alemania Federal), el 30 de noviembre de 1973, y cuya validez también certifica el fedatario.

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura junto con otros documentos complementarios, fue calificada con la siguiente nota: «Presentado el precedente documento a las once horas del 8 de fe-

brero último, bajo el número 2.051 del Diario 48, al folio 257 vuelto, en unión de testimonio expedido el 1 de febrero de 1971 por el mismo Notario, señalado con el número 508 del libro indicador, relativo al poder otorgado por el comprador a favor de don José Nicolás Medina Lama; acompañados hoy, como complementarios, los siguientes testimonios, expedidos por el mismo funcionario, como Notario de Tarifa: el número 758 del libro 5.º indicador, de 6 de julio de 1972, del poder de 24 de agosto de 1964, otorgado por don René Thouvenin, en nombre de 'Atlanterra, A. G.', a favor de don Helmut Diederichs; el número 784 del mismo libro, de 9 de agosto de 1972, sobre vigencia de leyes en Suiza; el número 771 del citado libro, de 11 de julio de 1972, sobre vigencia de leyes en Alemania; el número 249, sin que conste de qué libro, de 31 de marzo de 1962, de la escritura de constitución de 'Atlanterra', y el 781 del repetido libro 5.º, de 9 de agosto de 1972, sobre inscripción en el Registro Mercantil de tal Sociedad, se suspende la inscripción por los siguientes defectos subsanables:

Primero.—Falta de las legalizaciones consular y del Ministerio de Asuntos Exteriores Español en el poder otorgado por don René Thouvenin, en nombre de 'Atlanterra, A. G.', a favor de don Helmut Diederichs, y el otorgado por el comprador a favor del señor Medina Lama, conforme preceptúa el artículo 36 del Reglamento Hipotecario.

Segundo.—No se acredita, mediante la certificación prevenida en el párrafo sexto del mismo artículo, la aptitud y capacidad legal del señor Von Brauchitsch para el otorgamiento del poder en favor del señor Medina Lama y para verificar la adquisición realizada en su representación. Se ha pedido no se practique anotación preventiva.

Algeciras, 14 de marzo de 1975.»

Retirada y presentada de nuevo la escritura y demás documentos complementarios, fue calificada con nota del tenor literal siguiente:

«Presentando nuevamente el precedente documento a las doce horas del día 22 de mayo último, según el asiento 224, practicado al folio 28 vuelto del Diario 49, en unión de todos los documentos que se reseñan en la nota precedente, acompañado, además, de instancia suscrita en Sevilla el 7 del mismo mes de mayo por el Notario autorizante, en la que se solicita se tengan por subsanados los defectos señalados en la citada nota de calificación de 14 de marzo de 1975; y de tres testimonios expedidos el 7 del repetido mes de mayo por el citado Notario, señor Bono y Huerta, a los números 1.008, 1.009 y 1.010 del libro indicador, por el primero de los cuales se reitera la legitimación de la firma de don René Thouvenin puesta en el poder de 24 de agosto de 1964, por el segundo se reitera igualmente la legitimación de la firma de don Konrad von Brauchitsch en el poder de 30 de noviembre de 1973 y por el tercero da fe de la capacidad del otorgante de este último poder conforme al Derecho alemán, se suspende la inscripción por el defecto subsanable de falta de las legalizaciones consular y del Ministerio de Asuntos Exteriores español en los citados poderes otorgados por don René Thouvenin, en nombre de 'Atlanterra, A. G.', a favor de don Helmut Diederichs, y por el comprador a favor del señor Medina Lama, conforme preceptúa el artículo 36 del Reglamento Hipotecario, dándose por subsanado el segundo de los defectos aducidos en la anterior nota de calificación. No se ha solicitado anotación preventiva.

Algeciras, 2 de julio de 1975.»

El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, alegando que la legitimación de firmas de

los otorgantes de los poderes autorizados en el extranjero, hecha por el Notario recurrente, hace innecesaria la legalización consular y del Ministerio de Asuntos Exteriores; que la facultad de legitimación o autenticación de firmas de personas físicas o de representantes de las jurídicas le viene concedida al Notario por el artículo 257 del Reglamento Notarial, al que se remite el artículo 1.217 del Código civil; y que de esta manera queda plenamente cumplido el requisito cuarto del párrafo 1.º del artículo 36 del Reglamento Hipotecario.

El Registrador informó que si bien la legitimidad de las firmas de los otorgantes de los poderes, señores Thouvenin y Von Brauchitsch, queda acreditada mediante los testimonios del Notario recurrente, no sucede lo mismo con las firmas de los Notarios extranjeros insertas en dichos poderes, al no haber sido legalizadas por los Cónsules españoles respectivos, y la de éstos por el Ministerio de Asuntos Exteriores, conforme a lo exigido por el párrafo 1.º del artículo 36 del Reglamento Hipotecario; y que la legalización consular cumple además la función de hacer constar de manera cierta el lugar de otorgamiento de los poderes.

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por el funcionario calificador, y declarando además que para que se estimen auténticos y produzcan efectos en España los poderes de referencia es indispensable el requisito de la legalización consular y del Ministerio de Asuntos Exteriores, ya que aparecen otorgados y documentados en el extranjero, sin que pueda considerarse bastante la legitimación notarial.

Y la Dirección General confirma el auto apelado y la nota del Registrador en base a los siguientes considerandos:

B) *Doctrina de la Dirección General.*—Que en este recurso gubernativo se plantea la cuestión de si puede ser suplida, a los efectos del artículo 36 del Reglamento Hipotecario, la obligada legalización de un documento autorizado en país extranjero, por la aseveración del Notario español de serle conocidas las firmas de los otorgantes en sendos documentos, que en este caso concreto hacen referencia, respectivamente, a un poder autorizado en Alemania con arreglo a las formalidades exigidas por su legislación nacional, y a otro poder autorizado en Suiza según la forma de este país.

Que el requisito de la legalización establecido por nuestras disposiciones legales para los documentos extranjeros cumple la finalidad de aseverar bien su autenticidad, al objeto de que puedan tener eficacia en España y sean admitidos por las autoridades y oficinas públicas españolas (artículos 600, 3.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 36, 4.º, del Reglamento Hipotecario, y 7, 4.º, del Reglamento del Registro Mercantil), y la forma de llevarla a cabo aparece regulada en el anexo III del Reglamento Notarial vigente, principalmente en los artículos 17 y 24.

Que el cumplimiento de este requisito supone en la mayor parte de los casos una serie de complejos trámites que originan dilaciones y gastos incompatibles o, al menos, perturbadores con la celeridad que el moderno tráfico jurídico exige, paralizando de este modo los efectos del documento o las actuaciones que del mismo se derivan, por lo que es mirado este trámite desfavorablemente no sólo por los particulares o interesados en general, sino por la propia Administración del Estado, que lo ha incluso suprimido en algún supuesto de legalización interior, pues lo que en definitiva interesa es que el documento aparezca adornado de las garantías de certeza y seguridad que debe en sí llevar.

Que es de elogiar la postura del Notario autorizante de la escritura—por cierto, redactada literalmente en el idioma común de los otorgantes, con su correspondiente traducción española—al tratar de suplir por procedimiento

extrarreglamentario la autenticidad del documento extranjero mediante testimonio de legitimidad de las firmas autógrafas de ambos poderdantes que figuran estampadas en los respectivos poderes; pero al resultar incompleta su dación de fe, por no haberla extendido a la del Notario alemán y funcionario del Tribunal Comarcal, no cabe en consecuencia entender cumplido el requisito de la legalización en la forma realizada, que habrá, en todo caso, de acomodarse a las normas legales pertinentes.

C) COMENTARIO.—La presentación en el Registro de la Propiedad español, en solicitud de su inscripción, de negocios jurídicos otorgados en el extranjero o en que intervienen personas extranjeras, es un fenómeno cada vez más frecuente en la vida actual. Influyen en esa reiterada realidad muy diversas causas: la facilidad de las comunicaciones internacionales, el creciente desarrollo del turismo extranjero en nuestro país, el aumento de las inversiones extranjeras, la emigración española hacia otros países exteriores, etc. (1).

El negocio jurídico celebrado en esas circunstancias presenta una evidente complejidad, que deriva de la conexión de los diversos derechos nacionales que pueden concurrir en su regulación. Problema de determinar en cada caso la ley aplicable y el campo de actuación del Derecho extranjero que corresponda, que como tal se sitúa en la órbita del Derecho Internacional Privado. Recuérdese que esa necesaria aplicación del Derecho extranjero puede venir condicionada, bien por la nacionalidad de las partes, cuando alguna de ellas sea extranjera, lo cual remite a la vigencia de su Derecho nacional, bien por la aplicación del principio *locus regit actum*, que exige igualmente la aplicación del Derecho extranjero cuando el acto en cuestión ha sido otorgado o formalizado fuera de España.

En relación con tan importantes cuestiones, no podemos olvidar la reciente reforma de los artículos que integran el Título Preliminar de nuestro Código civil, llevada a cabo por Decreto de 31 de mayo de 1974, y especialmente de los artículos 8 a 12, en que se contiene una detallada regulación de las normas de Derecho Internacional Privado. No vamos a entrar ahora en el examen de tan minuciosa y renovada legislación, de los supuestos de aplicación respectiva de la ley personal, *lex rei sitae* y *lex loci actus*; ni siquiera de la regulación de los problemas de la forma en el nuevo artículo 11, tan lleno de cuestiones interpretativas, en cuanto afectan a los poderes otorgados en el extranjero, cuya eficacia se discutía en el presente recurso. Ello nos llevaría muy lejos. Baste con recordar la novedad de estas normas dentro de nuestro sistema, y la trascendencia que puede tener su aplicación sobre los documentos otorgados en el extranjero, en atención a una futura reforma de la legislación hipotecaria, en que se recojan las consecuencias documentales y registrales de estas nuevas disposiciones.

En el plano registral debe tenerse en cuenta la necesaria calificación de esos datos de Derecho extranjero, en cuanto condicionan la plena eficacia jurídica en España de aquellos actos y contratos otorgados fuera de nuestro país o en que intervienen personas de otra nacionalidad. Porque sólo los actos plenamente válidos pueden ser inscritos, y por eso la calificación registral se proyecta expresamente sobre la validez de los actos *dispositivos* que pretenden su entrada en el Registro (art. 18).

El tema de la inscripción en España de los documentos extrajudiciales otorgados en país extranjero y ante fedatario extranjero, y de los requisitos necesarios para conseguirla, tiene su respuesta legal en los artículos 4 de la Ley Hipotecaria y 36 del Reglamento Hipotecario. Según el primero

(1) Vid. nuestro comentario a la Resolución de 28 de marzo de 1974 en esta misma REVISTA CRÍTICA, número 504, págs. 1156 y ss.

de ellos (2), la inscripción en el Registro de la Propiedad español de los títulos otorgados en país extranjero se subordina a un doble condicionamiento: que se trate de títulos inscribibles por razón de su contenido, es decir, que puedan incluirse en la enumeración general del artículo 2.º de la ley; y que tengan fuerza en España con arreglo a las leyes (españolas), o sea, que resulten eficaces en España según los criterios de nuestro Derecho Internacional Privado. Supuesta la naturaleza inscribible del título correspondiente por contener un acto de los que legalmente son susceptibles de inscripción (3), pues de otra manera el problema no se plantea, la cuestión se centra en determinar cuáles sean los requisitos concretos para lograr esa eficacia en nuestro país.

El artículo 36 del Reglamento Hipotecario puntualiza en cuatro apartados esos requisitos, que podrían ser ordenados de la siguiente manera: a) Subjetivos. Es preciso que los otorgantes tengan la capacidad de obrar concreta para el acto de que se trate según su ley nacional (art. 36, 2, en relación con el art. 9, 1, del Código civil). b) Objetivos. El asunto o materia del acto o contrato ha de ser lícito y permitido por las leyes españolas (artículo 36, 1). La expresión reglamentaria «asunto o materia» del acto o contrato parece apuntar al objeto del contrato, entendiendo por tal la realidad social sobre la cual se proyecta la relación jurídica que de aquél deriva, relación contractual o negocial, las cosas y servicios (arts. 1.271 y 1.272 del Código civil), los bienes susceptibles de utilidad e interés (4). La licitud del objeto del contrato, cuando éste se refiere a prestación de servicios, es una exigencia impuesta por el artículo 1.271 *in fine* del Código civil. Referida a las cosas, y no ya a los servicios, la idea de licitud se transforma en la de comercialidad, tráfico o comercio lícito sobre ellas (Díez PICAZO). En cualquier caso, conformidad con las leyes españolas y cumplimiento de los requisitos objetivos que éstas imponen para la eficacia contractual, y ello tanto en relación con los contratos como con los meros negocios jurídicos (objeto negocial) realizados fuera de España y que pretendan aquí su inscripción. c) Formales. El documento realizado en el extranjero está sometido a la ley del país en que se otorgue en cuanto al cumplimiento de sus requisitos formales y, además, debe contener la legalización necesaria para gozar de autenticidad en España (art. 36, 3.º y 4.º, en relación con el art. 11, 1, del Código civil). Vigencia de la regla *locus regit actum* y del requisito de legalización para que esos documentos extranjeros puedan ser inscritos en España. En definitiva, respeto a las normas del Derecho extranjero en cuanto resulten aplicables según los principios del Derecho Internacional Privado (capacidad, forma) y concordancia del negocio jurídico así documentado con las normas vigentes en Derecho español.

Obviamente, la forma de acreditar el cumplimiento de esos requisitos depende de su propia naturaleza. La capacidad de obrar de los extranjeros, mediante certificado del Cónsul español en aquel país o del Cónsul extranjero correspondiente en España. Y de la misma manera, los requisitos formales del acto en cuestión. En ambos casos resulta necesario el conocimiento suficiente del Derecho extranjero aplicable para valorar, de acuerdo con él, la validez subjetiva y formal del acto. Así se recoge expresa-

(2) «También se inscribirán en el Registro los títulos expresados en el artículo segundo, otorgados en país extranjero, que tengan fuerza en España con arreglo a las leyes y las ejecutorias.»

(3) Recuérdese que la determinación de los actos y derechos inscribibles es algo que debe establecerse taxativamente en la Ley y no puede quedar en manos de la voluntad de los particulares. Estos podrán voluntariamente acogerse o no al esquema legal, y celebrar o no el acto en la forma legalmente exigida, lo que no pueden es decidir con su autonomía que un acto sea objetivamente inscribible. Aunque la fórmula legal para regular este repertorio de actos y derechos inscribibles sea genérica o extensiva (ejemplo: art. 2-2 L. H. en cuanto a los derechos reales), sólo por Ley puede determinarse el objeto de la inscripción.

(4) Sobre el problema dogmático del objeto del contrato y su explicación doctrinal, cfr. L. Díez PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, págs. 130-134.

mente en el propio artículo 36. En cuanto a los demás requisitos necesarios (licitud objetiva, legalización y autenticidad), que presuponen su confrontación con el Derecho español, el juicio sobre su cumplimiento queda directamente atribuido al Registrador en el ejercicio de su función calificadora porque, como funcionario español, debe conocer el derecho de nuestro país.

En el presente caso, la Sociedad Anónima vendedora, de nacionalidad suiza, actuaba representada por un extranjero, y el poder de representación había sido otorgado en Zurich. A su vez, el comprador era igualmente extranjero, representado por español, con poder formalizado en Alemania Federal. Dos son los problemas que inicialmente se planteaban en este recurso. Uno relativo a la aptitud y capacidad legal del comprador alemán para otorgar el poder de referencia, y a su justificación mediante la correspondiente certificación consular. Otro debido a la falta de legalización consular y del Ministerio de Asuntos Exteriores español de ambos poderes. Subsanado el primero de ellos con posterioridad (5), la discusión se centraba sobre el requisito de las legalizaciones y su forma de cumplimiento.

El Notario alegó que la legitimación de firmas de los poderdantes por él autorizada era suficiente para dar por cumplido el expresado requisito de la legalización de ambos documentos extranjeros, y hacía innecesaria la intervención consular y del Ministerio de Asuntos Exteriores. El Registrador estimó que dicha legitimación notarial no servía para acreditar la autenticidad de las firmas de los Notarios extranjeros que autorizaban dichos poderes, y que la legalización consular era además necesaria para hacer constar de manera cierta el lugar del otorgamiento de los poderes.

Planteadas así las cosas, cabe preguntar: ¿qué finalidad persigue el requisito de la legalización contenido en el número 4 del artículo 36 del Reglamento Hipotecario? Como el mismo precepto señala, dotar de autenticidad al documento otorgado en país extranjero. ¿Cuándo se puede reputar auténtico en España un documento formalizado en esas condiciones? Si en la autorización del documento extranjero interviene un Notario o funcionario judicial, habrá que acreditar que dichos funcionarios están en el ejercicio de su cargo y actúan dentro de su competencia territorial y funcional. Tales juicios de valor deberán ser formulados por el Cónsul español del lugar del otorgamiento, conocedor por tanto de esos extremos, y la actuación del Cónsul español en el lugar extranjero habrá de ser autenticada por el Ministerio de Asuntos Exteriores español, del cual depende. Como señala ROCA SASTRE, la legalización extiende el ámbito territorial de la fe o autenticidad de un documento público otorgado en el extranjero. No basta que un documento sea auténtico, es necesario que en España aparezca como tal, y el medio de conseguirlo es la legalización, en virtud de la cual tanto el carácter público del funcionario que lo autoriza, como su forma, constan de un modo que no debe ponerse en duda (6).

Así, pues, no debe confundirse la legitimación notarial de firmas, que acredita la identidad de la persona que firma el documento y suple, en su caso, a la fe de conocimiento, con la legalización del documento, que acredita la autenticidad del propio documento—no de los otorgantes que en él intervienen—fuera del lugar de su otorgamiento, mediante la dación de fe que recae sobre el funcionario autorizante de aquél y su competencia territorial y funcional. Parece lógico entonces que esta última actividad de la legalización, en cuanto se refiere a documentos extranjeros, se realice por medio del Cónsul o funcionario español con competencia territorial en el lugar extranjero del otorgamiento y no por un Notario español, que carece de esa competencia territorial y no puede conocer, por razón

(5) El problema de acreditar la capacidad de obrar de los extranjeros en función de su ley nacional es el más habitual e importante en la práctica. Lo cual nos reconduce al tema de la certificación consular acreditativa de tales extremos y sus requisitos. Véase para ello nuestro comentario antes citado a la Resolución de 28 de marzo de 1974, págs. 1158-1159.

(6) *Derecho Hipotecario*, 6ª ed., 11, pág. 598.

de su cargo, la validez de la actuación del funcionario extranjero, aunque conozca a los otorgantes de dicha nacionalidad.

En efecto, el Anexo Tercero del vigente Reglamento Notarial regula el ejercicio de la fe pública por los agentes diplomáticos y consulares de España en el extranjero. Según su artículo 17, las escrituras autorizadas en el extranjero por dichos funcionarios españoles hacen fe en todo el territorio español, una vez que sea legalizada su firma por el Ministerio de Asuntos Exteriores; y en el artículo 24 se reconoce a aquellos agentes la potestad de dar testimonio de legitimidad de firmas de toda clase de personas. A través de ambos preceptos se perfila el cauce legal para dar cumplimiento a aquel requisito de la legalización de documentos otorgados en el extranjero ante funcionario extranjero: legitimación de su firma por el Cónsul español correspondiente, y la de éste por el Ministerio de Asuntos Exteriores.

Además, la Resolución de la Dirección General de los Registros de 24 de marzo de 1971, expresamente citada por el Registrador en su informe, ha venido a reiterar la necesidad de que la firma de los Cónsules autorizados de revocación de poderes en el extranjero aparezca legalizada en el Ministerio de Asuntos Exteriores, para que pueda ser anotada esta revocación en el protocolo del Notario español en que obra la escritura matriz del poder así revocado (7).

En el presente recurso, la Dirección General confirma la nota de calificación del Registrador y no considera suficiente el testimonio de legitimidad de firmas de los poderdantes extranjeros autorizado por el Notario español para dar cumplimiento al requisito formal de la legalización del documento extranjero, por entender que esta dación de fe notarial no puede extenderse a la firma de los funcionarios autorizantes de dichos poderes (Notario alemán, funcionario del Tribunal Comarcal suizo), con lo cual no sirve para dotar de autenticidad en España a dichos poderes. Afirmación evidente, a nuestro juicio, que sigue la interpretación tradicionalmente vigente entre nosotros.

Pero al lado de tan fundada afirmación, se apuntan curiosamente dos opiniones relativas al caso propuesto y, en parte, conexas entre sí, cuyo valor sintomático no puede desconocerse: Los inconvenientes prácticos que los trámites de la legalización suponen, con dilaciones y gastos perturbadores para la celeridad del tráfico jurídico, todo lo cual hace que este requisito sea considerado desfavorablemente por los particulares y por la Administración. Y al mismo tiempo, la meritoria labor del Notario autorizante de la escritura de venta, al tratar de suplir por sí mismo, mediante el testimonio de legitimidad de firmas, el procedimiento para acreditar la autenticidad de los documentos extranjeros, bien que en forma extrarreglamentaria. Sin entrar ahora en este último juicio de valor, recuérdese sin embargo, por lo que se refiere a la primera de estas afirmaciones, que mientras no se modifique la regulación actual, sigue siendo obligatorio aquel doble procedimiento de legalización de documentos extranjeros

(7) Es cada vez más frecuente la falta de uniformidad de criterio en cuanto al requisito de legalización de los documentos acreditativos de revocación de poderes que, procedentes de diversos Consulados, se remiten a este Centro para que se comunique a los Notarios en cuyo Protocolo obran las respectivas escrituras matrices revocadas, conforme a lo previsto en el artículo 23 del Anexo III del vigente Reglamento Notarial que, a su vez, impone esa comunicación a los efectos previstos en el artículo 178 del propio Reglamento.

Ahora bien, de la misma forma que por existencia única de las garantías que debe ofrecer la intervención de fedatario público, cuando éste es Notario de distinto Colegio de aquel en cuyo Protocolo se debe anotar la revocación, el citado artículo 178 del Reglamento Notarial exige la legalización de la firma en el oficio de comunicación, debe entenderse, por idénticas razones, que la firma del Cónsul remitente debe ser legalizada en el Ministerio de Asuntos Exteriores a fin de que el Notario que ha de anotar la revocación pueda actuar a la vista de documentos—ya sean oficios, despachos o testimonios—en los que, como mínimo, consten la fecha de la escritura de revocación, el nombre y residencia del Cónsul autorizante de aquélla y, por supuesto, la firma original debidamente legalizada en ese Ministerio de Asuntos Exteriores.

(Cónsul + Ministerio de Asuntos Exteriores); que por razón de su competencia territorial, el Notario español no puede acreditar la validez del documento extranjero; y que, aun modificándose en una futura reforma reglamentaria ese cauce de la legalización consular, de manera que se establezca un procedimiento más rápido, eficaz y menos costoso, al servicio de un tráfico jurídico más dinámico y actual, sigue pareciéndonos necesario el cumplimiento de ese requisito de la legalización para acreditar suficientemente la autenticidad de los documentos otorgados en el extranjero. Como trámite previo para su inscripción en España.

M. A. G.

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

Por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA,
JOSÉ QUESADA SEGURA,
CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ y
FRANCISCO CASTRO LUCINI

I. REGISTRO DE LA PROPIEDAD

LA LEGITIMACION REGISTRAL RESPECTO A LINDEROS Y CABIDA, COMO PRESUNCION QUE ES, PUEDE DESTRUIRSE EN JUICIO CONTRADICTORIO. LA INSCRIPCION NO TIENE CARACTER CONSTITUTIVO. LA IDENTIFICACION DE LA FINCA ES CUESTION DE HECHO APRECIABLE POR EL TRIBUNAL «A QUO». REINSCRIPCION FUERA DE PLAZO (SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 1975).

Hechos.—Doña Montserrat Inglada Casado deduce demanda contra don Antonio Bigata Solá y doña María Solá Queraltó, reivindicando una porción de terreno que éstos habían incluido en su finca colindante con motivo de una agrupación de fincas y declaración de exceso de cabida sin justificarlo adecuadamente, por lo que suplicaba se declare nula la citada agrupación en cuanto al exceso de superficie y se ordene la cancelación registral correspondiente, y en mérito de todo ello se condene a los demandados a restituir a la actora la porción de terreno en cuestión, que ya lo tenía inscrito como incluido dentro de la superficie de su finca, reinscrita por destrucción del Registro.

Los demandados contestan oponiéndose y formulando reconvencción para que se declare que la finca de la actora sólo tiene 179,37 metros cuadrados y no los 712 que figuraban en su inscripción.

Evacuados los trámites de réplica, contestación a la reconvencción y de dúplica y practicadas las pruebas pertinentes, el Juez de Primera Instancia de Granollers dictó sentencia estimando en lo fundamental la demanda, declarando nula la agrupación realizada por los demandados en cuanto al exceso de cabida discutido y desestimando la reconvencción.

Interpuesto recurso de apelación por los demandados, la Sala Primera de la Audiencia Territorial de Barcelona confirmó la sentencia del Juzgado.

La parte demandada interpone recurso de casación por infracción de ley,

basándose, entre otros motivos, en error de hecho en la apreciación de prueba, violación por inaplicación del párrafo 1.º del artículo 38 de la Ley Hipotecaria respecto a la superficie que figuraba en el Registro a favor de los demandados (citando las sentencias de 21 de marzo de 1953 y 25 de enero de 1958) y violación por inaplicación de los artículos 3 y 13 de la Ley de Reconstrucción de Registros de 15 de agosto de 1873, en relación con el artículo 3, apartado 1.º, de la Ley de 5 de julio de 1938, pues la actora obtuvo su reinscripción una vez pasado el plazo que marcaban dichas leyes para que tal reinscripción pudiera perjudicar a tercero, condición que tenían los demandados respecto a aquella reinscripción posterior.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Mariano Gimeno Fernández, declara no haber lugar al recurso, destacando los «considerandos» segundo, tercero y quinto:

«Considerando que la conclusión fáctica a que llega la sentencia de Primera Instancia y que apoya su fallo, a través de un laborioso estudio del historial de la titulación de las fincas o terrenos a que este litigio se contrae, en relación con su realidad física, en el curso de las diversas vicisitudes llevadas a cabo en el transcurso del tiempo por segregaciones y transmisiones verificadas de la finca matriz, lo que es aceptado por la sentencia recurrida, haciendo además mención del resultado de la prueba pericial y de reconocimiento judicial, para llegar a idéntica conclusión que el Juzgado de Primera Instancia, con respecto a la identificación de la finca o terreno que la demandante trata de reivindicar, con independencia física en cuanto a sus linderos y extensión en relación con la de los demandados, conclusión que se trata de combatir por los recurrentes a través del primer motivo del recurso formalizado al amparo del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error de hecho en la apreciación de la prueba, resultante de documentos o actos auténticos que evidencian, a su juicio, la equivocación del juzgador, motivo que no puede prosperar porque su desarrollo se dirige a combatir la conclusión de identificación de la finca a que llega la sentencia recurrida, cuestión de hecho que compete al Tribunal *a quo*, cuyo criterio interpretativo de la prueba practicada sobre el particular ha de prevalecer sobre el de la parte, a menos que acuse un evidente error de hecho que se desprende de documento auténtico, supuesto que no concurre en el caso presente, pues todos los documentos que a tal fin se señalan por el recurrente carecen de tal carácter por ser precisamente los básicos del pleito, ya examinados por la Sala de Instancia, no pudiendo por ello tener la consideración de tales a los fines procesales del presente recurso y porque, en resumen, lo que verifica el recurrente es relacionar unos con otros para destruir la conclusión de hecho del Tribunal de Instancia, tratando de sustituirla por su criterio propio, frente al más objetivo del Tribunal, que además lo obtuvo relacionando el estudio de la prueba documental con el resultado de la pericial y del reconocimiento judicial sobre el terreno, razones todas que determinan la desestimación del motivo.»

«Considerando que bajo el motivo segundo, formulado, igualmente que los tres siguientes, al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusa la violación del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, lo que no puede haberse producido, pues el expresado precepto no establece más que una presunción, la que puede destruirse cuando a través de un juicio contradictorio se demuestra que los asientos registrales, en cuanto reflejan linderos, cabida, etc., no coinciden con la realidad física, cual resulta de los hechos que reputa probados la sentencia recurrida, sin que la inscripción tenga en nuestro Derecho carácter constitutivo, lo que posibilita poner de acuerdo la realidad física con la registral, como se desprende del propio precepto invocado, que autoriza o previene la necesidad de solicitar la nulidad o rectificación de la inscripción

registral, cuando se ejercite la acción reivindicatoria de dominio en todo o en parte de una finca inscrita, cual se ha verificado en el presente caso, aparte que lo que el recurrente realiza a través del desarrollo del motivo es una interpretación personal de la prueba documental obrante en autos para enfrentarla contradiciendo la del Tribunal *a quo*, que nunca podría verificarse al amparo del precepto que se cita como infringido en el presente motivo, que por todo lo cual ha de ser desestimado.»

«Considerando que el motivo quinto, en que se pretende acusar la inaplicación de los artículos 3 y 13 de la Ley de 15 de agosto de 1973, en relación con el artículo 3, apartado primero, de la Ley de 5 de julio de 1938 sobre reconstrucción de Registros y Orden de 1.º de junio de 1939, regula su-nuestos distintos al caso de autos, en que no entran en juego los preceptos hipotecarios, sino los meramente civiles, en relación con la identificación del terreno objeto de recíproca pretensión de reivindicación a través de la demanda y reconvencción, por lo que ha de rechazarse.»

COMENTARIO.—Esta sentencia confirma una vez más que la presunción *iuris tantum* derivada del principio de legitimación registral se extiende a los datos de cabida y linderos. No importa que en concreto admita un pronunciamiento en contra del Registro respecto a tales extremos, sino que lo que interesa es el razonamiento utilizado (*ratio*), que parte, sin duda, de la aplicación del artículo 38 de la Ley Hipotecaria a los datos registrales de superficie y linderos. Efectivamente, le hubiera sido muy fácil a la sentencia, siguiendo una corriente doctrinal y jurisprudencial, decir que los datos registrales de cabida y linderos no están comprendidos en el artículo 38, o sea, en el principio de legitimación registral. Y, sin embargo, sigue la vía o razonamiento contrario: que como tales datos están cubiertos por la legitimación registral, y ésta contiene una presunción *iuris tantum*, puede destruirse por la prueba en contrario. El resultado de una u otra forma de razonar en este caso concreto sería idéntico: prescindir de los datos registrales. Pero a efectos de doctrina legal, en relación con futuros casos en que no quede clara la delimitación de fincas colindantes, esta sentencia es terminante en pro de la aplicación de la presunción legitimadora a los datos físicos o descriptivos de la finca. Con lo cual no hace más que seguir la línea reiterada de varias sentencias de dicho Tribunal que, prescindiendo ahora del distinto resultado a que llegan en el caso concreto, parten del mismo principio; sentencias que tuvimos ocasión de recoger y comentar en otro lugar.

J. M. G. G.

II. DERECHOS REALES

PROPIEDAD EN AGUAS: CAPTACION DE AGUAS Y APERTURA DE POZOS A MAS DE 100 METROS, PERO EN PERJUICIO DE OTRO APROVECHAMIENTO PREFERENTE. INTERPRETACION DEL ARTICULO 23 DE LA LEY DE AGUAS. DILIGENCIA PARA MEJOR PROVEER ACORDANDO EMISION DE DICTAMEN PERICIAL POR IMPOSIBILIDAD DE PRACTICAR LA PRUEBA PROPUESTA. PRUEBA PERICIAL EN CASACION. CONGRUENCIA DE SENTENCIA, AUNQUE AÑADA A LO PEDIDO EXTREMOS ACCESORIOS (SENTENCIA DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 1975).

Hechos.—El Ayuntamiento de Altea y el Sindicato de Riego de Altea la Vieja deducen demanda contra «Agrícola de Benidorm. S. A.» (Agriben), alegando el Ayuntamiento ser propietario de una concesión administrativa

de aguas de la fuente «Garroferet», de 3,77 litros por segundo, y de otro manantial de las fuentes denominadas «Alhama», de un caudal aforado de agua potable de 5,85 litros por segundo, y el Sindicato de Riego alega tener la concesión de las aguas subálveas de La Puente y Barranco del «Garroferet». Los demandantes mantienen que la entidad demandada, al alumbrar un pozo para destinar el agua a abastecimiento de núcleos de población sitos en Calpe y otros lugares, ha producido el efecto de que las fuentes y manantiales de los demandantes hayan quedado secos, impidiendo su destino de abastecimiento a la población de Altea y su término y de riego a la zona. Citan los fundamentos legales y suplican se dicte sentencia declarando: a) que es ilícita la actitud de la sociedad demandada captando aguas que producen la merma total en unos casos, y parcial en otros, de las fuentes y aprovechamientos de las entidades demandantes; b) que tal conducta ilegítima perjudica al legítimo derecho de las entidades actoras al normal uso, posesión y aprovechamiento de las aguas de sus citados manantiales y fuentes; c) que, en consecuencia, debe cesar la ilegítima conducta y actitud de la demandada, absteniéndose la misma de realizar ni producir ninguna influencia que prive a las actoras de ese uso y aprovechamiento normal del agua; d) que con su referida conducta y actitud ilegal, la demandada ha producido claros perjuicios económicos a las actoras, cuyo importe de daños y perjuicios será tasado en ejecución de sentencia, y, en consecuencia, condenando a dicha sociedad demandada a estar y pasar por estas declaraciones y al pago de las costas.

«Agriben, S. A.», contesta a la demanda oponiéndose porque entiende que los pozos abiertos por ella no perjudican a las actoras, de cuyas fuentes distan más de 1.000 metros.

El Juez de Primera Instancia de Villajoyosa dictó sentencia desestimando la demanda.

La Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia, después de unas diligencias para mejor proveer acordando la práctica de un dictamen pericial en atención a la imposibilidad de practicar la prueba propuesta por la parte actora por causa de fuerza mayor (ya que con tal prueba hubiera quedado sin agua la población veraniega de Altea), dictó sentencia revocando la del Juzgado y declarando que es ilícita la captación de aguas que hace la demandada, por cuanto interfiere y distrae el caudal de las fuentes de los actores; que la demandada tiene que cesar en su conducta y abstenerse de realizar ni producir ninguna influencia que prive a los actores de ese uso y aprovechamiento normal de sus aguas, y que la aludida conducta de captación de aguas por parte de la demandada ha producido evidentes perjuicios económicos a los actores, cuyo importe se determinará en período de ejecución de sentencia, pero de acuerdo con unas bases concretas, que señala fijando el perjuicio en el 32 por 100 del total del agua obtenida por la demandada a partir del momento de la presentación de la demanda.

«Agriben» interpone recurso de casación por infracción de ley por los siguientes motivos: 1.º Violación del artículo 1.214 del Código civil, relativo a la carga de la prueba, ya que era a la parte actora a quien correspondía probar la merma de las aguas y no lo hizo así, sino que esa actividad probatoria fue sustituida por un dictamen pericial acordado en diligencia para mejor proveer. 2.º Violación del artículo 1.243 del Código civil por error de derecho en la apreciación de la prueba, ya que se ha realizado una prueba pericial sin adaptarse a la forma señalada por la Ley de Enjuiciamiento. 3.º Incongruencia de la sentencia, pues en la demanda se pedía la declaración de que se habían producido perjuicios económicos cuya fijación se haría en ejecución de sentencia y, sin embargo, la Audiencia fija de modo concreto el perjuicio y datos concretos acerca del mismo. 4.º Interpretación errónea del artículo 23 de la Ley de Aguas, ya que en la sentencia recurrida

se hacen dos declaraciones: que la actividad de captación de aguas por parte de «Agriben» es ilícita, y la segunda, que ha de cesar en su conducta y abstenerse de realizar ni producir ninguna influencia que prive a los actores del uso y aprovechamiento normal de sus aguas, resultando que como la apertura de los pozos está a más de 100 metros de distancia (distancia ática), el único límite del ejercicio de su derecho subjetivo es que no se reduzcan los caudales concretos de los aprovechamientos de los actores; pero la actividad de la demandada no es ilícita ni delictiva, sino, a lo sumo, una extralimitación, pues la figura implícita en el artículo 23 de la Ley de Aguas es el abuso del derecho, lo que excluye el carácter ilícito de la actividad en cuestión.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, Conde de Borrajeiros, declara no haber lugar al recurso por lo que se destaca fundamentalmente en los considerandos segundo, tercero, cuarto y sexto a undécimo:

a) *Carga de la prueba en relación con diligencia para mejor proveer acordando emisión de dictamen pericial por imposibilidad de practicar la prueba propuesta.*—«Considerando que antes de entrar en el estudio del fondo de los problemas que se suscitan en este motivo (el primero) conviene destacar: Primero: Que contrariamente a lo que en él se afirma, las partes demandantes ya en la Primera Instancia propusieron la prueba pericial, encaminada a demostrar aquella relación de causalidad entre la reducción del caudal de sus fuentes y las aperturas de los pozos por la entidad demandada—folio 168—, y con su proposición se mostró conforme la referida entidad—folio 169—y el Juzgado acordó su admisión—folio 171—. Segundo: Que incluso se realizaron las actividades judiciales precisas para proceder después a su práctica, la cual no pudo llevarse a cabo porque para ello habría que dejar sin agua a una populosa barriada, con lo cual expiró el plazo. Tercero: Que en la fase de apelación, y en el momento oportuno, se pidió el recibimiento a prueba para que pudiera practicarse lo que no se había podido llevar a cabo por causas no imputables a los proponentes, y la Audiencia, comprendiendo su procedencia, acordó tal recibimiento para que pudiera practicarse. Cuarto: Que otra vez surgió la misma causa de fuerza mayor, que impidió se llevara a cabo. Quinto: Que la Sala sentenciadora, una vez celebrada la vista de la apelación, comprendiendo que sin la práctica de esa prueba se producía la indefensión de los demandantes por causa de fuerza mayor, acordó, como diligencia para mejor proveer, la emisión de un dictamen pericial sobre los extremos que detalladamente se exponen en la providencia de 18 de enero de 1974, obrante al folio 59 del Rollo, la cual se llevó a efecto en 27 de abril siguiente, con el resultado que se refleja en dicho Rollo y que muy acertadamente recoge y aprecia la Sala de Instancia.»

«Considerando que sentado lo que antecede, se comprende que cae por la base toda la fundamentación del motivo, porque bien claramente se comprueba que dicha Sala, al acordar, en uso de las facultades que le confiere el artículo 340 de la Ley de Trámites, la práctica de ese dictamen pericial y al apreciar su eficacia, no suplió la inactividad de los demandantes, sino que hizo posible la práctica de una prueba que oportunamente había sido instada por la parte y admitida primero por el Juzgado y luego por el Tribunal de Apelación, la cual no pudo llevarse a cabo en los estrechos plazos que concede la ley, que coincidieron con la época veraniega, en la que había que dejar sin agua una populosa barriada; no hizo, pues, otra cosa sino ejercitar acertadamente una facultad que la ley le otorga para que pueda lograrse el triunfo de las justas pretensiones de los demandantes, que con las perforaciones y alumbramientos llevados a cabo por la demandada vieron reducido extraordinariamente el caudal de agua de sus fuentes, en posesión del cual llevaban ya muchos años.»

«Considerando que, además, la parte recurrente olvida: a) la naturaleza totalmente potestativa de la facultad que el artículo 340 otorga a los Jueces y Tribunales y que, como dispone el párrafo final de ese precepto, 'contra esta clase de providencias *no se admitirá recurso alguno* y las partes no tendrán en la ejecución de lo acordado más intervención que la que el Tribunal les conceda'; b) que aunque el referenciado precepto no señala de manera expresa el dictamen pericial, alude, sin embargo, a 'cualquier reconocimiento o avalúo que se reputé necesario', y la doctrina científica, la jurisprudencia y la práctica constante de los Juzgados y Tribunales proclaman al unísono que en esas frases vienen comprendidos lo mismo el reconocimiento judicial que el dictamen pericial que se juzguen necesarios a los fines de justicia; c) olvida también dicha parte recurrente que el criterio legislativo en materia de admisión de pruebas es muy amplio, pues el artículo 567 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con carácter general, dispone que 'contra la providencia en que se otorgue alguna diligencia de prueba no se dará recurso alguno', y d) que, en último término, el precepto invocado—artículo 340 de la ley—es de naturaleza adjetiva y nunca podría posibilitar un recurso de casación de fondo, y para posibilitar el de forma tendría que venir señalado específicamente en el artículo 1.693.»

b) *Prueba pericial: no es censurable en casación.*—«Considerando que la improcedencia de este motivo es evidente: Primero: Porque el referido artículo 1.243 es un precepto de mero reenvío, es una norma civil en blanco, y su invocación en casación, sin la cita de los que lo desarrollan, es totalmente inoperante, pues, como dice la sentencia de 25 de noviembre de 1935, sólo contiene una referencia al artículo 632 de la Ley de Enjuiciar. Segundo: Porque ni este ni aquel preceptos constituyen normas valorativas de prueba que pudieran ser infringidos por el juzgador y, además, la apreciación de la prueba pericial es facultad soberana de los Tribunales de Instancia, no censurable en casación—sentencias de 11 de diciembre de 1964, 11 de junio de 1963 y otras—. Tercero: Porque, como reiteradamente tiene proclamado la jurisprudencia, contra la libre apreciación de la prueba pericial, realizada por los juzgadores de Instancia, no cabe recurso alguno—sentencias de 2 de diciembre de 1964 y 11 de junio de 1963.»

c) *Congruencia de la sentencia, aunque añadida a lo pedido algunos extremos accesorios.*—«Considerando que en el motivo tercero, formulado al amparo de igual número del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia una supuesta incongruencia, por entender que el fallo otorga más de lo pedido, con violación, por tanto, de lo dispuesto en el artículo 359 de la referida ley; en defensa de tal motivo se alega que en la demanda origen del pleito se hacían cuatro peticiones, referidas a la ilicitud de la captación de aguas por la sociedad demandada, al perjuicio del derecho de las entidades actoras, a la abstención de producir influencias que privan a éstas de la posesión de las aguas y a la declaración de que se han producido perjuicios económicos a fijar en ejecución de sentencia. Sin embargo, dice la recurrente, la sentencia concede más de lo pedido, pues hace ciertas fijaciones que no se pedían en la demanda.»

«Considerando que con referencia a la congruencia conviene tener presente que, como ha tenido buen cuidado de señalar la doctrina jurisprudencial, no depende de que en el fallo se empleen las mismas palabras de la demanda o de la contestación, si las declaraciones del fallo tienen la eficacia jurídica necesaria para dejar resueltos los puntos objeto del debate—sentencias de 11 de febrero de 1920, 29 de enero y 28 de junio de 1934—y no se falta a ella aunque se agreguen en el mismo extremos accesorios que coadyuvan a su efectividad—sentencias de 7 de enero de 1920, 28 de noviembre de 1933, 11 de diciembre de 1940 y 3 de junio de 1965—o se otorgue una específica condena fijando la cuantía de los daños y perjui-

cios, a pesar de que se hubiera pedido sólo la genérica—sentencia de 3 de mayo de 1971.

«Considerando que en el caso de autos basta comparar las peticiones de la demanda y las declaraciones del fallo para comprobar su absoluta conformidad, sin que pueda sostenerse que el fallo las rebase, sino que, al contrario, se ajusta a ellas suministrando precisamente, y con el debido detalle, las bases para que en el trámite de ejecución se fije el importe de los daños y perjuicios sufrido por las actoras, como ellas lo solicitaban.»

d) *Interpretación del artículo 23 de la Ley de Aguas.*—«Considerando que en el cuarto y último motivo del recurso, formulado al amparo del número primero del citado artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la interpretación errónea del artículo 23 de la vigente Ley de Aguas, que se comete, según la parte recurrente, al declarar la sentencia recurrida que es ilícita la actividad de captación de agua realizada por la parte demandada y al condenarla a que cese en su conducta y se abstenga de realizar ninguna influencia que prive a las actoras del uso y aprovechamiento normal de sus aguas; para dicha parte recurrente, y en su particular exégesis, el dueño del terreno tiene derecho a alumbrar aguas y apropiarse las que existan debajo de su finca, tanto por medio de pozos artesianos como por socavones y galerías, siempre que guarde las distancias que señala el artículo 24, sin que la simple circunstancia de que por tales obras se distraigan o aparten de su curso o corriente natural convierta ese aprovechamiento en ilícito, ya que, como tal—a juicio del organismo recurrente—sólo puede calificarse el alumbramiento que se realice en terreno propio a menos de aquellas distancias.»

«Considerando que aunque la exégesis que hace la Sala sentenciadora del artículo 20 de la Ley de Aguas—precepto no aplicable al supuesto de autos, en que los dueños del terreno para extraer las aguas subterráneas utilizan motores—no es ortodoxa, sin embargo, la interpretación que realiza del artículo 23 de la referida ley—como base de su aplicación—se ajusta al espíritu que la inspira, que en el sentir de la jurisprudencia no es otro que el de subordinar el derecho del dueño del fondo para alumbrar las aguas de él, a la no preexistencia de un derecho de aprovechamiento anterior.»

«Considerando que constituyen ejemplo de esta correcta interpretación, entre otras, las siguientes clásicas sentencias: a) la de 29 de octubre de 1907, que declara que el sentido y espíritu de la Ley de Aguas, revelado en varios de sus artículos, como el 5, el 6 y el 23, autorizan para afirmar que el uso y aprovechamiento de las aguas... se halla subordinado al reconocimiento de un derecho anterior preexistente, sin que sea, por tanto, lícito intentar el ejercicio de derecho alguno de los reconocidos por la misma ley para tal objeto cuando con él se menoscaba otro preferente..., consistiendo en eso precisamente la principal razón reguladora de toda clase de aprovechamientos de aguas, principio especialmente consignado en el artículo 23, antes citado, a tenor del que el derecho reconocido en su primer párrafo desaparece con el supuesto del segundo; b) la de 29 de octubre de igual año, que reitera que los derechos reconocidos en la Ley de Aguas a los propietarios de los terrenos donde emergen o se alumbran están subordinados al principio fundamental del respeto debido a otro derecho preexistente, y c) la de 22 de diciembre de 1913, que mantiene la misma doctrina interpretativa de ese precepto.»

COMENTARIO.—La doctrina de esta sentencia, en relación con el artículo 23 de la Ley de Aguas, es más que discutible frente a los agudos razonamientos que la parte recurrente hace en el motivo cuarto del recurso, razonamientos que la sentencia no llega a rebatir totalmente, y hasta nos

atreveríamos a decir que no llega ni siquiera a contestar de modo directo y terminante.

Veamos primero lo que dice el artículo 23 de la Ley de Aguas: «El dueño de cualquier terreno puede alumbrar aguas y apropiarse plenamente, por medio de pozos artesianos y por socavones o galerías, las aguas que existen debajo de la superficie de su finca, con tal que no distraiga o aparte aguas públicas o privadas de su corriente natural.» «Cuando amenazare peligro de que por consecuencia de las labores del pozo artesiano, socavón o galería se distraigan o mermen las aguas públicas o privadas destinadas a un servicio público o a un aprovechamiento privado preexistente con derechos legítimamente adquiridos, el Alcalde, de oficio, a petición del Ayuntamiento, en el primer caso, o mediante denuncia de los interesados, en el segundo, podrá suspender las obras» ..

En relación con este precepto, el problema que se plantea en el motivo cuarto del recurso es el siguiente: partiendo ya de que exista un aprovechamiento preferente que es mermado por una captación de aguas realizada a distancia muy superior de la prevista por el artículo 24, se trata de saber si el que hizo esa captación de aguas debe cesar totalmente en su actividad o si puede continuar usando de las aguas, pero de modo que no merme el caudal aforado de agua que tiene el aprovechamiento preferente.

La postura de la parte recurrente es muy matizada: el artículo 23 de la Ley de Aguas concede *un derecho subjetivo* al dueño del terreno para que alumbrar y se apropie de las aguas que existen debajo de la superficie de la finca, siempre que se cumpla lo prescrito sobre distancias por el artículo 24; ese derecho subjetivo tiene el *límite* consistente en no distraer o apartar aguas públicas o privadas de su corriente natural, y este límite es consecuencia de la figura del *abuso del derecho*, que está implícita en el artículo 23. Consecuencia de esta postura es que quien ha captado las aguas en perjuicio de otro aprovechamiento anterior no debe cesar totalmente en su conducta, sino que debe conducirse de modo que no produzca ese perjuicio al aprovechamiento preferente, todo ello partiendo de que éste se cifra en un determinado caudal aforado de agua, y de que si obtiene tal caudal, no debe eliminar la actividad o conducta de la otra parte.

El Tribunal Supremo no se ocupa de todas estas matizaciones, ni de la naturaleza del derecho del artículo 23, ni de la teoría del abuso del derecho y de los límites del mismo, y lo que es más grave, no recoge con precisión la postura de la parte recurrente (confróntese la forma de exponer la interpretación del recurrente en el «considerando» diez). La sentencia se limita a sentar la declaración de que el derecho de captar aguas en su terreno está subordinado a la no preexistencia de un derecho de aprovechamiento anterior. Pero frente a esto podría decirse que si el derecho de aprovechamiento preferente está limitado y se concreta en un determinado caudal, la subordinación del derecho del dueño de un fundo a alumbrar las aguas de él sólo se producirá en la medida en que se merme o distraiga ese concreto caudal que constituye el objeto del aprovechamiento preferente.

Creemos que esto es lo que quería decir la parte recurrente en el motivo cuarto del recurso, pues la sentencia de la Audiencia le condenó a *cesar en su conducta*, que consideraba *ilícita*, y dicho recurrente lo que pretende es que se reconozca su derecho a captar aguas aun respetando el caudal aforado de la otra parte.

En favor de esta postura está no sólo la interpretación del artículo 23 de la Ley de Aguas, sino también el hecho de que en la demanda, la parte contraria solicitaba que se declarase ilícita la actitud de la sociedad demandada captando aguas que producen la merma total en unos casos, y *parcial en otros*, de las fuentes y aprovechamientos de las entidades demandantes. Es decir, la propia parte contraria reconocía que la merma de

su aprovechamiento no era total. En cambio, la sentencia de la Audiencia no recoge ese aspecto de la demanda relativo a la *merma parcial*, sino que condena, sin más, al demandado a cesar en tal conducta ilícita. Así las cosas, parece que la decisión de la Audiencia roza con la incongruencia, pues llega a más de lo que pretendía la parte actora.

Por tanto, desde nuestro modesto y personal punto de vista, se debería haber admitido el recurso casando parcialmente la sentencia de la Audiencia o declarando que la entidad demandada debe cesar en su conducta en tanto en cuanto merme el caudal de las entidades demandantes, debiéndose precisar los detalles correspondientes en trámite de ejecución de sentencia.

J. M. G. G.

III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

CUALQUIER PROPIETARIO DE UN PISO TIENE ACCION CONTRA LOS PROMOTORES DEL EDIFICIO PARA OBTENER LA REPARACION DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS POR MALA EJECUCION DE OBRA, AUNQUE RECAIGAN SOBRE LOS ELEMENTOS COMUNES (SENTENCIA DE 6 DE NOVIEMBRE DE 1975).

Hechos.—Los propietarios de unos pisos de un edificio constituido en régimen de propiedad horizontal demandan a los promotores-vendedores por una serie de defectos en la construcción, que habían sido reconocidos por los promotores en un convenio que se había firmado anteriormente. La demanda prosperó.

Doctrina de la sentencia.—Alegan los recurrentes: a) que como la sentencia se basa en la celebración de un convenio debían venir al pleito todas las personas que fueron parte en él; b) que el aludido convenio tuvo lugar entre los componentes de la comunidad, en ocasiones representada por su presidente, por lo que debían estar en el pleito todos los propietarios de pisos por sí mismos o por medio de su presidente; c) que el convenio no se concertó entre determinados propietarios de pisos y los demandados, como afirma la meritada sentencia, sino entre el presidente y aquéllos, y d) que, por tanto, no está bien tratada la relación jurídico-procesal, pues no son parte en el expresado juicio todos los contratantes, además de los promotores.

Con referencia a este motivo basta tener en cuenta que es doctrina legal establecida por esta Sala que cualquier propietario puede ejercitar por sí cuantas acciones le competan frente a los promotores o vendedores de su piso, para obtener la reparación de los daños y perjuicios que sean consecuencia de la mala ejecución de la obra o el cumplimiento de las obligaciones que dichos promotores o vendedores hayan convenido expresamente, bien se refieran únicamente a su piso o bien hagan relación a los elementos comunes, en cuyo último supuesto la actuación individual de un propietario beneficiará a los demás comuneros si tiene éxito, aunque no les perjudicará si fracasa.

NO PUEDE ADQUIRIRSE POR USUCAPION UNA VIVIENDA QUE ES ELEMENTO COMUN DE UN INMUEBLE EN REGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL (SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—Se arguye «error de derecho» en la apreciación de la prueba, sobre la no valoración pertinente en este aspecto del artículo 1.218, 1.º, del Código civil, sin advertirse que no puede cometerse por un Tribunal un error de esta naturaleza sino cuando no ha reconocido a una prueba determinada el valor de plena eficacia que le concede un precepto legal.

Si se admite que aquella vivienda, por estimarse destinada a la de portero, viene comprendida entre los elementos comunes del inmueble en el concepto que señala el artículo 396 del Código civil, es lógico que ese derecho que en su favor tienen reconocido los copropietarios no puede ser objeto de «usucapión» en favor de los demandados, ya que ni la ocupación por parte de éstos lo fue en concepto de dueños ni el título que aducen es justo.

ARBITRIO DE PLUSVALIA: OBLIGACION DE PAGO DEL ENAJENANTE (SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 1975).

Hechos.—Don George vendió a don Gerhard unas fincas en Canarias, comprometiéndose el vendedor a urbanizarlas y a pagar el Arbitrio de Plusvalía. El comprador demanda a don George por incumplimiento de estas obligaciones. El enajenante es condenado.

Doctrina de la sentencia.—El presente recurso acusa la inaplicación del artículo 1.125 del Código civil, en relación con el 718, apartado 1.º, párrafo 1.º y letra c) de la Ley de Régimen Local, el que ha de desestimarse, porque en el supuesto de transmisiones *inter vivos*, cual es la que se ha llevado a cabo en el caso de autos, la obligación de pago del Impuesto de Plusvalía, conforme al artículo 517 de la Ley de Régimen Local, recae sobre el enajenante, y si bien en el apartado b) del artículo 518 de la misma ley se hace constar que estará obligado al pago el adquirente, acto seguido agrega que salvo pacto en contrario podrá repetir sobre el enajenante el importe del gravamen, y cuando, como en el caso presente, según se afirma en la sentencia de Instancia, en la escritura de transmisión se hizo constar expresamente ser de cargo del vendedor el pago del Impuesto de Plusvalía, es evidente que, aun sin ser preciso, quedó reforzada la expresada obligación a que ha sido condenado el demandado en la sentencia objeto del recurso, sin que el precepto del artículo 1.125 del Código civil ni del artículo 718 de la Ley de Régimen Local, sobre todo teniendo en cuenta el apartado 3.º del propio artículo, pueda ser obstáculo a verificar la declaración.

La obligación de pago del impuesto, que ha sido reconocida o declarada en la sentencia recurrida, no se halla sometida al cumplimiento de ningún suceso futuro o incierto, puesto que tiene su origen en la transmisión llevada a cabo en la escritura de compraventa, siendo en todo caso su efectividad o pago lo que dependa de la liquidación que el Ayuntamiento haya verificado o verifique y su formal notificación a los interesados a los efectos de su conocimiento, firmeza y posibilidad, en su caso, del ejercicio de los oportunos recursos contra la misma por quienes puedan resultar obligados al pago, cuestión que no impide la declaración de la obligación convenida contractualmente en la escritura de referencia.

La naturaleza específica del contenido del recurso de casación, en cuanto

censura una actividad *in judicando*, no puede rebasar los límites en que se ejerció aquélla, resolviéndose cosas distintas de los temas que en la Instancia fueron planteados y sometidos a la consideración del juzgador.

LOS PACTOS DE ACTUALIZACION DE RENTA SOLO SERAN VALIDOS CUANDO ATEMPEREN SUS EFECTOS A LAS ALTERACIONES QUE EN MAS O MENOS SUFRA EL COSTE DE LA VIDA (SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 1975).

Hechos.—El arrendatario de un local de negocios demanda la nulidad de una cláusula de su contrato de arrendamiento en la que se prevé la revisión periódica de la renta. La demanda fue acogida.

Doctrina de la sentencia.—Si bien tiene declarado esta Sala que el principio de conservación del negocio jurídico, recogido en el artículo 1.284 del Código civil, obliga a preferir en los casos dudosos aquella interpretación que sea favorable a la validez del negocio y de cada una de sus cláusulas, este principio no puede ser entendido en términos tan absolutos que cuando alguna cláusula del contrato admitiere diversos sentidos tenga que declararse necesariamente su validez, puesto que también es doctrina de esta Sala que el referido artículo no exige que la interpretación atribuya a la cláusula dudosa un efecto determinado, de tal suerte que puede llegar a declararse la invalidez de la misma si determinado su sentido mediante la aplicación de las restantes reglas de hermenéutica contractual, pugna el contenido de ella con el de una norma imperativa o prohibitiva.

El artículo 1.285 del Código civil, referente a la exégesis contractual sistemática, obliga a interpretar las cláusulas de los contratos unas por otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas, ya que la intención, que es el espíritu del contrato, es indivisible, no pudiendo encontrarse en una cláusula aislada de las demás, sino en el todo orgánico que lo constituye.

No es óbice a la declaración de nulidad de una cláusula contractual que la misma haya tenido que ser objeto de previa interpretación.

Las sentencias invocadas vienen a establecer la doctrina de que los pactos de actualización de renta que se convengan entre las partes sólo serán válidos cuando realmente sirvan a tal finalidad, es decir, cuando atemperen sus efectos a las alteraciones que en más o en menos experimente el coste de la vida y que, por el contrario, no serán válidas cuando se limiten a establecer una posible y constante elevación de la renta, sin permitir a la vez su disminución para el supuesto de que baje el coste de la vida.

COMPENSACION DE CREDITOS (SENTENCIA DE 24 DE NOVIEMBRE DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—La doctrina jurisprudencial ha tenido que recordar con insistente reiteración que si bien es indudable que por la compensación se extinguen los créditos en la cantidad concurrente, esto sólo puede operarse con éxito en el supuesto de ser perfectamente conocidos los extremos compensatorios, que permiten estimar, sin duda, el montante de ambas cantidades, y nunca será posible si uno de ellos pende de una liquidación no practicada en el proceso por falta de la oportuna prueba sobre el particular, a cuyo respecto, en el caso de autos, la sentencia recurrida destaca en su segundo considerando que la prueba documental de la parte demandada y recurrente no consiguió otra cosa que poner de relieve una complejísima relación comercial, en la que las partes litigantes

aparecen unas veces como deudoras y otras como acreedoras, sin la existencia cierta de un adeudo, y estima la necesidad de una previa liquidación como indispensable para una conclusión positiva.

ANALOGIA «LEGIS» (SENTENCIA DE 5 DE DICIEMBRE DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—El motivo único del presente recurso es desestimable, porque implicando un problema de analogía *legis*, no invoca ningún precepto hermenéutico, ni aún menos integrador, de los preceptos legales que cita como infringidos, artículos 208 y 278 de la Compilación de Derecho civil especial de Cataluña, que les haga aplicables al caso de autos para determinar el momento en que hayan de valorarse las construcciones, mejoras y accesiones efectuadas por la recurrente en la finca fideicomitida, cuya cuantía se reclama en la demanda, que la sentencia recurrida refiere al informe parcial correspondiente al tiempo en que tuvieron lugar.

ES INTRANSMISIBLE A LOS SUCESOES DEL DONANTE LA ACCION REVOCATORIA DE LA DONACION MODAL EN EL SUPUESTO DE QUE ESTE NO LA HUBIESE EJERCITADO HABIENDO PODIDO HACERLO (SENTENCIA DE 11 DE DICIEMBRE DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—Respecto a la transmisibilidad o intransmisibilidad a los sucesores del donante de la acción revocatoria de la donación modal, acción fundada en el incumplimiento de las cargas impuestas al donatario, la sentencia de esta Sala de 16 de mayo de 1957, resumiendo el sentido de nuestra jurisprudencia anterior y posterior al Código civil, establece que tal acción es intransmisibile en el supuesto de que el donante habiendo podido ejercitarla no lo hubiere hecho, presumiéndose que en este proceder existe una renuncia tácita que los sucesores deben respetar; doctrina que no puede estimarse haya sido afectada, en uno u otro sentido, por la de la sentencia de este Tribunal de 29 de noviembre de 1969, ya que si en ella se alude al artículo 647 del mencionado Código, que prevé la revocación por incumplimiento de «condiciones», el supuesto en la misma decidido se refiere a la revocación de una donación por ingratitud del donatario.

Si se tiene presente aquella doctrina, tiene que parecer el motivo primero, que denuncia la interpretación errónea del citado artículo 647, al entender la Sala sentenciadora que la acción de revocación de la donación por incumplimiento de cargas no se transmitió a la sucesora de la donante; habiendo de parecer el motivo porque al declarar el juzgador de Instancia que no se ha acreditado la imposibilidad del ejercicio de tal acción por la donante ni la existencia de actos expresivos de su voluntad de revocar tal acto de liberalidad, y al rechazar, en consecuencia, la acción reivindicatoria ejercitada por la referida sucesora, se ha ajustado a la doctrina recordada en el considerando precedente.

PARA QUE EL PAGO EXTINGA LAS OBLIGACIONES HA DE SER COMPLETO (SENTENCIA DE 20 DE NOVIEMBRE DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—Es preciso para que el pago constituya un medio de extinguir las obligaciones y producir el efecto de liberar de las suyas al deudor, que sea completo y total, según, entre otras muchas, exigen las sentencias de esta Sala de 15 de junio de 1946 y 22 de marzo de 1947.

Para que pueda condenarse a una persona a satisfacer a otra una suma dineraria en concepto de daños y perjuicios, conforme al artículo 1.101 del Código civil, no es suficiente con que se haya producido el incumplimiento de las obligaciones contraídas, sino que es preciso acreditar adecuadamente la existencia de aquéllos.

PRINCIPIO PROHIBITIVO DE LA «REFORMATIO IN PEIUS» (SENTENCIA DE 24 DE NOVIEMBRE DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—El principio prohibitivo de la *reformatio in peius*, según conocida, por lo reiterada, doctrina jurisprudencial, no permite al Tribunal de apelación emitir decisiones que agraven la situación del apelante, eliminando o atenuando el vencimiento de su adversario, a menos que éste hubiere ejercitado también igual derecho o adherido a la apelación deducida de contrario.

EVICCIÓN: CITADOS POR EDICTOS LOS DEMANDADOS-VENDEDORES, NO PUEDEN ALEGAR IGNORANCIA DE LA DEMANDA DE EVICCIÓN (SENTENCIA DE 3 DE DICIEMBRE DE 1975).

Hechos.—Una compañía mercantil vendió a cuatro hermanos una finca rústica. Posteriormente, los compradores fueron vencidos en juicio y privados de la finca, pues ésta pertenecía al Estado. Los compradores demandan a la compañía vendedora, que es condenada a indemnizar.

Doctrina de la sentencia.—Es inviable el motivo primero, por interpretación errónea de los artículos 1.481 y 1.482 del Código civil, porque si bien es cierto que en los mismos se establece el requisito de la notificación de la demanda de evicción al vendedor como trámite previo a la de saneamiento cuando el que demanda al comprador es un tercero, también lo es que uno de los elementos que sirve para determinar la «voluntad *legis*» es el teleológico, esto es, la *ratio legis*, conforme a la cual la norma jurídica ha de ser entendida en el sentido que responda mejor a su finalidad, e igualmente es indudable que la notificación mencionada tiende a evitar que el vendedor, por ignorar la presentación de la demanda de evicción, no puede defender el derecho controvertido, no obstante su interés, y en el caso de autos se afirma que en el primer proceso declarativo, en el que los hoy recurridos fueron privados por sentencia firme y por derecho anterior a la compra de la mayor parte de la finca, fueron demandados no sólo ellos, sino también los derecho-habientes o sucesores de la «Compañía Aragonesa de Minas, S. A.», los que fueron citados por edictos, con lo cual quedó cumplida la finalidad de que llegara a su conocimiento el litigio promovido.

INTERPRETACION DE CONTRATOS (SENTENCIA DE 25 DE NOVIEMBRE DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—Es intrascendente a los fines de la casación civil decir que un documento se interpretó o no con error, pues lo único decisivo al respecto es el alegato de si con dicha interpretación se infringió alguna de las normas de hermenéutica legalmente establecidas y el concepto en que lo fue.

En materia de interpretación contractual, la conocida, por lo reiterada,

doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo ha proclamado que habrá de prevalecer la sentada por los juzgadores de Instancia, a menos que se pruebe que es absurda, ilógica, contradictoria o contraviene algún precepto legal.

NO QUEDAN AL MARGEN DE LA LEY DE USURA LAS OPERACIONES MERCANTILES E INDUSTRIALES (SENTENCIA DE 13 DE NOVIEMBRE DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—Lo dispuesto en la Ley de Usura es aplicable a toda operación sustancial equivalente a un préstamo en dinero, cualesquiera que sean la forma que revista el contrato y la garantía que para su cumplimiento se haya ofrecido.

Es jurisprudencia de esta Sala que no ha de entenderse en términos absolutos la antigua doctrina, según la cual quedan al margen de la Ley de Usura las operaciones mercantiles e industriales; siquiera al estar presididas por la idea de lucro, deba autorizarse para ellas una mayor libertad de contratación y aplicarse la norma especial cuando circunstancias muy calificadas revelen el carácter usurario del caso litigioso.

LA SOLIDARIDAD ESTABLECIDA EN EL ARTICULO 1.138 DEL CODIGO CIVIL, CUANDO DEL TEXTO DE LA OBLIGACION RESULTE SU EXISTENCIA, ES VALIDA NO SOLO PARA LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES, SINO TAMBIEN PARA TODA CLASE DE ELLAS (SENTENCIA DE 18 DE NOVIEMBRE DE 1975).

Hechos.—Un matrimonio concertó con una empresa constructora la edificación de un chalet en un solar de su propiedad. Una vez terminado resultó totalmente inhabitable a causa de hundimientos, grietas y múltiples defectos. El matrimonio demanda a la constructora, al Arquitecto y al Aparejador, quienes son condenados solidariamente a indemnizar a los actores. El Arquitecto recurre en casación, alegando que tal obligación debe ser mancomunada y no solidaria. Pero el Tribunal Supremo rechaza el recurso en base a la siguiente

Doctrina de la sentencia.—Se alega inaplicación del artículo 1.137 de nuestro primer Código sustantivo, al apreciar la sentencia recurrida la existencia de una solidaridad que nunca puede presumirse de no existir precepto legal o norma contractual expresa, debiéndose decir al respecto que ciertamente el Código civil, en caso de concurrencia de varios deudores en una misma relación obligatoria, sigue la vieja máxima romana de *concurso partes fiunt*, que consagra en el artículo 1.137, que establece la regla general de la mancomunidad, no presumiéndose la solidaridad, que solamente podrá existir cuando, excepcionalmente, se haya pactado de modo expreso, en contraste con la moderna dirección encaminada a fortalecer los vínculos obligatorios en garantía del crédito, de que son buenos ejemplos el BGB alemán y el Código italiano de 1942, no mencionándose tampoco la posibilidad de que la ley lo preceptúe, a diferencia asimismo con lo que para esta hipótesis se dice en la mayoría de los vigentes Códigos extranjeros, como el francés, portugués de 1966 y federal suizo de las obligaciones; pero no es menos cierto, sin embargo, que en el artículo 1.138 se permite la solidaridad cuando del texto de la obligación resulte su existencia, lo cual es válido tanto para las obligaciones contractuales, como para toda clase de ellas y, por supuesto, para las nacidas *ex lege*, que determina

y posibilita el artículo 1.089, no sólo cuando así se establezca en contrato, según reconoció con carácter general la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, sino también cuando su texto autorice a hacer aquella deducción; doctrina genérica de que se hizo por la misma jurisprudencia aplicación específica al supuesto que se examina del párrafo primero del artículo 1.591 del Código, en el sentido de que la obligación que el precepto establece no tiene su origen en la voluntad de las partes, sino en la ley, y su contenido expresa la igualdad de las responsabilidades del contratista y del Arquitecto, según las causas que den lugar a la ruina de un edificio, es decir, vicios de la construcción, del suelo o de la dirección, por lo que cuando concurren varias de ellas y no se puede discernir con precisión cuál o cuáles influyeron en la realidad de la ruina producida, debe apreciarse que dada aquella igualdad de responsabilidad habrá de tener el carácter solidario que resulta del texto de la propia obligación que la ley establece, que es justo lo sucedido en el caso contemplado; por todo lo cual, la doctrina, que es conforme, sin duda, con las más modernas directrices doctrinales y legislativas de *iure condendo* imperantes en la materia, debe ser mantenida.

LA FORMULACION DE UN MOTIVO «AD CAUTELAM» ES IMPROPIA, EN CUANTO SUPONE INSEGURIDAD POR LA PARTE RECURRENTE (SENTENCIA DE 17 DE NOVIEMBRE DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—Todos los documentos han sido estudiados por la Instancia en los considerandos de su resolución, y deducir de ellos consecuencias distintas de las que dedujo la Sala de la Audiencia equivaldría a sustituir el criterio del Tribunal por el de la parte, lo que según una extensa jurisprudencia de esta Sala desvirtúa el verdadero carácter de esta clase de recurso.

Debe desestimarse el motivo segundo, formulado *ad cautelam*, forma impropia a tenor de la sentencia de esta Sala de 19 de noviembre de 1966, en cuanto supone inseguridad por la parte recurrente, pero además inadmisibles según el párrafo cuarto del artículo 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

EL CONTRATO DE SOCIEDAD MERCANTIL IRREGULAR PRODUCE EFECTOS SOLO RESPECTO A SUS SOCIOS, NO CON RELACION A TERCEROS (SENTENCIA DE 19 DE NOVIEMBRE DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—Si bien es indudable que para que quede válidamente constituida la relación jurídico-procesal y se pueda resolver en cuanto al fondo de la cuestión litigiosa es absolutamente necesario traer al proceso a cuantas personas abarque, de manera inseparable, la relación jurídica material deducida en el mismo, también lo es que en el caso de autos no se da ese presupuesto objetivo, ya que tratándose de sociedad mercantil irregular es evidente que el contrato de sociedad despliega sus efectos sólo respecto a los socios, pero no con relación a terceros, como lo son tanto el arrendador del local, como el vendedor del otro, ya que si bien forman parte en los contratos de arrendamiento y de compraventa, respectivamente, son extraños a los pactos sociales y no pueden resultar obligados por la sentencia.

NO ESTA SUJETA A PRESCRIPCION EXTINTIVA LA ACCION PARA PEDIR QUE SE DECLARE LA INEXISTENCIA DE UN CONTRATO
(SENTENCIA DE 20 DE DICIEMBRE DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—Habiendo quedado subsistente la apreciación del juzgador *a quo* de que nos hallamos ante un caso de inexistencia contractual determinada por la falta del consentimiento requerido por el número primero del artículo 1.261 del Código civil, hay que recordar que con arreglo a la reiteradísima jurisprudencia de esta Sala, la acción para declararlo así, pese a lo prevenido en el artículo 1.961 del mismo ordenamiento, no está sujeta a prescripción extintiva, de acuerdo con la antigua regla *quod ab initium vitiosum est non potest tractu temporis convallescere*.

EL ARQUITECTO DIRECTOR DE LA OBRA NO ES PARTE EN EL PLEITO ENTRE EL PROMOTOR Y EL CONTRATISTA (SENTENCIA DE 15 DE NOVIEMBRE DE 1975).

Hechos.—El contratista de una obra demanda al propietario de la misma, reclamándole cierta cantidad. Es condenado el demandado a pagar al actor, tanto en el Juzgado como en la Audiencia. Recurre el promotor alegando defectuosa constitución de la relación jurídico-procesal por no haber sido demandado también el Arquitecto director de obra. El Supremo rechazó el recurso.

Doctrina de la sentencia.—Aunque los actores pueden, en principio, dirigir libremente su demanda contra la persona o personas que tengan por conveniente, esta Sala tiene declarado con reiteración que cuando por la naturaleza jurídico material del derecho ejercitado no pueda pronunciarse una declaración sino con referencia a varias partes, éstas han de figurar como demandantes o demandadas en el proceso, dado su interés en el derecho sometido a controversia, pues el principio de orden público de la veracidad de la cosa juzgada exige la presencia en el procedimiento de todos los que debieron ser demandados, cuidando de que el litigio se ventile con los que claramente puedan resultar afectados por las declaraciones de la sentencia, de tal modo que incumplido este presupuesto procesal de audiencia bilateral, la relación jurídico procesal queda viciosa e irregularmente constituida, impidiendo cualquier pronunciamiento sobre el fondo, defecto revelable de oficio por el Juez o Tribunal que advierta dicha anomalía; doctrina que tiene una clara y concreta manifestación en los supuestos de acciones relativas al nacimiento, vicisitudes y extinción de los contratos, respecto de los cuales no pueden los Tribunales pronunciarse cuando no figuran en la litis las personas que en tales contratos actuaron como partes o sus respectivos causahabientes.

En el caso de autos, contra lo que denuncia el recurso, esta doctrina legal no ha podido ser violada por la sentencia recurrida porque el Arquitecto director de la obra no es parte, no tiene evidente y legítimo interés en el pleito ni puede resultar afectado por la decisión jurisprudencial que se pronuncie, así como tampoco tiene el carácter de árbitro, con arreglo al artículo 1.598 del Código civil.

CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACION: CIRCUNSTANCIAS, ADMINISTRACION, DISOLUCION (SENTENCIA DE 24 DE OCTUBRE DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—Las características esenciales del contrato de «cuenta en participación», que según la ley, artículos 239 y 240 del Código de Comercio y la doctrina jurisprudencial son precisamente las de que por dicho contrato no se crea una persona jurídica con razón social determinada ni se forma un fondo común de bienes, ya que, a diferencia de lo que ocurre en el contrato de sociedad, «los cuentaparticipes» se interesan en la proporción que convengan en un negocio ajeno, que continúa perteneciendo privativamente al gestor, quien hace suyas las aportaciones que efectúan para dedicarlas al negocio en cuyas operaciones no tienen aquéllos intervención alguna.

Al no existir colaboración personal en una actividad económica común y siendo uno de los contratantes, el gestor del negocio, el que hace y dirige las operaciones en su nombre y bajo su responsabilidad individual, el colaborar con un capital al desarrollo de una empresa o negocio queda reducido, en este aspecto a una participación pura y meramente capitalista, y claro está que ello en ningún momento da lugar a la formación de un fondo patrimonial común, porque el capital puesto en la cuenta por el «partícipe» pasa al dominio del gestor, dueño o condueño del negocio, sin perjuicio de que aquél pueda conservar contra éste un derecho de crédito sobre la parte de capital aportado que no se pierda.

Si bien es cierto que la doctrina de este Tribunal viene estableciendo que la disolución de una sociedad no equivale a su extinción inmediata, sino que determina el comienzo de un período de liquidación durante el cual la entidad social sigue existiendo, no lo es menos que tal liquidación presupone su realización con efecto retroactivo al momento del fallecimiento del socio, determinante de la disolución de la sociedad; pero ello solo debe ser así cuando las operaciones divisorias se produzcan rápidamente y obtengan un positivo resultado logrando su inmediata efectividad, mas cuando, como en este litigio, se demora esa liquidación, produciéndose con ello una indefinida prolongación de las actividades negociales de la sociedad, y durante ese lapso de tiempo se constituye una nueva entidad social, que lleva aparejada la extinción de aquella otra, es lógico que el período de «rendición de las cuentas», que, según la sentencia recurrida, el demandado ha de cumplir, ha de tener su límite precisamente en la fecha en que se constituyó la nueva sociedad.

INTERPRETACION DE CONTRATOS: CONDICIONES PARA QUE ACTUE EL ARTICULO 1.124 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 30 DE OCTUBRE DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—Los motivos deben ser estimados, pues la Audiencia se atiene exclusivamente al contenido literal de las palabras del contrato, prescindiendo de la intención evidente de los contratantes, ya que no tiene sentido adjudicar en pago una finca para pagar una deuda de 1.500.000 pesetas, cuando la finca soporta una carga superior a esa cifra, adquiriendo sentido que la intención era adjudicar al actor el 40 por 100 del precio que se obtuviere sobre 6.000.000 de pesetas (2.400.000 ptas.) o, al menos, sobre una cifra muy superior a 1.500.000 pesetas, descontando, en todo caso, el valor de la hipoteca; resultando de la interpretación sistemática preconizada por el artículo 1.285 del Código civil, el carácter atípico y complejo de las relaciones jurídicas que mediaban entre los litigantes,

que no ofrece duda alguna son de carácter oneroso, no teniendo en cuenta la Sala de Instancia la mayor reciprocidad de intereses entre los contratantes.

También son estimables los motivos fundados en la infracción del artículo 1.124 del Código civil y jurisprudencia que lo interpreta, que viene señalando las condiciones necesarias para la resolución, que aparte alguna otra, puede concretarse en las siguientes: *a)* la acusada reciprocidad de las obligaciones en juego, *b)* la exigibilidad de las mismas, *c)* que el reclamante haya cumplido lo que a él incumbía, *d)* una voluntad rebelde y declarada en el acusado de incumplidor, sin que estos cuatro elementos aparezcan acreditados en la sentencia que se impugna, y si bien existe una conducta negligente de los demandados, no puede afirmarse la existencia de una voluntad deliberadamente rebelde.

NO QUEDAN AL MARGEN DE LA LEY DE USURA LAS OPERACIONES MERCANTILES E INDUSTRIALES (SENTENCIA DE 13 DE NOVIEMBRE DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—Según reiterada jurisprudencia de esta Sala, si bien debe concederse un mayor margen de libertad a las operaciones mercantiles e industriales, dadas sus características propias, como son el exclusivo fin de lucro y la mayor rapidez y facilidad con que se producen; no por ello debe entenderse que tales operaciones quedan al margen de la Ley de Usura.

CONGRUENCIA: NO ES LICITO VARIAR EN LAS SENTENCIAS EL PLANTEAMIENTO DEL DEBATE (SENTENCIA DE 18 DE DICIEMBRE DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—El concepto jurídico procesal de la congruencia, como lo definía, entre otras muchas, la sentencia de este Tribunal de 11 de julio de 1955, implica una sustancial correlación entre las pretensiones oportunamente deducidas en el juicio y la parte dispositiva de la sentencia, a fin de que correspondiéndose aquéllas y ésta queden resueltas en sentido afirmativo o negativo todas las cuestiones controvertidas.

En virtud de estos principios, no es lícito variar en las sentencias el planteamiento del debate ni, por tanto, cabe introducir cuestiones nuevas y no controvertidas, y mucho menos tratar de hacerlo cualquiera de las partes en un recurso extraordinario, como el de casación, cuya finalidad consiste en velar por la corrección legal de la sentencia recurrida.

COSA JUZGADA: NO HAY TAL EXCEPCION CUANDO SON DISTINTAS LAS ACCIONES EJERCITADAS (SENTENCIA DE 20 DE DICIEMBRE DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—En el único motivo que en el recurso se articula, se denuncia la violación del artículo 1.252 del Código civil, por estimar el recurrente que las peticiones formuladas en el suplico de la demanda origen de este segundo pleito no pueden ser resueltas por vedarlo la cosa juzgada establecida en el precepto que se dice violado; mas un detenido examen de los pedimentos de ambos pleitos, en el primero de los cuales se solicita el pago de una cantidad determinada en dinero, producto de una liquidación practicada por ambas partes, mientras que en el segundo se insta la declaración de que la sociedad ha sido disuelta y, como con-

secuencia, se practique la liquidación, evidencian que en ambos pleitos han sido distintas las acciones ejercitadas, puesto que al declararse por la Sala en su primera sentencia que no estaba practicada la liquidación en forma, era necesario que fuera realizada otra, razones que evidencian el acierto de la Sala *a quo* al rechazar la excepción de cosa juzgada formulada.

J. Q. S.

ARRENDAMIENTOS URBANOS

ELEVACION DE RENTA: SI LA RENTA SE FIJA POR MESES, SE ENTIENDE PRORROGADO EL CONTRATO DESDE EL MES SIGUIENTE A LA FECHA DEL MISMO (SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1974).

La entidad arrendataria de un local de negocio rechazó el aumento de renta pretendido por los propietarios del mismo, por lo que éstos formularon demanda, solicitando la resolución del contrato en el caso de que no pagasen el incremento de renta correspondiente.

No triunfó la demanda en el Juzgado número 5 de Madrid ni en la Audiencia Territorial. Pero sí prosperó el recurso de injusticia en el Supremo, por cuanto la Sala sentenciadora incurrió en error al declarar la caducidad de la acción del artículo 101 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, puesto que así lo demuestra el contenido de las cartas dirigidas por los demandantes a la arrendataria; en la contestación a la segunda, la demandada no alude a la caducidad de la acción ni hace la menor observación o reparo a las manifestaciones del notificante. Es legítima la elevación de renta solicitada, pues al fijarse la renta por meses, se entiende hecho el contrato por tal período y prorrogado al mes siguiente de la fecha del mismo, que es la de 1 de marzo de 1958, por lo que procede el incremento de renta del 34 por 100, según el Decreto de 15 de junio de 1972. En cambio, se ha de rechazar la resolución del contrato solicitada, porque, según el artículo 101 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, no procede si se consignan las rentas antes de contestar a la demanda o si la oposición no fuere temeraria, lo que no sucede aquí, por lo que se estima parcialmente el recurso interpuesto.

RETRACTO ARRENDATICIO: LA CITACION EN UN EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA REANUDACION DEL TRACTO NO SUPONE CONOCIMIENTO SUFICIENTE DE LA TRANSMISION REALIZADA A EFECTOS DEL EJERCICIO DEL RETRACTO ARRENDATICIO (SENTENCIA DE 5 DE DICIEMBRE DE 1974).

La arrendataria ejercita el retracto al enterarse de la existencia de un contrato privado de compraventa entre la primitiva arrendadora y un hermano suyo, cuya noticia tiene después del fallecimiento de aquélla.

El Juzgado número 13 de Madrid estimó la demanda, sin que tuviese éxito el recurso de apelación. Tampoco lo tiene el de injusticia notoria, por confundirse en el primer motivo preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Ley Arrendaticia, así como de la Ley Hipotecaria, lo que hace ininteligible tal motivo. Por otra parte, se quiere combatir la afirmación de la sentencia recurrida de que al retrayente no se le hizo notificación en forma ni tuvo conocimiento pleno de las circunstancias exigidas por los

artículos 47 y 48 de la Ley de Arrendamientos Urbanos para garantizar el correcto ejercicio del retracto, a pesar de su citación y presencia en el expediente de dominio para reanudar el tracto, por la vía de las presunciones, que es inadecuada e insuficiente ante la rotunda afirmación en contrario que hace la sentencia recurrida.

ACCION IMPUGNATORIA DEL ARTICULO 53 DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS: PROCEDE ESTA ACCION EN LOS CASOS DE VENTA DE LA NUDA PROPIEDAD (SENTENCIA DE 5 DE DICIEMBRE DE 1974).

Vendida la nuda propiedad de un piso arrendado, el inquilino solicita, al amparo del artículo 53 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que no se le pueda denegar la prórroga del arrendamiento, por exceder el precio del módulo legalmente autorizado, demandando en este sentido al nudo propietario.

El Juzgado número 1 de Lugo estimó la excepción de falta de legitimación pasiva y no entró en el fondo del asunto. La Audiencia de La Coruña revocó la sentencia anterior, estimando en todas sus partes la demanda y obligando al demandado a la aceptación de la prórroga forzosa del arrendamiento.

No prospera el recurso de injusticia. El recurrente sostiene que si el vendedor de un piso se reserva el usufructo vitalicio no puede ejercitar la acción del artículo 53 hasta que no se consolide la nuda propiedad por fallecimiento de aquél; pero esta alegación carece de fundamento, puesto que el Tribunal Supremo ha declarado que para la acción referida no es obstáculo que lo vendido no sea el pleno dominio, sino la nuda propiedad (sentencias de 1946 y 1958). De otro modo, podría haber lugar a un fraude de ley, porque bastaría transmitir la nuda propiedad para que se burlara el derecho de los inquilinos. No obsta tampoco que el derecho no sea exigible actualmente porque se admite el ejercicio de acciones de declaración de un futuro derecho a una prestación determinada, como es el supuesto del citado artículo de la Ley Arrendaticia. Ni es inconveniente que la mujer no haya sido demandada a pesar de tratarse de bienes gananciales, según la más reciente jurisprudencia, ni que tampoco lo haya sido el vendedor, puesto que es un caso en que nada tiene que defender, al no dirigirse la acción contra él.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO: NO SE PRUEBA LA EXISTENCIA DE UN CONVENIO TACITO ENTRE ARRENDADOR Y ARRENDATARIO QUE LE AUTORICE A ESTE A MANTENER CERRADO EL LOCAL (SENTENCIA DE 11 DE DICIEMBRE DE 1974).

Cerrado el local arrendado durante un plazo de dos años, se demanda al arrendatario, solicitando la resolución del contrato.

Tanto el Juzgado número 7 de Sevilla como la Audiencia admitieron la resolución del contrato. No se admite el recurso de injusticia porque la sentencia recurrida da como hechos probados que el local se halla cerrado desde 1969 sin causa que lo justifique, sin que sea bastante la subida de renta para probar la existencia de un convenio tácito entre arrendador y arrendatario que autorizaba a éste para mantener cerrado el local, lo que es un hecho nuevo traído a la apelación y, por tanto, excluido de su ámbito, sin que baste para su resolución la prueba de testigos, según el artículo 1.248 del Código civil, como acertadamente sostiene la Sala en la sentencia recurrida.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO: SEGUN REITERADA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL, LA FALTA DE OCUPACION DEL LOCAL EQUIVALE AL CIERRE DEL MISMO (SENTENCIA DE 12 DE DICIEMBRE DE 1974).

Se alca el cierre del local, anunciado incluso al público, para denegar la prórroga forzosa del arrendamiento.

El Juez de Manresa y la Audiencia de Barcelona estimaron la demanda. Se rechaza igualmente el recurso de injusticia porque acreditado por el conjunto de la prueba el cierre del local y el cese de toda actividad por tiempo superior al del artículo 62, número 3, de la Ley de Arrendamientos Urbanos, no se ofrece en el recurso nada que destruya esta premisa, a lo que cabe añadir que habiendo reiterado esta Sala que, en todo caso, la falta de ocupación equivale al cierre, es cuestión bizantina la planteada por los tres motivos, por lo que procede la desestimación total del recurso.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO: NO ES NECESARIO QUE EL CIERRE SE MANTENGA AL FORMULARSE LA DEMANDA, PORQUE ELLO DEJARIA LA PROSPERABILIDAD DE LA EXCEPCION A LA PRORROGA, A LA VOLUNTAD DEL ARRENDATARIO (SENTENCIA DE 14 DE DICIEMBRE DE 1974).

El local arrendado permaneció cerrado durante unos seis años, volviéndose a abrir dedicado a otra actividad. El Juzgado de Tuy estimó la demanda, confirmando la sentencia la Audiencia de La Coruña.

Se desestima el recurso de injusticia porque, según la sentencia recurrida, el local litigioso estuvo cerrado al público durante un período de tiempo superior al que la ley exige como mínimo para que pueda denegarse la prórroga. Como el local es de los que necesitan estar abiertos al público y no de los asimilados a local de negocio, del párrafo segundo del artículo 5 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en los que es indiferente que estén abiertos o no, el cierre por más de seis meses en un año integra causa de excepción a la prórroga, sin que sea admisible que el cierre exista como requisito *sine qua non* al tiempo de formularse la demanda, porque ello conduciría al absurdo de que la prosperabilidad de la excepción a la prórroga quedase supeditada a la voluntad del arrendatario y no a la realidad del supuesto legal.

OBRAS INCONSENTIDAS: NO EXISTE EXCESO EN LA REALIZACION DE OBRAS RESPECTO A LA AUTORIZACION DEL ARRENDADOR (SENTENCIA DE 16 DE DICIEMBRE DE 1974).

El arrendatario solicitó autorización para la realización de obras, pero, a juicio del arrendador, se excede efectuando algunas no autorizadas, que modifican la configuración de la planta, por lo que se solicita la resolución del contrato. El demandado niega que estas obras no estén incluidas en la autorización concedida.

El Juzgado de Jaca desestimó totalmente la demanda, confirmando esta doctrina la Audiencia de Zaragoza. Se rechaza también el recurso de injusticia, porque no se demuestra el error del Tribunal por la lectura de ninguno de los documentos y, en cambio, está probado el consentimiento del arrendador para la construcción de un nuevo servicio para caballeros, por lo que al darse el recurso sólo contra este motivo resulta inoperante en su totalidad y procede la desestimación.

OBRAS INCONSENTIDAS: NO SE DEMUESTRA DE MODO MANIFIESTO QUE EL ARRENDADOR NO DIESE SU CONSENTIMIENTO AL ARRENDATARIO PARA REALIZAR OBRAS MODIFICATIVAS DE LA CONFIGURACION DEL OBJETO ARRENDADO (SENTENCIA DE 17 DE DICIEMBRE DE 1974).

Fallecido el arrendatario quedó uno de los herederos en el local, quien efectuó diversas obras en el interior sin obtener permiso del propietario, según éste. El Juez de Calahorra estimó la demanda y declaró resuelto el contrato. La Audiencia de Burgos revocó la sentencia anterior.

Es desestimado el recurso de injusticia notoria porque el artículo 1.248 del Código civil es admonitivo y no preceptivo, por lo que contra la apreciación de la prueba testifical que hagan los Tribunales *a quo* no se da el recurso de casación ni el de injusticia, ya que han quedado sin efecto todos los preceptos del antiguo Derecho tasando la prueba testifical. No se demuestra de modo manifiesto que no diese su consentimiento el arrendatario para realizar obras modificativas de la configuración del objeto locado ni por el contrato de arrendamiento entre las partes ni por el acta notarial aportada, por lo que no procede la admisión del recurso.

ACCION IMPUGNATORIA DEL ARTICULO 53 DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS: NO PROCEDE CUANDO EL VALOR DEL TERRENO ES MUY SUPERIOR AL DE LO EDIFICADO, INCLUIDO DENTRO DE AQUEL (SENTENCIA DE 20 DE DICIEMBRE DE 1974).

Vendida la finca arrendada por cantidad superior a la correspondiente a la capitalización de la renta pagada por el arrendatario, éste demanda a los compradores solicitando se les condene a no ejercitar el derecho de denegación de prórroga, conforme al artículo 53 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Alegaron los demandados que la finca constaba de una extensión de terreno con una casa, dentro de su perímetro, de escaso valor respecto al del terreno, por lo que no procede el ejercicio de esta acción por el arrendatario.

El Juez de Santoña estimó la falta de legitimación pasiva de la vendedora y la caducidad de la acción respecto a los compradores, desestimando la demanda, lo que confirma la Audiencia. Tampoco prospera el recurso de injusticia, ya que no se evidencia error alguno en la apreciación de la prueba pericial y documental por el juzgador de Instancia, estando demostrado de forma absoluta que el valor del terreno dedicado a cultivo es superior a lo edificado dentro de él, por lo que no procede la acción ejercitada al amparo del artículo 53 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

NULIDAD DE CLAUSULA CONTRACTUAL: ES NULA LA CLAUSULA POR LA QUE SE PACTA LA ELEVACION PERIODICA, PROGRESIVA E INDEFINIDA DE LA RENTA (SENTENCIA DE 23 DE DICIEMBRE DE 1974).

Se pactó en un arrendamiento de local de negocio que la renta sufriría cada cinco años un aumento del 20 por 100 sobre la pagada en el anterior quinquenio, cláusula que el arrendatario considera nula por ser contraria a derecho, demandando al propietario para que se declare la nulidad y se devuelva al actor lo pagado de más con sus intereses. El demandado formuló reconvencción, alegando la inadecuación del procedimiento o inidoneidad del proceso elegido, ya que la acción no tiene su fundamento en

derechos reconocidos en la ley especial, por lo que debería ejercitarse el juicio declarativo correspondiente, pidiendo que se sustituya la cláusula en cuestión por otra en la que se fije la renta conforme al índice ponderado del coste de la vida, según los datos del Instituto Nacional de Estadística, habiendo lugar a devolverse entre las partes las cantidades que procedan, según esta nueva redacción de la cláusula. El Juzgado número 1 de Madrid estimó la demanda, confirmando la anterior sentencia la Audiencia Territorial.

No prospera el recurso de injusticia, porque la acción de nulidad de la cláusula de un contrato por la que se pacta la elevación periódica, progresiva e indefinida de la renta pactada no está sujeta al plazo de caducidad del artículo 106 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, ya que no emana de los derechos concedidos por la ley especial en materia de renta, sino de los reconocidos al arrendatario de forma irrenunciable, como es el de prórroga legal del artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Además, la caducidad es improcedente porque lo que es nulo no puede convalidarse por el transcurso del tiempo.

C. R. R.

V. SUCESIONES

DESHEREDACION.—REPUDIACION DE LA HERENCIA.—ADMISION DE LAS DECLARACIONES UNILATERALES DE VOLUNTAD COMO FUENTE DE OBLIGACIONES.—*Artículos 657; 853, 2.º; 997; 999; 988; 989; 1.113, párrafo 2.º, del Código civil (SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1975).*

LA DESHEREDACION ES DE INTERPRETACION RESTRICTIVA

Don F. L. M. dejó consignada su última voluntad en testamento notarial abierto, cuya cláusula tercera dice así: «Tercera: Declara que su hijo don F. le ha maltratado de obra e injuriado gravemente de palabra en repetidas y numerosas ocasiones y circunstancias con grave perjuicio para su salud, edad y prestigio personal del señor otorgante, pudiéndose acreditar tales imputaciones en los juicios de faltas número 930 del año 1957 ante el Juzgado Municipal número 2 de los de esta capital, y número 568 del año 1958 del Juzgado Municipal número 1 de esta población. Por todo ello, y de acuerdo con lo prevenido en el Código civil, deshereda de un modo formal y solemne a su citado hijo don F. L. C., pero para el supuesto improbable de que esta desheredación no prosperase instituye a dicho hijo en la legítima estricta o corta que con arreglo a derecho le corresponda.»

El hijo desheredado, una vez fallecido su padre, otorgó acta de manifestación en la que se obligaba a no establecer farmacia en la isla de Gran Canaria ni a fijar en ella su residencia; daba por terminadas definitivamente cuantas cuestiones de toda índole, incluso penales y civiles, habían podido existir o existan entre el mismo y sus hermanos; manifestaba que nada tenía que reclamarles por ningún concepto y renunciaba, en consecuencia y de modo expreso, a los derechos y acciones de cualquier naturaleza que pudieran asistirle. Y otorgó también escritura de repudiación de la herencia paterna, si bien, a pesar de los términos de pura, gratuita y simple con que se la califica, parece que el renunciante percibió de sus hermanos en contraprestación por tal renuncia y sin constancia documental fehaciente la cantidad de 300.000 pesetas.

Estimando ahora el hijo desheredado la inexistencia de las causas de desheredación y que la renuncia de la herencia es nula, por ser acto contrario a derecho, demanda a sus hermanos, únicos herederos de su padre, petición que fue estimada parcialmente por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Las Palmas, que declaró inexistentes las causas de desheredación y heredero en su cuota de legítima estricta al presunto desheredado, así como la nulidad de la obligación de no establecer farmacia ni residir en Gran Canaria.

Apelada esta sentencia por el actor y habiéndose adherido a la apelación los demandados, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Las Palmas estimó en parte la apelación y declaró la inexistencia de las causas de desheredación; que al actor le corresponde la legítima corta en la herencia paterna, de la que debe ser baja la cantidad de 300.000 pesetas, ya recibidas por él; que son nulas las obligaciones de no establecer farmacia ni residir en la isla de Gran Canaria; que son igualmente nulos el apartado de la propia acta en que el actor da por terminadas definitivamente cuantas cuestiones de toda índole, incluso penales y civiles, hayan podido existir o existan entre el mismo y sus hermanos, con la subsiguiente renuncia de acciones, y asimismo la repudiación de la herencia paterna por el actor.

Los demandados formalizan recurso de casación por infracción de ley con apoyo en los siguientes motivos:

Primero: Al amparo del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alegamos error de hecho en la apreciación de la prueba, que resulta de documentos auténticos, que ponen en evidencia la equivocación del juzgador.

Segundo: Al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alegamos infracción de ley, consistente en la violación del apartado segundo del artículo 853 del Código civil. La desheredación es una institución de Derecho civil establecida como facultad concedida al testador para reprimir las graves faltas y la maldad de aquellos que debieran heredarle, y tratándose del padre, el medio de castigar, valiéndose de su propia autoridad, al hijo que por su conducta o por las ofensas que le haya causado se haga indigno de sucederle, pero sin que para el ejercicio de este derecho haya de preceder ninguna sentencia condenatoria.

Tercero: Al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alegamos infracción de ley, consistente en la violación de los artículos 988, 989, 990 y 997 del Código civil. Despejadas las incógnitas que podían representar los temas relativos a la desheredación del actual recurrido, se hace necesario entrar en el examen del resto de los problemas que se plantearon en el litigio, y en los cuales, lejos de mantener uniformidad las sentencias de Instancia, discrepan profundamente.

Cuarto: Al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alegamos infracción de ley, consistente en la violación de los artículos 1.089, 1.254 y 1.258 del Código civil, así como la doctrina legal contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1932, 10 de enero de 1946, 26 de mayo de 1950, 1 de diciembre de 1955 y 21 de marzo de 1957.

Quinto: Al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alegamos infracción de ley, consistente en la violación de la doctrina legal contenida en las sentencias de 24 de abril de 1895, 7 de diciembre de 1896, 3 de enero de 1913, 21 de junio de 1945, 20 de septiembre de 1960, 9 de noviembre de 1961, 27 de noviembre de 1961 y 12 de diciembre de 1962.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Federico Rodríguez-Solano y Espín, declara haber lugar al tercer motivo del recurso, no así a los restantes, conforme a las siguientes consideraciones:

Considerando que el error de hecho en la apreciación de la prueba, que, a través del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se atribuye al juzgador de Instancia en el primer motivo del presente recurso, no puede servir de fundamento para lograr el resultado apetecido por la parte que lo formula, porque los documentos que para conseguirlo se enumeran por los recurrentes carecen de eficacia a dicho fin, ya que el testamento de 23 de julio de 1964 y las sentencias recaídas en los juicios de faltas números 930 de 1957 y 568 de 1958, seguidos ante los Juzgados Municipales números 2 y 1, respectivamente, de Las Palmas, son precisamente los que sirvieron de base a la controversia de que derivan estas actuaciones, y tanto ellos como las sentencias dictadas por la Audiencia Provincial de dicha ciudad en 2 de febrero de 1967 y por la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1969, se analizaron e interpretaron por el Tribunal *a quo* en los dos primeros razonamientos jurídicos de la sentencia de primer grado, aceptados por la Sala de Segunda Instancia, lo que origina que únicamente sea posible combatirlos en casación por la vía del número primero del citado artículo 1.692 y con apoyo en alguna de las normas de hermenéutica establecidas en los artículos 1.281 a 1.289 del Código civil, y no por el cauce formal alegado, según se proclamó por la jurisprudencia de esta Sala, entre otras, en sus sentencias de 10 de diciembre de 1969 y 15 de junio de 1970; ocurriendo lo mismo con la denuncia formulada por el padre de los litigantes ante la Policía Municipal de la mencionada localidad (documento núm. 5 de los relacionados en el recurso), por ser la que debió servir de base al primero de los juicios de faltas, antes indicados, y con la declaración de la esposa del demandante ante un inspector de vigilancia de la misma capital, por no guardar relación alguna con la causa de desheredación a que el motivo se contrae; así como con los documentos que se reseñan con los números 2, 3, 4 y 7, por tratarse de informes policiales o de distintas autoridades, respecto a la persona del demandante, que no pueden ser estimados como documentos auténticos, en cuanto a la casación, según por analogía se declaró en las sentencias de 10 de abril de 1947 y 29 de septiembre de 1964, aparte de que ninguno de ellos demuestra, y mucho menos de forma evidente, como la ley exige, la equivocación que se dice cometida por el juzgador de Instancia.

Considerando que lo acabado de exponer lleva consigo la decadencia del segundo motivo del recurso, formulado conforme a lo prevenido en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Trámites, porque al afirmar el Tribunal *a quo*, a la vista de los diversos elementos de prueba aportados al juicio, la no existencia de los malos tratos de obra e injurias graves, a que se aluden en la cláusula tercera del testamento de 23 de julio de 1964, para desheredar al actual recurrido, con apoyo en el número segundo del artículo 853 del Código civil, y al ser precisa la prueba de tales hechos por parte de quienes pretendan obtener la declaración de su eficacia (sentencias de 4 de noviembre de 1904 y 20 de mayo de 1931), cosa que no se ha realizado en el presente caso, es indudable que dicho juzgador no violó el mencionado precepto, sino que lo aplicó correctamente, según se expresa en la sentencia de 20 de junio de 1959, sobre todo cuando estas causas deben interpretarse restrictivamente por aplicación del principio general de Derecho *Odiosa sunt restringenda* y porque de otra forma se podría dar al traste con todo el sistema legítimo establecido en favor de los hijos por los artículos 806, 807, número primero, y 808 de la Ley Civil sustantiva.

Considerando que aun cuando el artículo 1.089 del Código civil no enumera las declaraciones unilaterales de voluntad entre las fuentes productoras de las obligaciones, tampoco contiene ninguna norma que las prohíba explícita y terminantemente, razón por la cual y con apoyo en algunos preceptos, como los artículos 1.254, 1.258, 1.330 y algunos otros del mismo Cuerpo legal y de la Ley Mercantil sustantiva, la jurisprudencia de esta Sala, rectificando criterios anteriores, las ha admitido en sus sentencias

de 10 de enero de 1948 y 26 de mayo de 1950, como creadoras del nacimiento de un título a favor de los sujetos a quienes va dirigido, entendiendo que deben obligar a su cumplimiento a los que las emitieron por reflejar su voluntad e intención de asumir los deberes apreciados, si bien con carácter excepcional y exigiendo con relación a ellas, en determinadas ocasiones, la concurrencia de algunos requisitos, como los de que no engendren incertidumbre respecto a su contenido, que se dirijan a personas determinadas a título dispositivo y no como mera enunciación de un propósito (sentencia de 21 de marzo de 1957), que impliquen el reconocimiento de algún derecho (sentencia de 15 de enero de 1957) o de una relación jurídica preexistente (sentencia de 1 de diciembre de 1955), así como den origen a un acuerdo vinculatorio si van seguidas de aceptación (sentencias de 17 de octubre de 1932 y 5 de mayo de 1958), y como el Tribunal *a quo*, en la sentencia recurrida, después de examinar y analizar detenidamente tales preceptos y doctrina legal y compararlo con lo consignado en el apartado cuarto del acta notarial número 920, de 9 de febrero de 1967, entendió que los requisitos a que se ha hecho referencia no concurrían en el apartado expresado, declarando, como consecuencia de ello, su ineficacia, es evidente que al actuar de ese modo no pudo infringir por violación tales normas y jurisprudencia, cual se pretende en el motivo cuarto del recurso, amparado en el número primero del repetido artículo 1.692, ya que, a lo sumo, únicamente lo podría haber transgredido por interpretación errónea, concepto de vulneración a que no se alude en el motivo y que no puede ser acogido por esta Sala sin contravenir lo dispuesto en el artículo 359 de la Ley de Trámites, aparte de no ser insólita ni absurda la labor exegética realizada por dicho juzgador, por no poderse tomar en consideración, como contrapartida de los beneficios ofrecidos a sus hermanos por el emisor del acta, que aquéllos se obligasen a desistir de la denuncia presentada contra él por el delito de injurias cometido contra uno de ellos, o mejor dicho, a perdonarle de sus consecuencias, conforme a lo establecido en el párrafo cuarto del artículo 467 del Código penal, puesto que había sido condenado por sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 2 de febrero de 1967, ya que nada se deduce de los hechos que la Sala de Instancia declara probados acerca del cumplimiento de semejante obligación por parte de los demandados; todo lo cual conduce a desestimar el cuarto motivo del recurso, y con él, el quinto, porque la prohibición de ir contra sus propios actos, a que aluden las sentencias que le sirven de fundamento, no se quebrantó en este caso concreto al haber incumplido los recurrentes la contraprestación, que sirvió de causa a la realización de los actos propios mencionados.

Considerando que, en cambio, debe prosperar el tercer motivo del recurso, formulado bajo la rúbrica del número primero del artículo 1.692, tantas veces citado, porque si bien es cierto que los artículos 997 y 999 del Código civil, inspirados en la máxima de Derecho romano *Semel heres, semper, heres*, declaran ineficaces las repudiaciones de herencias una vez hubiesen sido aceptadas expresa o tácitamente (sentencias de 23 de abril de 1928, 23 de mayo de 1955 y 14 de marzo de 1957), y que el actor pretende hallarse incluido en el supuesto establecido en el número tercero del artículo 1.000 del indicado Cuerpo legal, al consignar en el segundo pedimento de la súplica de su escrito de demanda que tenía percibida, como parte de la herencia de su padre, la cantidad de 300.000 pesetas, no lo es menos que la resolución impugnada, en su quinto razonamiento jurídico, reconoce la percepción de esa suma por vía presuntiva, pero declarando expresamente no haberse acreditado el concepto en virtud del cual le fue entregada y, por consiguiente, que ella representara el precio de la repudiación, y siendo ello así no puede entrar en juego lo preceptuado en la norma legal últimamente indicada, por lo cual, y teniendo presente que la Sala sentenciadora no da por justificado que la repudiación realizada en el acta número 921,

de 9 de febrero de 1967, no constituyera un acto voluntario y libre del repudiante, ni que su voluntad estuviera afectada por alguno de los vicios que anulan el consentimiento o que apareciera un testamento posterior desconocido, es indudable que al no haber reconocido la validez de tal acto, el Tribunal *a quo* ha infringido los artículos expresados y los 988 y 989 de la Ley Civil sustantiva, siendo ésa, tal vez, la razón por la que no expresó el fundamento por el que llegó a semejante acuerdo y por lo que procede dar lugar a este motivo, sin que contra ello pueda aducirse con éxito el contenido del artículo 991 del repetido Cuerpo legal, porque el actor, al repudiar la herencia de su padre, tenía plena conciencia de su fallecimiento y de los derechos sucesorios que le correspondían, con arreglo a los artículos 807, número primero, y 808, no deduciéndose, en cambio, de los hechos que se declaran probados en los considerandos de la Audiencia y en los del Juzgado de Primera Instancia, aceptados por ésta, su conocimiento, en el instante de emitir aquella declaración de voluntad, de la cláusula tercera del testamento de 23 de julio de 1964, y como el derecho a la legítima constituye la regla general, y la facultad de desheredar, la excepción, por consiguiente, ha de interpretarse en sentido restrictivo, al extremo de invertirse la carga de la prueba en cuanto a las causas en que se apoye (art. 850); de ahí que en el presente caso, el acuerdo judicial adoptado por el Tribunal de Instancia no contradiga las presunciones impuestas por el artículo 991, sobre todo cuando, aunque se entendiera que la declaración de nulidad de la desheredación constituyera una condición previa para gozar de la legítima estricta, en el supuesto aquí contemplado tal condición tendría el carácter de resolutoria y no suspensiva y sería exigible el derecho legitimario del actor, sin perjuicio de los afectos que puedan derivar de una ulterior resolución del mismo, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 657 y párrafo segundo del 1.113, ambos del Código civil, al igual que ocurre en cuantas hipótesis se anule cualquier disposición testamentaria.

Y en la segunda sentencia resuelve:

Considerando que por lo expuesto en los razonamientos jurídicos de dicha sentencia y por los argumentos empleados en los cuatro primeros, así como en los sexto, octavo y noveno de la dictada por el Juez de Primera Instancia número 4 de Las Palmas, debe confirmarse esta última en cuanto a sus tres primeros pronunciamientos y en lo referente a la validez de la repudiación del actor, revocándola respecto a los restantes, sin que sea preciso hacer mención en el fallo de las 300.000 pesetas recibidas por el actor, por no haberse justificado de forma adecuada el concepto en que le fueron entregadas, si bien ello no supone, de ningún modo, que haya de devolverlas.

DESHEREDACION — Artículos 695, 699, 851 y 853, 2.ª, del Código civil (SENTENCIA DE 9 DE OCTUBRE DE 1975).

Es necesario el *animus iniuriandi* para la existencia de la causa segunda de desheredación prevista en el artículo 853 del Código civil.

La desheredación por causa no probada sólo anula la institución de heredero en cuanto perjudique al desheredado.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Gregorio Díez Canseco y de la Puerta, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandada y apelada, con base a las siguientes consideraciones de las que se desprenden claramente los hechos que motivaron el litigio:

Considerando que el motivo único del recurso, interpuesto en representación de doña M. y don E. B. P., amparado en el número primero del

artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la violación del artículo 853, número segundo, del Código civil, debe ser desestimado porque la Sala sentenciadora para fundamentar el particular del fallo, que declara incierta y no probada la causa de desheredación contenida en el testamento abierto otorgado por el padre de los que aquí contienen en 28 de agosto de 1962, hace la declaración de que tanto las manifestaciones hechas en la demanda que rigió el juicio de mayor cuantía número 144 de 1961, seguido en el Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Vigo, como las efectuadas en la confesión judicial prestada por el desheredado en el juicio de mayor cuantía número 169 de 1961, seguido en el Juzgado de Primera Instancia número 2 de la misma ciudad, han sido vertidas en simple intención de apoyo de la tesis sostenida a nombre del desheredado únicamente en defensa, más o menos vehementemente, de los derechos de que éste se creía asistido, y es pretendida justificación de sus asertos y pretensiones formuladas en los relacionados procedimientos judiciales; afirmaciones todas ellas de hecho, que al no haber sido impugnadas por la vía adecuada en el recurso han quedado incólumes en casación, las cuales ponen de manifiesto que el desheredado no tuvo el propósito de agraviar el honor de su progenitor y que, por ende, falta el *animus iniuriandi*, cuya existencia es necesaria para viabilizar la causa de desheredación de que se trata.

Considerando que el segundo motivo del recurso, interpuesto en representación de don M. B. P., fundado en el número séptimo del ya citado artículo 1.692, denuncia un error de hecho en la apreciación de la prueba, es también desestimable porque según conocida, por lo reiterada, doctrina de esta Sala no son auténticos, a efectos de casación, los mismos documentos que el juzgador tuvo en cuenta para emitir su fallo, cual en este caso acontece con el testimonio judicial de 8 de agosto de 1962 y el acta notarial de 28 de agosto del mismo año, que son las únicas probanzas invocadas para demostrar la equivocación evidente que se imputa a la Sala sentenciadora.

Considerando que el motivo primero, articulado por la vía del número primero del indicado artículo 1.692, acusa la violación de los artículos 695 y 699 del Código civil, con base en que la voluntad testamentaria queda diluida en tres documentos: el propio testamento, el documento unido al mismo y el acta notarial de igual fecha que el testamento; alegaciones que no tienen otro valor que el de ser criterio del recurrente opuesto al de la Sala de Instancia, el cual ha de prevalecer frente al de aquél de no acreditarse su equivocación o manifiesto error, supuesto este último que aquí no concurre, antes, por el contrario, lo que los tres documentos evidencian es que la voluntad testamentaria está íntegra y exclusivamente contenida en el testamento, y que lo que el causante se propuso con la unión al mismo del testimonio judicial y con la referencia que hace al final del testamento en orden a que «bajo el número siguiente del protocolo figurara un acta referente a éste», fue únicamente facilitar la prueba de la desheredación que establecía, lo cual es intrascendente a efectos de la validez o nulidad del testamento, decayendo, en su consecuencia, el motivo examinado, así como el tercero, cuya prosperabilidad resulta estar subordinada al éxito de los dos anteriores.

Considerando que el cuarto y último motivo se funda en el número segundo del mencionado artículo 1.692, denunciando la violación del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por entender el recurrente que la resolución combatida resuelve la cuestión litigiosa de manera distinta a como fue planteada por las partes; motivo que ha de correr igual suerte que los precedentes. Conclusión a la que se llega con sólo considerar que no puede estimarse la incongruencia si no se expresa clara y concretamente cuáles fueron las declaraciones que debieron hacerse en la sentencia, lo que aquí no determina el recurrente; mas si se entendiera que lo que

reprocha a la resolución recurrida es no haber declarado la nulidad absoluta de la institución de heredero y herederos en iguales condiciones y proporción a los tres hijos del causante, entonces habría de estimarse que al socaire de la denuncia de un vicio de incongruencia, lo que en realidad se pretende es que la cuestión de fondo a que se contrae el pedimento B del suplico de la demanda sea resuelta en sentido distinto a como lo hace la Sala sentenciadora, la cual, ateniéndose a los términos en que tal cuestión fue propuesta y debatida, otorga al hoy recurrente menos de lo pedido, porque interpretando el artículo 851 del Código civil, llega a la correcta conclusión de que la desheredación por causa no probada, no anula absolutamente la institución de heredero, sino sólo en cuanto perjudique al desheredado, perjuicio que acertadamente hace consistir en la privación al recurrente de su legítima estricta o corta.

F. C. L.

2.º JURISPRUDENCIA FISCAL

POR CARLOS MARÍN ALBORNOZ

RECLAMACIONES. ACUMULACION. CONTRA LOS ACUERDOS POR LOS QUE SE CONVENGA O DENIEGUE UNA ACUMULACION DE RECLAMACIONES NO CABE RECURSO ALGUNO, TODA VEZ QUE SE TRATA DE UN MERO ACTO DE TRAMITE U ORDINARIO DEL PROCEDIMIENTO (SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1974).

Hechos.—En virtud de la presentación efectuada por la Sociedad Mercantil «Autopistas Concesionaria Española, S. A.», en la Oficina liquidadora competente, de varias actas de pago del justiprecio correspondiente a otros tantos expedientes de expropiación forzosa, dicha Oficina practicó liquidación por el Impuesto de Transmisiones a cargo de aquella Sociedad, con aplicación en la base de una bonificación del 75 por 100 por el número 1 al tipo del 7,40 por 100; disconforme con dicha liquidación, la Entidad antes expresada promovió reclamación económico-administrativa, que fue desestimada, y contra cuyo acuerdo se interpuso recurso de alzada ante el Tribunal Económico-Administrativo Central, que igualmente fue desestimado.

Contra dicho acuerdo se interpuso por la Sociedad citada recurso contencioso-administrativo ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, que fue admitido a trámite, y publicada la Ley de 17 de marzo de 1973, se dictó auto por dicha Sala, por el cual, con suspensión del trámite de dicho recurso por haber cesado la competencia de la misma para seguir conociendo de aquél, al quedar atribuido a la Sala de la Jurisdicción de la Audiencia Territorial de Barcelona, se remitieron las actuaciones a dicha Sala, la cual, con fecha 22 de febrero de 1974, dictó sentencia desestimando el recurso.

Interpuesto por la repetida Sociedad recurso de apelación, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado excelentísimo señor don Manuel García de Miguel, lo desestima en base a la siguiente

Doctrina.—Considerando que por el presente recurso contencioso-administrativo se impugna la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 4 de mayo de 1974, por la que dicho Tribunal, absteniéndose de entrar en el fondo de las cuestiones planteadas, acuerda anular todas las actuaciones practicadas en el expediente a partir del momento inmediatamente siguiente a la interposición de la correspondiente reclamación, a fin de que el Tribunal Provincial requiera a la Sociedad reclamante para que formule reclamaciones separadas contra las diversas liquidaciones objeto de impugnación, procediendo luego a la tramitación, también separada e independiente, de unas y otras, pronunciándose sobre ellas en única instancia.

Considerando que, por tanto, la resolución debatida se limita a declarar la improcedencia de la acumulación de varias reclamaciones, de donde resulta, pues, que, según el artículo 51 del Reglamento de Procedimiento, como para las reclamaciones económico-administrativas contra los acuerdos por los que se apruebe o deniegue una acumulación no cabe recurso alguno, con fundamento, sin duda, en que en realidad se trata de un mero acto de trámite u ordinario del procedimiento, es claro que, como ya declaró esta Sala en sentencia de 15 de noviembre de 1974, procede estimar que concurre la causa de inadmisibilidad prevista en el apartado c) del artículo 82 de la Ley de la Jurisdicción.

NOTA.—La Ley de 17 de marzo de 1973, modificadora de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956, tiene como principio cardinal, sobre el cual giran las innovaciones que contiene, conferir al Tribunal Supremo de Justicia una función procesal directiva y revisora, en vía de recurso, mediante una descongestión de su competencia, que en una parte sustancial se atribuyó a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de las Audiencias Territoriales. Ahora bien, la redistribución se opera sin excluir la intervención del Tribunal Supremo, ya que seguirá conociendo en Segunda Instancia de los asuntos dimanantes de la Administración Central, cuyo enjuiciamiento se transfiere a las Audiencias cuando sean susceptibles de recurso de apelación.

OBRA NUEVA Y PROPIEDAD HORIZONTAL. LA DECLARACION DE OBRA NUEVA Y LA CONSTITUCION EN REGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL CONSTITUYEN DOS ACTOS JURIDICOS DISTINTOS Y SUJETOS AMBOS AL IMPUESTO DE ACTOS JURIDICOS DOCUMENTADOS (SENTENCIA DE 18 DE DICIEMBRE DE 1974).

Hechos.—Sobre terreno de su propiedad, la Sociedad Mercantil «Inmobiliaria Peñagrande, S. A.», construyó tres edificios con destino a viviendas y plantas comerciales, haciéndose por la misma declaración de obra nueva para cada uno de los edificios señalados con los números 1, 4 y 5, constituyendo a éstos en régimen de propiedad horizontal mediante escrituras públicas de 28 de agosto de 1970, que presentadas en la Oficina competente se liquidaron por el concepto de actos jurídicos documentados en relación con la declaración de obra nueva y división.

Notificadas las liquidaciones se entablaron sendas reclamaciones económico-administrativas, recayendo resoluciones desestimatorias, frente a las cuales se entabló recurso contencioso-administrativo, que fue estimado por la Sala Primera de la Jurisdicción de la Audiencia Territorial de Madrid, considerando que debía procederse a practicar nuevas liquidaciones, gravando sólo el acto de declaración de obra nueva, con devolución de lo ingresado en más.

Contra dicha sentencia, el señor Abogado del Estado, en representación y defensa de la Administración Pública, interpuso recurso extraordinario de apelación, y siendo ponente el Magistrado excelentísimo señor don Enrique Amat Casado, el Tribunal Supremo lo estimó en base a la siguiente

Doctrina.—Considerando que la cuestión que se plantea en esta apelación se reduce sustancialmente a determinar si la declaración de obra nueva de un edificio en construcción y su constitución en régimen de propiedad horizontal comportan un solo acto jurídico—un solo hecho imponible configurador del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados—, como por la Sociedad accionante se postula, o si, por el contrario, cual la Administración mantiene, tanto la declaración de obra nueva como la cons-

titudin de la propiedad horizontal merecen la consideración de convenciones tributables.

Considerando que para el debido enfoque del presente recurso es conveniente señalar las vicisitudes por las que han pasado esos elementos materiales—declaración de obra nueva y constitución de la propiedad horizontal—, que la doctrina científica denomina situaciones de hecho o presupuestos del tributo, y que pueden resumirse en los siguientes puntos: 1.º Antes de la Ley de 11 de junio de 1964, las declaraciones de obra nueva de inmuebles por las que no se acreditara haber satisfecho el impuesto por el contrato de construcción quedaban sometidas al pago del Impuesto de Derechos Reales, al tipo del 2,25 por 100, más el recargo del 15 por 100, que estableció la Ley de 22 de diciembre de 1949, y en todo caso pagaban el Impuesto del Timbre en metálico si su cuantía era superior a las 100.000 pesetas, a razón de cinco pesetas por cada 1.000 o fracción, y la constitución de la propiedad horizontal por el propietario único del inmueble satisfacía también el Impuesto del Timbre por el número 8 de la tarifa, que concluía con la exacción en metálico del 5 por 100. 2.º A partir de la Ley de 11 de junio de 1964, el contrato de ejecución de obra quedó sujeto al Impuesto sobre el Tráfico de las Empresas al tipo del 2 por 100, que redujo así en cerca de 60 centésimas la anterior tributación por derechos reales para dar cabida al recargo para las Diputaciones Provinciales, en sustitución del arbitrio sobre la riqueza provincial, que inicialmente se calculó entre el 30 ó 40 por 100 del tipo del Tesoro, pero siempre quedaba a salvo, sin aumentar la recaudación para la Hacienda Pública, tanto en el acto de declaración de obra nueva como en el de constitución de propiedad horizontal por el propietario único, la posibilidad de exigir por otro concepto tributario el antiguo 5 por 1.000, que ambos venían devengando por el Impuesto del Timbre, y tal es exactamente el tipo del 0,5 por 100 del número 38 de la tarifa actual, que grava los actos jurídicos documentados.

Considerando que la sentencia de esta Sala de 5 de marzo de 1973, abordando el tema que en la calificación de estos presupuestos tributarios se plantea, ha establecido las siguientes conclusiones: 1.ª Que son actos jurídicos las declaraciones de voluntad encaminadas a dar publicidad, mediante el Registro de la Propiedad, a determinadas alteraciones producidas en los bienes inscritos. 2.ª Que como el Registro es una institución jurídica —lo que no puede ponerse en duda—, son también actos jurídicos los que tiendan a modificar la realidad registral. 3.ª Que si en la antigua Ley del Timbre eran valiables la declaración de obra nueva y la constitución de la propiedad horizontal, no se alcanza la razón por la cual no hayan de serlo en la actualidad, dado el sentido de los artículos 2 y 105, *d*), del Texto Refundido.

Considerando que en la resolución apelada se sostiene la tesis de que la declaración de obra nueva, en cuanto implica una manifestación de la propiedad, puede operar con caracteres de horizontabilidad, apareciendo *ex novo* de un otorgamiento directo o inmediato, «en que se recoge un solo acto», una relación de propiedad configurada con independencia de toda situación anterior, de tal manera que el acto que se documenta no necesita como antecedente la preexistencia de la propiedad horizontal en el inmueble; pero esta tesis, «en cuanto mantiene la existencia de un solo acto gravable» por el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, no debe ser acogida, sin embargo, a la luz de la doctrina que se expone en el anterior considerando de esta sentencia; porque si en este aspecto se advierte que la parcela de litis, previamente inscrita a nombre de su dueña, la Inmobiliaria recurrente, no sólo escriturariamente se altera por la incidencia de la constatación solemne de un edificio que se levanta y de unas fincas que la componen, seguro cimiento de una relación dominical sobre aquél y éstas a favor de la Inmobiliaria referida, que construyó en suelo propio, no obstante las palabras «en régimen de propiedad horizontal»,

consignadas al comienzo del segundo exponente de la escritura, que no son en el fondo más que el simple anuncio de lo que se va a otorgar y constituir después, sino que asimismo se altera y modifica con ese instrumental sometimiento de su única y exclusiva propiedad al régimen específico de la propiedad horizontal, que se otorga en la primera de las estipulaciones escriturarias, que constituyen precisamente su título, y que condiciona el acceso al Registro de los locales y pisos, a que hace referencia el número 5 del artículo 8 de la Ley Hipotecaria, en la redacción que le fue dada por el artículo 1 de la Ley de Propiedad Horizontal; claro es que se producen dos alteraciones superpuestas en la parcela mencionada—físico-jurídica la primera, estrictamente jurídica la segunda, y las dos con contenido y alcance diferentes—y dos son también los actos desencadenantes del tributo que es preciso detectar, al amparo de la doctrina de la expresada sentencia de esta Sala de 5 de marzo de 1973, por lo que aun haciendo abstracción de esa gran realidad consagrada en la Exposición de Motivos de la Ley de Propiedad Horizontal, a cuya luz el coeficiente o cuota no es ya la participación en lo anteriormente denominado elementos comunes, sino que expresa—activa y también pasivamente, como módulo para las cargas—el valor proporcional del piso y cuanto a él se considera unido en el conjunto del inmueble, el cual al mismo tiempo que se divide física y jurídicamente, «se divide así económicamente en fracciones o cuotas»; debe fijarse y se fija como doctrina legal en el presente caso: que la declaración de obra nueva y la constitución de la propiedad horizontal comportan dos actos jurídicos sujetos al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, reconociendo, en consecuencia, debe darse lugar al presente recurso por concurrir en el mismo los expresados requisitos del artículo 101 de la Ley Jurisdiccional.

CAJAS DE AHORRO. IMPUESTO ESPECIAL Y TRANSITORIO DEL 10 POR 100. LAS CAJAS DE AHORRO ESTAN SUJETAS AL CITADO IMPUESTO, NO SIENDOLES, POR TANTO, APLICABLE LA EXENCION QUE SE PRETENDE, PUES AUNQUE NO SE DEN EXACTAMENTE EN LAS CAJAS DE AHORRO LAS CIRCUNSTANCIAS ANUNCIADAS EN LA EXPOSICION DE MOTIVOS DEL DECRETO-LEY DE 27 DE NOVIEMBRE DE 1967. EN RELACION CON EL IMPUESTO DE QUE SE TRATA, LO CIERTO ES QUE ESTAN COMPRENDIDAS ENTRE LOS SUJETOS PASIVOS DEL MISMO (SENTENCIA DE 22 DE OCTUBRE DE 1974).

Hechos.—El 29 de enero de 1970 se notificó a la Caja de Pensiones para la Vejez y de Ahorros habersele practicado una liquidación provisional por el concepto de Impuesto Especial y Transitorio del 10 por 100, establecido por Decreto-Ley de 27 de noviembre de 1967, por la que resultó una cuota a ingresar de pesetas 16.283.773. Contra dicha liquidación se interpuso ante el Tribunal Económico-Administrativo Central, primero, y posteriormente en alzada ante el Tribunal Económico-Administrativo Central, siendo ambos desestimados por acuerdos de 8 de julio de 1970 y 22 de marzo de 1972, respectivamente.

Interpuesto recurso contencioso-administrativo ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo y remitidas las actuaciones, en virtud de la Ley de 17 de marzo de 1973, a la Audiencia Territorial de Barcelona, esta dictó sentencia el 14 de febrero de 1974 desestimando el recurso, toda vez que la cuestión planteada ha sido ya decidida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en sentencias de 20 de enero, 25 de septiembre y 13 de octubre de 1973, entre otras, resolviendo supuestos de absoluta analogía con el que

se enjuicia, y sobre la base de que la normativa legal contenida en el artículo 12 del Decreto-Ley de 27 de noviembre de 1967 y la Orden de 4 de abril de 1968, dictada por el Ministerio de Hacienda utilizando las facultades previstas en el artículo 27 del citado Decreto-Ley, establece que al ser las Cajas de Ahorro sujetos pasivos del meritado impuesto (art. 9, 4.º, apartado B, del Texto Refundido), y al no estar exentas de la obligación de contribuir por el mismo (art. 10 del mismo texto), también han de estar sujetas a tributación por el Impuesto Especial y Transitorio del 10 por 100.

Contra la anterior sentencia se interpuso por la representación de la Caja de Pensiones para la Vejez y de Ahorros recurso de apelación, el cual, siendo ponente el Magistrado excelentísimo señor don Nicolás Gómez de Enterría Gutiérrez, se desestima, confirmando, por tanto, la sentencia de la Audiencia en base a la siguiente

Doctrina.—Considerando que la cuestión principal que el presente recurso plantea, cual es el sometimiento y la no exención de las Cajas de Ahorro al Impuesto Especial y Transitorio del 10 por 100, establecido por el Decreto-Ley de 27 de noviembre de 1967, ha sido afirmativamente resuelta por esta Sala en sus sentencias de 20 de enero, 25 de septiembre, 13 de octubre y 25 de noviembre de 1972, y 19 y 26 de febrero, 21 de marzo y 10 de abril de 1973; criterio con el que viene a coincidir la dictada por la Sala Primera de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Barcelona con fecha 14 de febrero de 1974, la cual debe ser confirmada, en cuanto desestimó el recurso entablado por la Caja de Pensiones para la Vejez y de Ahorro; porque aun cuando no se den exactamente en las Cajas de Ahorro las circunstancias enunciadas en la Exposición de Motivos del Decreto-Ley, en relación con el impuesto de que se trata, lo cierto es que están comprendidas entre los sujetos pasivos del mismo, sin que tenga nada de extraño que siendo una la justificación general de la medida, transitoriamente adoptada, se produzca además un efecto reflejo, que no se quiso excluir, aunque ese efecto por sí solo no hubiera determinado la implantación temporal de aquélla.

C. M. A.

3.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

POR JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

RESOLUCION ADMINISTRATIVA IMPONIENDO SANCION POR LA DECISION DE DECLARAR «HUELGA DE HAMBRE» (SENTENCIA DE 23 DE ABRIL DE 1976).

I. INTRODUCCIÓN

1. Un recluso que se encontraba cumpliendo condena en la Prisión Central de Soria dirigió al director de dicho establecimiento penitenciario un escrito en el que formulaba diversas reivindicaciones y manifestaba que a partir de la hora del desayuno del día 2 de diciembre de 1968 se abstenía de tomar alimentos. Así lo hizo en unión de otros reclusos.

2. El director del centro entendió que ello constituía una infracción del artículo 112, apartado 3.º, del Reglamento Penitenciario, por lo que, previa la instrucción del correspondiente procedimiento sancionador, resolvió imponer la sanción de reclusión de veinte días de período de aislamiento por la comisión de una falta muy grave, reducida a grave en atención al apartado 2.º del artículo 114.

3. Agotada la vía administrativa, los sancionados interpusieron recurso contencioso-administrativo, que fue desestimado por sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1976, de que fue ponente Paulino Martín Martín.

4. Esta sentencia contiene una importante doctrina, tanto en el aspecto procedimental de requisitos de las resoluciones como en el tema de fondo del ejercicio de la potestad sancionadora y, concretamente, de la sanción por el hecho de haberse declarado en huelga de hambre.

II. LAS RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS COMO ACTO DECISOR DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

1. *Requisitos objetivos de las resoluciones administrativas*

La resolución constituye el acto administrativo fundamental. Es el acto que pone fin al procedimiento, el que decide las cuestiones en él planteadas. Cumple, dentro del procedimiento administrativo, función análoga a la que cumple la sentencia en el proceso. Refiriéndose al proceso y a su principal personaje—el Juez—, se ha dicho que, «al fin, la última palabra, la palabra decisiva, es la suya: todo aquello que se ha dicho en el curso del debate, se resume y decide en su decisión. El epílogo del drama, el

último acto del rito, es la sentencia» (1). Estas mismas palabras podrían darse por reproducidas, *mutatis mutandi*, al referirnos a la resolución administrativa.

Consecuencia de este carácter de la resolución administrativa es el principio de congruencia. Ciertamente el principio no juega en el procedimiento administrativo en la misma forma que en el proceso civil. Por la sencilla y elemental razón que aquí rige no el principio dispositivo, sino el inquisitivo. Y así lo ha reconocido una reiterada jurisprudencia. Como dice una sentencia de 16 de octubre de 1961, «según se declaró en sentencia de este Tribunal Supremo de 15 de junio de 1959, como no es idéntico el requisito de congruencia procesal en el orden gubernativo y en el jurisdiccional, cabe a las autoridades administrativas examinar y decidir particularmente suscitados en el expediente sin sujetarse estrictamente a la extensión y alcance de los escritos presentados, con tal que no rebasa la esfera de la propia competencia». Otra de 20 de febrero de 1963 declara: «El principio de la congruencia procesal, observable en las actuaciones gubernativas como en las jurisdiccionales, obligaba a los antecedentes que obraban en su poder, entre los que debía constar la extensión de la capacidad mouluradora, y al no hacerlo así es claro que su decisión adolecía de tacha, agravada por la limitación de los derechos reconocidos al actor, de suerte que aun cuando la resolución de la alzada quisiera acceder a lo instado, no lo hizo, es decir, que debe estimarse la pretensión que se contempla y declarar la invalidez de dicha Orden, así como el reconocimiento de derechos pretendido, conjugándolo con la conclusión a que se llegue respecto de la tercera Orden ahora revisada, dada la estrecha conexión entre ambas existente.» Y la de 11 de noviembre de 1963, entre otras, sienta esta doctrina general: «A tenor de lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley de Régimen Jurídico, Texto Refundido de 26 de julio de 1957, las resoluciones que dicte la Administración de oficio o a instancia de parte, lo serán con arreglo a las normas que regulan el procedimiento administrativo, y en este orden es obligatorio poner de relieve que, según prescribe el artículo 93, primero, de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, 'la resolución decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del expediente', por lo que ha de examinarse en este caso si la Orden ministerial objeto de recurso dio o no cumplimiento a dicho mandato legal de carácter esencial...; sentado lo que antecede, es de apreciar que la resolución recurrida no cumple el principio de congruencia procesal observable, tanto en las actuaciones administrativas como en las jurisdiccionales, y que obligaba a la autoridad ministerial a decidir todos los problemas planteados por el solicitante en la instancia que promovió el expediente administrativo en que recayó dicha resolución sometida a revisión en vía jurisdiccional, y al no haberlo realizado así es visto que su decisión adolece de tacha legal por inobservancia de lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 93 de la Ley de Procedimiento Administrativo y, consecuentemente, entenderse que por incurrir en infracción de dicho precepto procede declarar la nulidad de la Orden ministerial impugnada, con reposición del expediente al trámite procesal anterior al momento en que fue dictado aquel acto administrativo, para que con vista de la instancia formulada por el solicitante haga el pronunciamiento congruente que considere procede en Derecho.»

El órgano administrativo, pues, puede—y debe—plantearse cuestiones no planteadas por los interesados, siempre y cuando deriven del expediente. Pero, necesariamente, ineludiblemente, deberá resolver «todas las cues-

(1) Así, CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, Padua, 1954, págs. 46-47, por mí citado en mi trabajo *Derecho procesal administrativo*, 2.ª ed., Madrid, 1966, II, pág. 33.

tiones planteadas por los interesados». Así lo declara el artículo 93, apartado 1, de la Ley de Procedimiento Administrativo.

2. *Contenido y forma del acto resolutorio*

Si, en principio, el acto administrativo únicamente debe contener la decisión (art. 93, 2, de la Ley de Procedimiento Administrativo), en los casos a que se refiere el artículo 43 se exige, además, la motivación. Lo que supone la exigencia formal de que en el acto se exponga una sucinta referencia de hechos y fundamentos de Derecho. Es evidente que cuando esta motivación se recoge en algún informe o dictamen precedente, se cumplirá el requisito con su aceptación e incorporación al texto de la resolución.

Es incuestionable que entre los actos que han de cumplir el requisito de la motivación figuran los sancionadores, por su naturaleza específica y suponer una limitación en los derechos subjetivos (art. 43, 1, a), de la Ley de Procedimiento Administrativo).

Pues bien, para que se cumpla esta exigencia es necesario que la expresión en el texto del acto de los hechos y normas jurídicas que fundamentan la decisión permita conocer el acto en su totalidad. En esta sentencia, la sentencia comentada, en su segundo considerando, con una depurada técnica, delimita los requisitos objetivos del acto en los siguientes términos: «El acto resolutorio, como remate de un procedimiento sancionador, como de todo procedimiento en cuanto acto final y definitivo, debe contener todos los elementos precisos para su validez y eficacia, no resultando lícito tener que acudir a antecedentes o declaraciones contenidos en actos o trámites procedimentales anteriores para completar o comprender lo decidido por el acto definitivo o resolutorio de un procedimiento, ya que por la naturaleza o carácter de éste (acto principal como único dentro del procedimiento al que cabe atribuir carácter definitivo, como última palabra del órgano administrativo) ha de bastarse a sí mismo, debiendo por ello cumplir o contener todas las exigencias precisas, de fondo y forma, para su validez.»

III. LA POTESTAD SANCIONADORA

1. *La tipicidad en las transgresiones jurídico-administrativas*

Únicamente existe transgresión jurídico-administrativa cuando se ha infringido alguna de las normas que integran el Ordenamiento jurídico-administrativo. Ahora bien, para que la transgresión sea sancionable no basta la simple infracción del Ordenamiento, es requisito esencial que el propio Ordenamiento prevea esta consecuencia sancionadora a la infracción debidamente tipificada. Así lo ha establecido con carácter general la jurisprudencia al referirse a la potestad sancionadora. Como dice una sentencia de 17 de marzo de 1958, «la calificación específica de los hechos como faltas no es facultad discrecional, pues obligado resulta aplicar a las que en realidad resulten probadas aquella denominación entre las previstas en el Reglamento, que sea precisamente la adecuada a la naturaleza peculiar, caracteres y circunstancias propias de cada hecho». En el mismo sentido, por ejemplo, sentencias de 20 de febrero de 1957 y 5 de marzo de 1959, y referida específicamente a materia de orden público, merece ser destacada la correcta doctrina de una sentencia de 8 de febrero de 1971 (ponente: Suárez Manteola), que con el más depurado estilo sienta esta rotunda afirmación: «En la materia administrativa, como en la penal, rige el principio de legalidad, según el que sólo cabe castigar un hecho cuando

esté precisamente definido sancionarlo y tenga marcada a la vez la penalidad.» Y una sentencia de 16 de enero de 1976 (ponente: Suárez Manteola) recuerda «la doctrina jurisprudencial de esta Sala, que por su reiteración ha llegado al pleno conocimiento público, razón por la que no es necesario fijar las fechas de las sentencias en que se contiene, que: el acto o la omisión castigados tienen que hallarse claramente definidos como falta administrativa dándose la perfecta adecuación con las circunstancias objetivas y personales determinantes de la ilicitud, por una parte, y de la imputabilidad, por otra, debiendo rechazarse la interpretación extensiva o analógica de la norma, pues, con otro criterio, se reconocería a la Administración la facultad creadora de tipo de infracción y de correctivos analógicos, con evidente merma de las garantías jurídicas que al administrado reconoce el artículo 27 de la Ley de Régimen Jurídico, armonizado con el artículo 19 del Fuero de los Españoles, a base de individualizar y determinar la infracción estrictamente, de manera que no dé lugar a duda, como condición para su posterior calificación adecuada, a fin de reducir toda posible arbitrariedad en materia de infracciones administrativas, mediante una interpretación restrictiva, exigiéndose siempre prueba inequívoca y concluyente de la omisión de los hechos.»

Ahora bien, la tipicidad de la infracción no se da en el ámbito administrativo con la rigidez que en el penal. Pero, en todo caso, es necesario para que pueda sancionarse un hecho como infracción jurídico-administrativa que se encuentre previamente calificado como tal. Una sentencia de 15 de octubre de 1975 (ponente: Ponce de León) reitera la doctrina de la sentencia de 21 de enero de 1975, que establece que «en materia sancionadora es bastante con que se concrete la infracción de la norma de que se trata, aunque no aparezca específicamente determinada, pues con ello se observa el principio de legalidad que debe presidir en toda sanción que se imponga» (2).

2 La sentencia de 23 de abril de 1976

La sentencia comentada, aplicando esta doctrina jurisprudencial al contenido de las resoluciones de un procedimiento sancionador, ofrece el siguiente resumen: «Que el enjuiciamiento, en concreto, de una resolución administrativa que ultime un expediente correctivo o sancionador, tal como ha declarado la jurisprudencia (sentencias de 2 y 21 de junio de 1972, 8 de marzo de 1976, etc.), ha de partir del análisis del hecho o acto imputado, de su naturaleza y alcance, para determinar y ver si el ilícito administrativo perseguido es o no subsumible en alguno de los supuestos tipos de infracción administrativa previstos en el artículo 112 del Reglamento de Prisiones de 2 de febrero de 1956, y en base, en todo caso, de un criterio exclusivamente jurídico, puesto que la calificación de la infracción administrativa (referida a actos u omisiones aislados y concretos: sentencias de 30 de noviembre de 1961 y 21 de junio de 1972, etc.) no es facultad discrecional de la Administración o autoridad sancionadora, sino propiamente actividad jurídica de aplicación de normas, que exige, como presupuesto objetivo, el encuadre o subsunción de la falta incriminada en el tipo predeterminado legalmente, con rechazo de criterios de interpretación extensivos o analógicos como no adecuados a la naturaleza jurídica del procedimiento.»

(2) Así, refiriéndome a las infracciones urbanísticas, en mis *Comentarios a la Ley del Suelo*, 2ª edición, Madrid, 1976, págs. 1181-1182

IV. LA SANCIÓN DE LA «HUELGA DE HAMBRE» EN UN ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO

El cuarto considerando de esta sentencia de 23 de abril de 1976, literalmente transcrito, es el siguiente: «Que aunque sea cierto que la actitud del recurrente fue pacífica y correcta en su forma externa de manifestación y que el hecho de negarse a ingerir alimentos en el acto del desayuno el día 2 de diciembre de 1968 respondió a una posición meramente pasiva, sin daño para tercero, que como sacrificio se autoimpuso con la finalidad de reforzar la petición que por escrito formuló a las autoridades superiores en un intento extremo de encontrar soluciones adecuadas al *status* existente, injusto y discriminatorio según su parecer, no lo es menos que aun estimando que 'comer' o 'ayunar' sea un derecho de la persona que merece respeto y protección, en determinadas ocasiones, sin embargo, tal derecho en su ejercicio puede encontrar limitaciones nacidas de una situación especial de dependencia (sometimiento a una especial regulación de subordinación, servicio militar, régimen penitenciario, etc.), en cuanto ostensiblemente puede suponer quebranto del orden o de la disciplina del establecimiento (y como ocurre incluso en otros supuestos, v. gr.: los atentados a la vida o a la integridad física realizados por el propio titular dejan de ser inocuos para el Derecho cuando con ellos [lesiones, mutilación, etc.] se pretende eludir el cumplimiento de servicios o prestaciones obligatorias), como acontece en este caso, al resultar indudable que la iniciación de la 'huelga de hambre' responde a una acción concertada con otros 36 internos, como explícitamente reconoce la propia demanda y materialmente consta por el hecho jurídico de haberse presentado a la vez 37 escritos de petición-protesta, y rematar la acción por el llamado 'plante de comida', efectuado de una manera simultánea y con la misma finalidad; con ello se evidencia que no nos encontramos ante un lícito acto de renuncia de la acción, digo, ración, previsto en el artículo 256 del Reglamento, o de una simple abstención de comida basada en fundadas razones de índole diversa (sanitarias, psíquicas, etc.) y de interés personal o individual, sino que, como ya se ha dicho, obedecen a un planeamiento convenido tendente a presionar, en razón de la anormalidad creada en la vida de la prisión, reforzando una petición formulada, por lo cual y en aras del principio de unidad de doctrina que consagra el artículo 102 de la ley jurisdiccional, y teniendo en cuenta no sólo la identidad de supuestos, sino incluso la coincidencia de las circunstancias de todo orden (los hechos y sanción se originaron en los últimos días de 1968), la Sala ha de ratificar la doctrina expuesta en la sentencia de 13 de abril de 1971 (en igual sentido, la de 23 de febrero de 1966), que califica a tal proceder como de 'plante', y como tal, incluye en el supuesto de falta prevista en el número 3 del artículo 112 del Reglamento, ya que se da el concierto de voluntades y la 'abstención de comer' se realizó de una manera ostensible, patente, con el no encubierto deseo de reforzar las exigencias pedidas por anterior escrito; tal postura, por otro lado, trasciende ya inicialmente de lo que podemos llamar derecho de la persona a alimentarse a su arbitrio, puesto que independiente de su valoración ontológica, por los efectos altera o puede alterar el orden del establecimiento, como obviamente considerar que 'no comer' conduciría en plazo más o menos largo al interno (simplemente por no estar en forma, etc.) a una situación de imposibilidad material de cumplimiento de las obligaciones o exigencias consustanciales con el régimen de internado, y que al ser voluntaria la causa es rechazable desde un punto de vista jurídico-penitenciario; de otro lado, una huelga de hambre de 37 personas plantea, de hecho (por insuficiencia de medios técnico-sanitarios en una prisión como la de Soria), un problema grave al estable-

cimiento, como hace notar desde el principio del expediente el médico del organismo; razones todas ellas suficientes para desestimar en esta ocasión el recurso, con la consiguiente confirmación de la resolución recurrida.»

En este considerando, ante un supuesto de hecho que ofrece muy distintos matices, se sienta una ponderada doctrina, de la que es de destacar lo siguiente:

1.º Por lo pronto, la incuestionable aplicación del Ordenamiento administrativo sancionador en el ámbito de un establecimiento penitenciario. La sentencia no se plantea siquiera el tema. Da por supuesto el sometimiento al régimen administrativo sancionador del personal que cumple condena en una prisión. El hecho de que la condena venga impuesta por una sentencia dictada en el proceso penal correspondiente por el Juez competente, no desnaturaliza el carácter administrativo del régimen penitenciario (3).

2.º El derecho a «comer» y «ayunar». La sentencia no duda en reconocer que «comer» o «ayunar» es «un derecho de la persona que merece respeto y protección». Pero aun partiendo de este reconocimiento, aun cuando «comer» o «ayunar» sea un derecho, «su ejercicio puede encontrar limitaciones nacidas de una situación especial de dependencia ., en cuanto ostensiblemente puede suponer quebranto del orden o de la disciplina del establecimiento...».

Es éste el único planteamiento correcto de la cuestión planteada. No se enjuicia hasta qué punto es lícito a una persona comer o ayunar, sino el significado que al hecho de abstenerse de comer daban los 37 reclusos que, de común acuerdo, adoptaron esta actitud.

La sentencia, por las consideraciones que hace, aplica correctamente el Reglamento penitenciario al confirmar el acto impugnado.

3.º Y, por último, la sentencia alude al principio de unidad de doctrina, que consagra el artículo 102 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, reiterado en la jurisprudencia.

Al haber calificado sentencias anteriores hechos idénticos al ahora enjuiciado como 'plante' y, por tanto, incluíbles en la falta prevista en el número 3 del artículo 112 del Reglamento Penitenciario, la sentencia de 23 de abril de 1976 adopta la misma solución para no infringir aquel principio.

J. G. P.

(3) Sobre el tema de la naturaleza del Derecho penitenciario, cfr el completo trabajo de CANO MATA, *Derecho administrativo penitenciario protección al recluso*, «Revista de Administración pública», núm. 76, págs. 31 y ss.

III. Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central

VOCALIA QUINTA: IMPUESTOS DE SUCESIONES, TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURIDICOS DOCUMENTADOS

Por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA

TRANSMISIONES ONEROSAS DE ASCENDIENTES A FAVOR DE DESCENDIENTES: SI EL ADQUIRENTE ES DESCENDIENTE POR AFINIDAD Y LA ADQUISICION ES GANANCIAL PROCEDE LA APLICACION DEL ARTICULO 74 DEL TEXTO REFUNDIDO APLICANDO A LA TRANSMISION LOS TIPOS SUPERIORES DE SUCESIONES. EL ARTICULO 74 ES APLICABLE CUALQUIERA QUE SEA EL ESTADO CIVIL DEL ADQUIRENTE (RESOLUCIÓN DE 19 DE FEBRERO DE 1975).

Hechos.—Se presentó en la Abogacía del Estado escritura pública por la que los padres vendían una finca urbana a sus tres hijos solteros, a otro hijo casado, a sus tres yernos y a otra persona sin parentesco, compra que se hizo por octavas e iguales partes indivisas, sin que en la escritura otorgada en el régimen de Derecho común constara ningún dato o manifestación sobre el régimen matrimonial de bienes de los comparecientes casados ni sobre la procedencia del dinero invertido en la compra.

La Abogacía del Estado liquidó el documento aplicando a la compra de los tres hijos solteros la tarifa correspondiente a sucesiones; al hijo casado lo sometió a igual régimen, pero sólo en cuanto a la mitad de la base de su adquisición, aplicando en la otra mitad a la esposa del mismo, no compareciente en la escritura, el tipo de las compraventas, y a los yernos les exigió el impuesto también por compraventa, en cuanto a la base de la mitad de lo que adquirirían, liquidando sobre la otra mitad a sus respectivas esposas—no comparecientes—por la tarifa de sucesiones, sin ofrecer particularidad alguna la restante liquidación a favor del comprador que no tenía parentesco con los transmitentes.

Mediante escrito presentado ante el Tribunal Provincial se interpuso reclamación económico-administrativa, que fue resuelta en el sentido de que sólo procedía aplicar los tipos de sucesiones superiores respecto a los tres hijos solteros compradores, sin que fuera aplicable a los casados

y yernos el artículo 74, por lo que lo procedente era aplicar a los mismos el tipo de la compraventa.

Remitida copia de dicho fallo a la Dirección General de lo Contencioso, ésta interpone recurso extraordinario de alzada para la unificación de criterios, entendiendo que el artículo 74 del vigente Texto Refundido es aplicable tanto a los hijos legítimos como a los descendientes por afinidad; pero en lugar de dividir la base en dos partes, como hizo la Oficina gestora, era partidaria de girar a cada uno de los cónyuges una liquidación en proyecto sobre la totalidad de la base, una por el número 1 de la tarifa (hijo consanguíneo) y otra por el número 3 (descendiente afín), reduciendo las cuotas obtenidas en un 50 por 100 y sumando ambas mitades de cuota para obtener el resultado definitivo de la liquidación a girar.

Doctrina de la resolución.—El Tribunal Central, aparte de otras cuestiones que no nos interesan, resuelve el problema planteado sobre el artículo 74 en la forma que se dirá, destacando los «considerandos» séptimo, octavo, décimo, duodécimo y decimotercero, que exponemos a continuación:

«Considerando que el problema general que se suscita, como consecuencia del concretamente planteado en este caso, es el del régimen fiscal aplicable en el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales a las transmisiones onerosas otorgadas por los ascendientes a favor de sus descendientes, cuando el régimen económico-matrimonial de éstos es el de la sociedad legal de gananciales y no se justifica que la adquisición se hace con cargo a bienes privativos de los cónyuges.»

«Considerando que no ha de producir extrañeza la complejidad y dificultad de tal problema, puesta de manifiesto en los distintos criterios sostenidos a lo largo de estas actuaciones, desde el de la Oficina gestora hasta el del Centro Directivo del Impuesto, pasando por el del Tribunal Provincial, a partir del propugnado por los interesados y fruto de diversas circunstancias, a saber: a) las características de las presunciones fiscales, que, de una parte, no deben ir más allá en sus consecuencias de las razones que motivaron su definición y, de otra, han de cumplir las finalidades perseguidas; b) las modificaciones legislativas experimentadas en esta materia, sin que se haya promulgado el nuevo desarrollo reglamentario, y c) la propia singularidad del sistema de la sociedad legal de gananciales, tan característico del Derecho castellano, pero extraño al Derecho romano, que constituye en buena parte la base del Ordenamiento patrio vigente, lo que explica lo difícil que resulta a veces armonizarlo con el resto de dichas normas civiles, en especial durante la vida de la sociedad.»

«Considerando que el artículo 74 del Texto Refundido dispone que 'las transmisiones onerosas de bienes y derechos otorgados por los ascendientes a favor de sus descendientes se liquidarán por el número correspondiente de la tarifa del Impuesto General sobre las Sucesiones, si las cuotas resultantes fueran superiores a las derivadas de la aplicación del Impuesto General sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados', creando una verdadera ficción, aplicable sin otro requisito, cuando se dé el presupuesto inicial, que el referente a las cuotas, y el artículo 9, 2, del Reglamento de 15 de enero de 1959, establece que 'las transmisiones onerosas de bienes inmuebles y derechos reales constituidos sobre los mismos, otorgados por los padres a favor de los hijos legítimos, naturales o adoptivos, se liquidarán por el tipo de la compraventa de inmuebles salvo que dado el valor de lo transmitido, el tipo correspondiente de la escala de herencias fuese mayor, en cuyo caso se aplicará este último', precepto sustancialmente reproducido en el artículo 31, apartado 23, del mismo Reglamento, poniéndose de manifiesto: a) que el texto legal comprende las transmisiones onerosas de cualesquiera

ra bienes y derechos, sin limitarse, como el reglamentario, a las onerosas de inmuebles y derechos reales constituidos sobre los mismos; b) que el mismo texto legal se refiere a las transmisiones otorgadas por *ascendientes* a favor de sus *descendientes*, en lugar de referirse a las de los *padres* a favor de sus *hijos legítimos, naturales o adoptivos*, como lo hace el precepto reglamentario, diferencia que tiene un doble alcance, pues, de una parte, afecta al grado de parentesco en línea recta—lo que por su evidencia no requiere demostración—y, de otra, a la naturaleza de éste, con lo que se entra de lleno en el fondo del problema que ha de resolverse, partiendo de la idea de que donde la Ley haya modificado lo que dispone el Reglamento, a ella habrá que atenerse no sólo en virtud del principio de jerarquía de las normas, sino porque la vigencia que todavía conserva el Reglamento de 15 de enero de 1959 está condicionada a que no se oponga a los preceptos del Texto Refundido de la Ley (sexta disposición transitoria).»

«Considerando que a la vez (se refiere a los argumentos de la Dirección de lo Contencioso respecto a la aplicación del artículo 74 a los descendientes afines, que veremos en el comentario) ha de tenerse en cuenta que esta clase de presunciones—que apartan excepcionalmente al Derecho fiscal del Derecho civil, que en los Impuestos de Transmisiones y Sucesiones es normalmente el presupuesto sobre el que se construye el hecho imponible—no pueden ir más allá de las razones en que se basa su creación, en este caso evitar el fraude, que es lógico presumir en relaciones tan entrañables como la paterno-filial, legítima o natural y la adoptiva cuando se transmiten bienes a título oneroso, y más discutible o inexistente si el parentesco es de afinidad, por supuesto, en el régimen de separación de bienes, cuya realidad y arraigo en regiones de Derecho foral no puede desconocerse, así como la posibilidad en el Derecho común está admitida por el Código a través de la libertad para pactarlo en capitulaciones, y aun siendo el régimen el legal de gananciales, cuando se acredite suficientemente por el cónyuge afín al transmitente la procedencia del dinero con que compra; es decir, que la aplicación de la presunción a las transmisiones onerosas entre ascendientes y descendientes por afinidad no puede fundarse razonablemente en este parentesco por sí solo en relación con el consanguíneo del que es proyección y reflejo, criterio que debe ser medida ponderada y justa del rigor fiscal al hacer entrar en juego norma tan severa, limitándola a supuestos como el que ha dado ocasión a este recurso, en que siendo el régimen el de gananciales, el descendiente por afinidad que compra no justifique cumplidamente que adquiere con cargo a sus bienes privativos, habida cuenta, además, de la condición de tercero que ostenta la Hacienda Pública, que impide estimar como bastante a los efectos de que se trata la mera confesión de los interesados.»

«Considerando que delimitada así la aplicación de la presunción fiscal en los supuestos de parentesco por afinidad, sólo falta determinar la forma en que ha de liquidarse el impuesto, sin que quepa a este respecto descomponer en dos la liquidación a practicar por este negocio jurídico, mezclando indebidamente el que aparece pactado civilmente con el que la Ley Fiscal presume, cuando la presunción ha de aplicarse sin distinguir, como en ella no se distingue, ni tener en cuenta, por consiguiente, a estos efectos, el destino final de los gananciales, previsto en el artículo 1.392 del Código civil, que es la división por mitad entre los cónyuges, que sólo se produce al disolverse la sociedad, a lo que no obsta, en lo más mínimo, lo dispuesto en el artículo 95 del vigente Reglamento Hipotecario, tal como lo redactó el Decreto de 17 de marzo de 1959, no sólo por su ámbito propio, sino por su contenido, perfectamente concorde con la naturaleza de la sociedad, tantas veces puesta va de manifiesto modernamente por la doctrina y por las autorizadas resoluciones de la Dirección

General de los Registros y del Notariado (30 de junio de 1927, 8 de noviembre de 1944 y 20 de octubre de 1958), que han rechazado la existencia de una copropiedad de tipo romano entre los cónyuges y han admitido que comporta una especie de mancomunidad—o propiedad en mano común—entre aquéllos, sin atribución de cuotas ni facultad de pedir la división en tanto dure la vida en común, orientación seguida por este mismo Tribunal en repetidas resoluciones (27 de febrero de 1964, 7 de marzo y 6 y 14 de junio de 1968, etc.), de suerte que en casos como el de que se trata sólo ha de girarse por cada adquisición una sola liquidación, a cargo del adquirente descendiente por afinidad del transmitente, y por el número 3 de la tarifa.»

El Tribunal Económico-Administrativo Central acuerda estimar (el recurso) en parte, declarando, con respecto a la situación jurídica particular derivada de aquella resolución (del Provincial) y con la finalidad de unificar criterios: 1.º Que el artículo 74 del Texto Refundido. ., en cuanto regula la forma de liquidación de las transmisiones onerosas de ascendientes en favor de descendientes, es aplicable—cuando proceda—cualquiera que sea el estado civil de éstos. 2.º Que dicha norma comprende también a las transmisiones onerosas que otorguen los ascendientes en favor de sus descendientes por afinidad, cuando el régimen económico-matrimonial del adquirente fuera el de gananciales y la adquisición no hubiera de calificarse como privativa, debiendo girarse, en el supuesto a que el artículo 74 del Texto Refundido se refiere, una sola liquidación sobre la total base que resulte, a cargo del adquirente, por el número 3 de la tarifa vigente, que corresponde a la sucesión entre descendientes y ascendientes por afinidad, y declarando esta resolución de interés general a los efectos de su publicación en el *Boletín Oficial del Ministerio de Hacienda*.

COMENTARIO.—Acabamos de ver cuáles son las dos cuestiones que resuelve el Tribunal Central a propósito del artículo 74 del Texto Refundido, y que nosotros vamos a comentar distinguiendo dos epígrafes íntimamente enlazados:

1.º Aplicación del artículo 74 en relación con las adquisiciones gananciales de hijos casados.

2.º Aplicación del artículo 74 en relación con los descendientes afines.

A) APLICACION DEL ARTICULO 74 EN RELACION CON LAS ADQUISICIONES GANANCIALES DE LOS HIJOS CASADOS.—Dentro de este epígrafe se plantean interesantes cuestiones: si el citado precepto es aplicable o no a las adquisiciones gananciales; en caso afirmativo, si debe aplicarse sobre la totalidad de la base, sobre la mitad de la misma o teniendo en cuenta otro sistema especial de reducción de las cuotas; si debe aplicarse no sólo cuando el hijo (consanguíneo) figure como adquirente en el documento, sino también cuando no comparezca en el mismo, pero adquiriera para la sociedad conyugal su cónyuge.

De todas estas cuestiones nos vamos a ocupar distinguiendo las diferentes posturas o teorías existentes en el caso concreto:

a) *Posición que considera no aplicable el artículo 74 a las adquisiciones gananciales.*—Esta es la postura del Tribunal Provincial y de los contribuyentes que interpusieron la reclamación. No se nos dicen las razones o argumentos del citado Tribunal en defensa de tal conclusión, pero en la presente resolución se nos dice, como posición de dicho Tribunal, que la presunción del artículo 74 «se debilita» (1) cuando la transmisión se hace

(1) En el texto publicado por el *Boletín Oficial del Ministerio de Hacienda* (núm. 17, de 1 de mayo de 1975, pág. 1780) se dice «se delimita». Pero creemos que querrá referirse a la expresión «se debilita» utilizada por BAS Y RIVAS que, al parecer, parte de esa misma posición, si bien se pronuncia así de escuetamente, sin ulteriores explicaciones.

a favor de los hijos casados y, además, sólo declaró bien extendidas las liquidaciones giradas a los hijos solteros. Quizá el fundamento sea el mismo que el de los contribuyentes, es decir, que «si adquiere la sociedad legal de gananciales no cabe aplicación del artículo 74», que no se refiere a tales adquisiciones. Pero este argumento no es convincente, porque la sociedad de gananciales no tiene personalidad jurídica y, por tanto, no es sujeto pasivo del impuesto, sino que lo son los cónyuges; con la conclusión de que el artículo 74 no queda excluido, por ser la transmisión a favor de sus dos titulares, uno de ellos el hijo del transmitente, y no a favor de la sociedad, que no es persona jurídica.

Todavía se nos ocurre otro argumento hipotético en pro de esta tesis, pero es para rebatirlo a continuación, pues tampoco nos convence. Consistiría en partir de que el artículo 74 contempla una presunción de transmisión lucrativa a favor del hijo, a pesar de que en el documento se declare que la transmisión es onerosa, y sobre base, se añadiría que en el supuesto de adquirente casado en régimen de gananciales opera la presunción de ganancialidad del artículo 1.407, que no es ya una simple declaración, sino una presunción legal que desvirtuaría el supuesto de hecho del que parte el artículo 74, que es, como hemos dicho, el de presunción de transmisión lucrativa, y, por tanto, no sería aplicable. En resumen, ante la prueba de transmisión onerosa que representa la presunción de ganancialidad se diría que no opera la presunción de transmisión lucrativa del artículo 74 del Texto Refundido.

Sin embargo, hemos dicho de antemano que no nos convence esta hipotética argumentación. En primer lugar, se parte de una pugna entre la presunción de ganancialidad del artículo 1.407 del Código civil y la presunción de lucratividad del artículo 74 del Texto Refundido. Pero lo procedente no es ver tal pugna, sino aplicación de una y otra presunción en su respectivo ámbito: el artículo 1.407 se refiere a la relación entre cónyuges o respecto a acreedores y terceros; para ellos, la adquisición se presume onerosa; en cambio, el artículo 74 del Texto Refundido prescinde de la relación entre cónyuges y se ocupa únicamente de la relación entre transmitente y adquirente, en la que no tiene nada que ver la cuestión de si la adquisición es ganancial, presumiéndola lucrativa, a efectos fiscales. No obstante, vamos a suponer que no venciera esta delimitación: aun así, no cabe duda de que en la pugna prevalecería, en Derecho fiscal, la presunción fiscal, que, además, es presunción *iuris et de iure* y no admite frente a ella prueba o presunción en contrario. Aparte de ello, no es convincente aplicar un criterio distinto respecto al hijo soltero y al casado, siendo que en relación con el padre transmitente la situación es idéntica. Obsérvese también que estamos en el campo de la imposición indirecta, en que no interesa el estado civil, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en el Impuesto General sobre la Renta o en el de Rendimientos del Trabajo Personal.

Por tanto, en conclusión, hay que rechazar esta posición y declarar aplicable el artículo 74 tanto al hijo soltero como al casado o al viudo.

b) *Posiciones que aplican el artículo 74 a la adquisición ganancial, pero limitando su aplicación en cuanto a la mitad de la base o estableciendo un sistema especial en cuanto a la cuota.*—Dentro de este grupo incluimos dos posturas distintas, que tienen de común considerar aplicable el artículo 74, pero con limitaciones derivadas de la naturaleza ganancial de la adquisición:

- Por un lado, la Abogacía del Estado, que liquidó el documento, siguió la tesis consistente en aplicar el artículo 74 sólo respecto a la mitad de la base liquidable correspondiente al hijo casado, no aplicándolo en cuanto a la otra mitad correspondiente al cónyuge, que fue objeto de liquidación normal de compraventa. Consecuencia de

esta postura es que sólo hay que comparar las cuotas de transmisiones y sucesiones obtenidas en relación con la mitad de la base liquidable del hijo, no del descendiente afín o cónyuge del hijo (yerno o nuera).

- Por otro lado, la Dirección General de lo Contencioso interpretaba, como parte recurrente y, por tanto, sin sentar doctrina ni ser obligatoria su interpretación, que la naturaleza de la sociedad de gananciales impedía seguir ese criterio de dividir la base en dos mitades, y sobre esa misma idea de que el artículo 74 sólo debe aplicarse al hijo consanguíneo en parte (en cuanto a una mitad), pero añadiendo la perspectiva de que la otra parte debe corresponder al hijo afín (yerno o nuera), según veremos, llega a la conclusión de que ha de girarse una liquidación por el número 1 de la tarifa—con referencia al descendiente legítimo—sobre la totalidad de la base correspondiente a ambos cónyuges, reduciendo la cuota al 50 por 100, y otra liquidación por el número 3 de la tarifa—con referencia al descendiente afín, yerno o nuera—sobre la misma base y con igual reducción. A continuación se suman esas cuotas reducidas y el resultado es el que se compara con la cuota obtenida al 7,40 por 100, que siempre será superior a ésta dada la elevación de tipos del número 3 de la tarifa. Esta es también la posición de MANUEL MARTÍN TIMÓN, que se adhiere íntegramente a la postura de la Dirección (2).

A nosotros no nos convence ninguna de ambas posturas. Las dos tienen el inconveniente, ya apuntado, de que aplican distinto criterio al hijo soltero y al casado, siendo que no se ve qué relación puede tener el estado civil en la relación fiscal transmitente-descendiente, pues al transmitente le es aieno el problema de si la adquisición se va a considerar o no como ganancial, por lo menos a efectos del artículo 74 del Texto Refundido. Por otro lado, si este precepto parte de una presunción de lucratividad (adquisición lucrativa) no hay que plantearse la presunción de adquisición ganancial, pues aunque se partiera de esta última presunción, en seguida quedaría destruida por la presunción de transmisión lucrativa a favor del hijo, que presupone que la ley fiscal estima que no hay dinero en la adquisición, y si no hay dinero, desaparece, a efectos del repetido artículo 74, la figura del cónyuge del hijo, pues, en definitiva, la adquisición es lucrativa en Derecho fiscal, a favor del descendiente.

Por tanto, para nosotros no existe el problema de la naturaleza de la sociedad de gananciales en relación con la progresividad de los tipos de sucesiones, pues, como veremos después, tampoco admitimos la aplicación del artículo 74 al descendiente por afinidad.

Pero vamos a suponer que no convence nuestra crítica y que se entiende que hay que aplicar el artículo 74 al hijo consanguíneo sólo en parte dada la naturaleza de la sociedad de gananciales. Partiendo de esta perspectiva, que nosotros no admitimos, podría plantearse cuál es el criterio mejor, si el de división de bases o el de división de cuotas, es decir, si el sistema de la Abogacía gestora o el de la Dirección recurrente. Puestos a elegir entre uno y otro sistema, elegiríamos probablemente el sistema de división de las bases liquidables por varias razones: 1.ª Porque aun cuando en la adquisición ganancial no hay comunidad romana, sino germánica, esta última no excluye la idea de división de valores, pues lo único que excluye es la división material de bienes. Queremos decir que en la adquisición ganancial es evidente que hay una adquisición de valor por mitad sólo que es un valor que no se concreta de momento de modo material, ni tampoco en una cuota indivisa, pero sí en una cuota de valor

(2) Véase el artículo de este autor en el núm. 13 de *Crónica tributaria*, titulado «El Régimen de Tributación de las transmisiones onerosas otorgadas por los ascendientes en favor de los descendientes» (página 223), en que también comenta la presente Resolución.

(la mitad de un valor); en otro caso, la adquisición ganancial es un fantasma que no comprendemos. Pues bien, partiendo de aquí, la forma más sencilla de liquidar el impuesto, de acuerdo con esa idea de mitad de valor, es dividir la base liquidable en dos partes, sabiendo que las mismas no representan partes materiales de finca ni cuotas indivisas, sino cuotas de valor, y es que aun cuando la división y determinación de adquisiciones sólo tendrá lugar al liquidarse la sociedad, en un momento dado siempre hay cuotas de valor en la sociedad de gananciales. 2.ª Porque la otra tesis de la Dirección, aunque quiere huir del problema de la división por oponerse a la naturaleza de la sociedad, desemboca por otro camino en esa misma idea, de la que quiere huir, pues no tiene más remedio que hablar de reducciones en la mitad de la cuota. La única diferencia es que la división no la hace en la base, sino en la cuota; pero al hacer esa división o reducción a la mitad en la cuota está demostrando que no puede prescindir de la idea de división de valores por mitad, sólo que elude la cuestión respecto a la base. Por tanto, en definitiva, tiene como soporte el mismo fundamento, pero lo hace por un sistema menos convincente, pues si hay que admitir la división de valores «por mitad», no resulta adecuado obtener una cuota superior de la que debería obtenerse aplicándola sobre la mitad de la base (o sea, sobre la mitad del valor). Insistimos, además, en la complejidad del sistema. Si fuera convincente, no habría que ver obstáculo por el hecho de ser complejo; pero como no nos convence en el fondo, hay que añadir que también va en contra de la economía procedimental.

En definitiva, creemos que no hay que dividir, en caso de adquisición ganancial, ni la base ni las cuotas; pero caso de entender que procede distinguir partes de adquisición a efectos fiscales, entonces nos quedaríamos con el sistema de división de la base, en lugar del sistema de reducción de la cuota a la mitad por el complicado sistema de la Dirección. Advertimos una vez más que la Dirección General de lo Contencioso actúa aquí como recurrente y no como órgano decisor, por lo que su posición carece, en este caso, de relevancia.

c) *Posición del Tribunal Central: aplicación del artículo 74 sobre la totalidad de la base, sin dividirla ni reducir cuotas, sino ateniéndose únicamente al hecho de que el hijo figure como adquirente en el documento.* Esta es la única posición que hay que tener en cuenta de momento, pues es la que resuelve el problema unificando doctrina legal. Sin embargo, como veremos en seguida, no nos parece convincente.

Según el Tribunal Central no hay que descomponer en dos la liquidación a practicar, como pensaba la Dirección, porque no se puede mezclar el negocio pactado con el que la ley fiscal presume, y porque la presunción ha de aplicarse sin distinguir dada la naturaleza de la sociedad de gananciales, que sólo admite división en el momento de la disolución.

La primera razón nos convence siempre que su sentido sea el siguiente: el negocio pactado civilmente es una transmisión onerosa que da lugar a adquisición ganancial; el negocio que la ley fiscal presume es una transmisión lucrativa a favor del adquirente; luego hay que prescindir de la transmisión onerosa ganancial y centrarse exclusivamente en la transmisión lucrativa. Si es esto lo que quiere decir el Tribunal Central en su razonamiento frente a la Dirección, lo aceptamos, pues precisamente ésa es nuestra postura, aunque llegamos a distinta conclusión, como después veremos. Pero resulta algo enigmática la escueta frase de la resolución y no respondemos de que sea ése su verdadero sentido.

La segunda razón, relativa a la naturaleza de la sociedad de gananciales y la exclusión de la idea de división, ya hemos dicho que no nos convence. Baste ahora recordar lo que acabamos de decir sobre nuestra teoría de las cuotas de valor.

Una vez señalado lo que el Tribunal Central dice que no se debe hacer (dividir las liquidaciones o las bases), digamos lo que se dice que debe hacerse. En su opinión, hay que atender al interesado que figure como adquirente en el documento, con la consecuencia de que si en la escritura figura como adquirente el hijo, se aplicará sobre la totalidad de la base la tarifa del número 1 de sucesiones, en comparación con la tarifa de la compraventa, y si figura como adquirente el yerno o nuera (descendiente afín), se aplicará el número 3 de la tarifa de sucesiones sobre la totalidad de la base liquidable. ¿Y si en la escritura figuran ambos como adquirentes? El Tribunal Central no se ocupa de este supuesto. Precisamente el autor antes citado, MARTÍN TIMÓN, ve un obstáculo en la tesis del Tribunal Central exponiendo este caso: «No pretendemos aquí—dice—exponer una crítica de la solución apuntada (la del Central), pero sí poner de relieve que en realidad a través de ella se conduce a un callejón sin salida en los casos en que aparezcan como adquirentes en el título constitutivo ambos esposos.» Claro que quizá el Tribunal Central diría que éste no fue el supuesto planteado, y que si se planteara o bien no aplicaría la presunción fiscal respecto al afín (pues sólo la aplica de modo restrictivo, en casos «como el que ha dado ocasión a este recurso»), sino en su integridad respecto al consanguíneo (ésta es nuestra postura en general, como ahora veremos), o bien, en tal supuesto, entendería que el negocio pactado civilmente coincidiría con el que la ley fiscal presume (adquisición por mitad por ser dos adquirentes) y que en ese caso aplicaría el sistema de división de bases o de cuotas. Pero aun así quedaría patente una diferencia de criterios, que no resultaría suficientemente explicada, y en tal sentido tiene razón en su crítica el citado autor, aunque no compartamos su postura de adhesión a la Dirección.

Pero la tesis del Tribunal Central merece también otras críticas: y es que no se ve por qué hay que atender exclusivamente al que figure como adquirente en el documento. Ciertamente, el artículo 74 emplea la palabra «otorgadas» y lo que se liquida es el documento, del que no resulta otro contribuyente que el adquirente. Pero estas razones, si es que son las del Tribunal Central, pues no las expresa, no nos convencen, ya que sería facilísimo eludir el sentido de la norma fiscal, sin más que hacer comparecer a uno u otro cónyuge, y se obtendría, desde el punto de vista civil, el mismo resultado, es decir, la adquisición ganancial (3). Y parece un contrasentido que ante un mismo resultado adquisitivo, el liquidador se encierre en los términos del documento. Sobre todo teniendo en cuenta que, aunque en principio lo que se liquida es el documento, cabe actuar por investigación.

Por todo esto, nosotros no quedamos convencidos con la tesis del Tribunal Central, si bien insistimos en que es la que forma doctrina en este caso. Con esta salvedad, exponemos a continuación nuestra posición acerca de este primer problema, ordenando y ampliando lo que hemos venido anticipando al hacer las críticas anteriores.

d) *Nuestra postura.*—Distinguiremos los siguientes casos:

1.º Si en el documento de transmisión onerosa figura como adquirente el hijo, se debe aplicar el artículo 74, considerando como único contribuyente al mismo y sobre la totalidad de la base, comparando las cuotas obtenidas por sucesiones y transmisiones, y prescindiendo absolutamente del cónyuge o descendiente afín, pues dicho precepto presume que la transmisión es lucrativa, lo cual excluye el aspecto civil de la adquisición ganancial onerosa y supone, en definitiva, olvidar, a efectos de la liquida-

(3) Claro que, frente a esto, el Tribunal Central nos contestaría diciendo que no hay posibilidad de fraude, porque de todos modos se aplica el artículo 74 al descendiente por afinidad con superiores cuotas. Pero nosotros no aceptamos esta tesis, según exponemos en el epígrafe B, por lo que, desde nuestra perspectiva, habría esa posibilidad de fraude que apuntamos.

ción por sucesiones, al cónyuge del adquirente. En este primer supuesto damos distinta solución que la Abogacía del Estado, Tribunal Provincial y Dirección de lo Contencioso y coincidimos con la solución del Tribunal Central, pero se trata de una simple coincidencia de resultados, pues el razonamiento utilizado es diferente.

2.º Si en el documento de transmisión onerosa figura como adquirente el cónyuge del hijo (o sea, el descendiente afin), no debe aplicarse el artículo 74 respecto al descendiente por afinidad, por lo que veremos en el epígrafe siguiente, pero debe aplicarse el citado precepto tomando como contribuyente al hijo consanguíneo sobre la base total, pues a estos efectos debe dar igual que figure en la escritura uno u otro cónyuge. Para defender este resultado nos basamos en las siguientes consideraciones:

- Se trata de evitar el fraude. El artículo 74 supone una transmisión lucrativa entre ascendiente y descendiente. Si en el documento figura el cónyuge del descendiente podría eludirse dicho precepto por ese sencillo sistema de hacer figurar en el documento a aquél, en lugar del hijo. Pero el resultado adquisitivo es el mismo, según la ley civil. Luego pasando por encima del documento en función investigadora puede llegarse a ese mismo resultado de aplicar el artículo 74 respecto al hijo que no figura en el documento, pero que adquiere según el Derecho civil.
- La conjugación de la presunción de ganancialidad del artículo 1.407 del Código civil con la presunción *iuris et de iure* de lucratividad del artículo 74 del Texto Refundido. En principio, el liquidador puede tener en cuenta la presunción de ganancialidad si en el documento figura como adquirente el cónyuge del hijo, ya que, como nuestra postura es que a éste no se le aplica la presunción de lucratividad de dicho precepto, puede acudir a aquella otra presunción. A la vista del artículo 1.407 del Código civil, el liquidador tiene base para deducir que, a pesar de lo que dice el documento, los adquirentes según la ley civil son ambos cónyuges. Llegados a este punto observará que el supuesto ha devenido idéntico al anterior: adquisición ganancial por el hijo y su cónyuge. Entonces, por deducción, estamos ya en el supuesto del artículo 74: adquisición ganancial por el hijo. En consecuencia, se aplicará a esta adquisición la presunción de lucratividad típica de las transmisiones de ascendientes a descendientes, con lo que desaparece, a efectos del artículo 74 la presunción de ganancialidad a la hora de aplicar los tipos a la base total. De modo que la presunción de ganancialidad nos lleva a la misma puerta del artículo 74 del Texto Refundido; pero una vez llegados a éste, se impone aplicar la presunción *iuris et de iure* de lucratividad, que excluye toda idea de ganancialidad en ese momento (3 bis).
- Aclaración del supuesto del artículo 74 del Texto Refundido a la luz de los artículos 27 y 64 del mismo Texto, a base de la interpretación sistemática. No tratamos de aplicar la analogía, sino de aclarar lo que está oscuro o dudoso en el artículo 74. Pues bien,

(3 bis) Estando en pruebas de imprenta este comentario, hemos tenido ocasión de estudiar el artículo 74 a otro objeto (cuyo estudio se publicará en su día en esta Revista), llegando a la conclusión de que dicho precepto no implica una *equiparación total* de las transmisiones onerosas comprendidas en el mismo con las donaciones, y de que no responde a la técnica específica de la presunción de transmisión lucrativa. Por tanto, donde en este comentario se lea «presunción de transmisión lucrativa», debe leerse «equiparación a las transmisiones lucrativas a efectos de aplicación de la Tarifa». Sin embargo, mantenemos los mismos argumentos pues aunque la transmisión del artículo 74 no sea transmisión lucrativa no obstante la equiparación a efectos de Tarifa, no se aviene bien con la idea de ganancialidad de la adquisición ni con la pretendida adquisición del cónyuge a los efectos fiscales del repetido precepto. Las transmisiones del artículo no se asimilan *íntegramente* a las transmisiones lucrativas, pero tampoco permiten hacer entrar al cónyuge del descendiente por la vía civil del artículo 1.407.

según el artículo 27, se presume que forman parte del caudal hereditario (a efectos, por tanto, de deducir la correspondiente transmisión hereditaria lucrativa) los bienes transmitidos por el causante en el año anterior al fallecimiento no ya a los herederos, sino al *cónyuge* de los mismos. En definitiva, ello es tanto como presumir que fue ficticia la transmisión onerosa realizada a favor del cónyuge de un heredero y que no obsta para la liquidación por transmisión de herencia a cargo del heredero. Obsérvese que quien debe figurar como contribuyente en ese caso es el heredero, pero el cónyuge sirve para aplicar el mismo criterio que si la transmisión ficticia hubiera sido realizada a favor del heredero mismo. A parecida conclusión se llega examinando el artículo 64 a propósito de la presunción de transmisión lucrativa en el supuesto de incrementos patrimoniales del descendiente o del cónyuge de éste: la transmisión lucrativa hay que aplicarse en relación con el descendiente, aunque la localización de la misma se pueda presumir también a través del cónyuge del descendiente.

3.º Si en el documento figuran como adquirentes de finca ganancial ambos cónyuges, entendemos que debe aplicarse el artículo 74 sólo respecto al hijo consanguíneo, pero teniendo en cuenta la totalidad de la base. El hecho de que la adquisición sea ganancial no cambia el supuesto de aplicación del artículo 74. Repetimos una vez más que este precepto no lo consideramos aplicable al descendiente por afinidad, sino sólo al legítimo, natural o adoptivo; pero respecto a éstos, la liquidación ha de girarse sobre la totalidad de la base, aunque figuren como adquirentes ambos cónyuges, pues a pesar de la presunción de ganancialidad desde el punto de vista civil, el artículo 74 aplica la presunción de lucratividad en relación con el descendiente, lo que supone prescindir de la existencia de dinero y de la consideración ganancial de la adquisición a efectos de aplicar la tarifa de sucesiones.

B) EL PROBLEMA DE SI EL ARTICULO 74 ES O NO APLICABLE A LOS DESCENDIENTES POR AFINIDAD.—En el caso objeto de la resolución se mantienen también distintas posturas:

a) *La Abogacía del Estado, el Tribunal Provincial y los contribuyentes* que reclamaron, no consideraron aplicable el artículo 74 al descendiente por afinidad. Nosotros también participamos de esta tesis, pero reservamos los argumentos para cuando critiquemos la postura de la Dirección General de lo Contencioso. Lo que sí adelantamos es que tomamos en consideración la adquisición ganancial del descendiente afín, según el documento, para poder deducir que adquiere al mismo tiempo el hijo (por aplicación del art. 1407 del Código civil), y entonces, a través de esta vía, aplicamos el artículo 74 del Texto Refundido, pero no al descendiente afín, sino al hijo consanguíneo, según hemos visto. De modo que el descendiente afín es la pista que nos permite descubrir al contribuyente, a efectos de aplicarle la normativa de la presunción de lucratividad que el artículo 74 predica de los descendientes adquirentes por vía onerosa, según el documento.

b) *La Dirección General de lo Contencioso*, seguida por MARTÍN TIMÓN, entiende que el artículo 74 es aplicable al descendiente por afinidad, pero no respecto a la totalidad de la adquisición, pues hemos visto que también lo considera aplicable al otro cónyuge, por ser ambos cotitulares en la sociedad de gananciales. Ya hemos indicado el complejo sistema que utiliza la Dirección para compatibilizar la naturaleza de la sociedad de gananciales con la progresividad de los tipos de sucesiones, sistema que hemos dicho que no nos llega a convencer.

Pero ¿cuáles son los argumentos aducidos por la Dirección para defender la aplicación del artículo 74 a los descendientes por afinidad? Nos interesa mucho detenernos en ellos no ya sólo para profundizar en el tema, sino porque esos argumentos son recogidos con detalle en uno de los «considerandos» de la resolución del Tribunal Central y tenidos en cuenta por éste, aunque luego los contraste con otros para llegar a una solución diferente.

He aquí la exposición de tales argumentos siguiendo a la propia resolución, pero añadiendo nuestra crítica:

1.º El principio de que donde la ley no distingue no debe distinguirse, y es evidente que el artículo 74 del Texto Refundido se refiere a ascendientes y descendientes sin otro calificativo. En cambio, el contexto de dicha ley sí califica y discrimina la ascendencia y descendencia, según se desprende de los números 1 y 3 de la tarifa y de los artículos 41 y 42 respecto a los hijos naturales y adoptivos.

Crítica: Este argumento no es convincente, por lo siguiente:

- Da una importancia excesiva al aforismo jurídico «donde la ley no distingue». Los aforismos no son dogmas incontestables, sino que deben ser aplicados con prudencia, más bien como complemento de otros argumentos. Mejor es atender a la *ratio* o finalidad del artículo 74, que es evitar que se simule una donación encubriéndola con una aparente compraventa, cuando hay fuertes indicios, dada la relación paterno-filial, para considerar como más probable la donación. Pero tal presunción sólo cabe referirla a las transmisiones entre parientes muy próximos, en que las relaciones de parentesco son muy «entrañables», como dice el Tribunal Central. Así, entre hermanos o en la transmisión inversa de descendientes a ascendientes no se presume la existencia de donación. En relación con los parientes por afinidad, hay todavía menos proximidad que en esas otras relaciones claramente excluidas de la presunción. Además, si según la L.G.T. los términos empleados en las normas fiscales han de entenderse en su sentido jurídico, técnico o usual, según proceda, ninguno de estos sentidos cuadra bien con los descendientes por afinidad, ya que en la legislación civil sólo se entienden comprendidos cuando se añade el correspondiente calificativo de la «afinidad».
- Frente a la cita de la tarifa en relación con la discriminación entre la clase de descendientes, nosotros creemos que la tarifa sólo contempla una escala de tipos, y que si distingue a los descendientes por afinidad es para separarlos de los «extraños», dejándolos a mitad de camino entre los descendientes propiamente dichos y otros parientes más lejanos. Pero quedan más cerca de los hermanos que de los descendientes legítimos, por lo menos en cuanto al tipo de tributación, que es el único aspecto del que se ocupa la tarifa. Precisamente por esto último, preferimos decir que el problema del que se ocupa la tarifa (distinción de tipos) nada tiene que ver con el problema de la presunción de lucratividad del artículo 74, por lo que no conviene traerla a colación. En cambio, consideramos fundamental referirnos a un precepto fiscal que ha pasado inadvertido a la Dirección y al Tribunal Central, y es el artículo 64. En lugar de recurrir a la tarifa, que está fuera del Texto y que sólo se ocupa de la escala de tipos, puede aclararse la palabra «descendientes» por otro artículo del mismo Texto Refundido. El apartado a) del citado precepto presume la existencia de transmisión lucrativa «cuando de los Registros fiscales resultare la disminución del patrimonio de una persona y sincrónicamente o con posterioridad, pero nunca después de dos años, el incremento patrimonial del cónyuge, de los descendientes o de los hijos adoptivos o *cónyuges de cualquiera de*

ellos». Se advierte que en este artículo la palabra «descendientes» no comprende a los afines, sino que la ley fiscal nombra a éstos hablando de los «cónyuges de los descendientes». Por tanto, tenemos un artículo decisivo en un problema similar de presunción de transmisión lucrativa, y de él se deduce que la palabra «descendientes» no comprende a los afines.

2.º Otro argumento de la Dirección es la evolución de la normativa fiscal en este aspecto. Ahora bien, en nuestra opinión, de los antecedentes legislativos del vigente artículo 74 se desprende precisamente la solución contraria a la que la Dirección trata de deducir.

Se cita, en primer lugar, el artículo 9, 2, del Reglamento de 29 de marzo de 1941, mantenida su redacción en el Reglamento de 7 de noviembre de 1947. En ese precepto se empleaban los términos «padres» e «hijos», siendo el problema similar al que ahora se plantea. No obstante, la palabra «hijos», aunque puede discutirse también si comprende o no a los «hijos políticos», es más expresiva que la de «descendientes» para quien sea partidario de excluir a los parientes por afinidad. Y es que en ningún precepto legal, ni de naturaleza civil ni fiscal, hemos visto nunca la expresión «hijos políticos» o «hijos afines», sino «parientes afines» o «descendientes afines» (tarifa). Pero no insistiremos en este antiguo precepto, pues, en todo caso, plantea parecida disyuntiva que la que ahora examinamos, sin que tampoco sirva de argumento a la tesis de la Dirección.

Se cita también la Ley de 17 de marzo de 1945, que estableció una escala especial de tributación para los descendientes por afinidad. Se recogen unas palabras del preámbulo, que luego la Dirección viene a reiterar en su último argumento. Sin embargo, esta Ley de 17 de marzo de 1945 no nos sirve, pues se refiere a un problema de tipos e incide sólo en la tarifa. Y si es que quiere decir algo, más bien habría que entender que pretende dulcificar la tributación de los descendientes por afinidad, antes considerados como extraños; dulcificación que o no dice nada respecto al artículo 74, o si dice algo, diría que ese propósito de benevolencia hacia el afín no se compagina con la dureza que supone para el mismo el artículo 74. Pero preferimos pensar que la citada ley no dice nada al objeto que estudiamos. Aparte de que en su preámbulo contiene una equivocación lamentable, y es la cita del artículo 1.040 a propósito de la obligación de colacionar respecto al consorte del hijo, cuando en este artículo precisamente se excluye de la colación la donación a favor del pariente afín.

Se cita igualmente el artículo 9, 2, del Reglamento de 15 de enero de 1959, que si bien ha sido claramente superado en algún aspecto, no está claro que en otros aspectos contradiga al vigente Texto Refundido, por lo que nos parece una declaración «apriorística» la que afirma que la disposición transitoria sexta del Texto impide acudir al Reglamento en este punto, pues precisamente el artículo 74 es dudoso, y el Reglamento podría servir para interpretarlo, no para contradecirlo. En el Reglamento es clarísimo que quedan excluidos los descendientes por afinidad, pues sólo se citan los legítimos, naturales y adoptivos.

La Dirección no olvida citar el artículo 155, 5, de la Ley de Reforma Tributaria de 11 de junio de 194, aun a sabiendas de que puede ser un obstáculo importante para la tesis que mantiene. Efectivamente, el citado precepto dispuso que «las transmisiones onerosas de bienes y derechos otorgados por los ascendientes a favor de los descendientes se liquidarán por el número 1 de la tarifa del Impuesto General sobre las Sucesiones...». Aquí hay un importante argumento para excluir del artículo 74 del Texto a los afines, pues éstos se mencionan en el número 3 de la tarifa con toda claridad, a pesar de lo cual, la Ley de 1964, que es fundamental, sólo aludió al número 1 de la misma. Claro que la Dirección, actuando a la defensiva, dice que tampoco quedarían comprendidos los descendientes naturales

y adoptivos, que se rigen por el número 2 de la tarifa. Pero a ello habría que contestar lo siguiente: que el olvido del número 2 de la tarifa por la Ley de 1964 puede ser explicable, pues en la tarifa no se mencionan tales descendientes, sino que es un número que expresamente sólo se refiere a ascendientes. No obstante, ese olvido puede llenarse acudiendo al Reglamento que complementa a la Ley, y el artículo 74 puede pensarse que suplió ese olvido refundiendo lo que disponía la Ley (núm. 1 de la tarifa) y lo que disponía el Reglamento (núm. 2 de la tarifa). Ahora bien, lo que nos parece excesivo en un Texto Refundido es imaginar que no sólo se refundieron ambas disposiciones, sino que se añadió al descendiente por «afinidad». Entonces preguntaríamos: ¿de dónde ha salido el descendiente por «afinidad»? Y es que no debe olvidarse que el Texto, como su propio nombre indica, es, en principio, un Texto *refundido*, y así se lee en su preámbulo («labor de mera refundición, donde toda iniciativa legislatadora está vedada»). Ciertamente que en algún punto se ha excedido en su cometido, y en tales supuestos, la «legalidad del mismo ya no puede ser controvertida». Pero lo que queremos destacar es que si no está claro si se ha excedido o no (o sea, si ha añadido, excediéndose, a los afines o si se ha limitado a refundir lo que resulta de la Ley y el Reglamento), no hay por qué presumir que ha habido añadidos, sino que lo lógico es presumir que no los ha habido, a menos que se presuma la ilegalidad del Texto Refundido, cosa inadmisibles *a priori* dada su *ratio*, recogida en el preámbulo. Por tanto, el único exceso que admitimos es haber añadido lo que resultaba del Reglamento y que no recogió la Ley de 1964; pero no admitimos que haya añadido, con evidente ilegalidad e incompetencia, a los descendientes por afinidad.

Por tanto, toda esta evolución legislativa que cita la Dirección, a nosotros nos parece que refuerza la idea de que los descendientes por afinidad no entran en el artículo 74 del Texto.

3.º La Dirección alude, junto a la evolución legislativa, al fundamento de la normativa vigente, y se apoya en unas declaraciones de BAS Y RIVAS. Creemos que la *ratio* del artículo 74 y la supuesta *ratio* para incluir en él a los afines, ponen al descubierto que en el artículo citado no cabe incluir a los descendientes por afinidad.

En cuanto al fundamento o *ratio* del artículo 74, ya hemos visto que está pensado, en principio, en relación con parientes muy próximos, dados los lazos entrañables entre ellos. Y así se desprende de la evolución legislativa apuntada. De modo que la *ratio* del artículo 74 no permite deducir que están comprendidos los descendientes «por afinidad», pues por la misma deducción habría que pensar en incluir a los hermanos u otros parientes lejanos, pero más próximos, desde el punto de vista civil, que los afines, y es claro que esto no procede.

Sin embargo, partiendo de esa *ratio* del artículo 74, y aun admitiendo que, en principio, sólo debe referirse a parientes muy próximos, se ha dicho que si no se comprende al descendiente «afin» podría defraudarse la *ratio* del artículo citado. Con lo cual entramos ya en el segundo aspecto, es decir, en la supuesta *ratio* que quiere buscarse para incluir a los descendientes por afinidad, y como pensamos que encierra un sofisma inadmisibles intentaremos rebatir la idea.

En este sentido, la Dirección cita la opinión de BAS Y RIVAS, que al comentar el artículo 9 del Reglamento de 1959 dijo: «Puede darse el absurdo de que si el padre vende a su nuera o yerno sin que se haga declaración sobre la procedencia del precio, no se podrá aplicar el precepto de excepción, aunque el inmueble se inscriba a nombre del hijo y su respectivo cónyuge conjuntamente, es decir, exactamente lo mismo que si se hubiera vendido al hijo, como se deduce del artículo 95 del Reglamento Hipoteca-

rio» (4). La Dirección considera esta opinión como un «certero juicio sobre los puntos débiles que ofrecía la presunción, según la fórmula reglamentaria», y llega a la conclusión de que tal juicio constituye una «cumplida y anticipada justificación de que el Texto Refundido de 1967 no distinga entre los descendientes, comprendiendo a todos 'como medida preventiva del fraude fiscal'».

En primer lugar, vamos a salvar de nuestra crítica a BAS Y RIVAS, pues este autor se limitó a señalar un absurdo existente en el Reglamento de 1959, pero de ningún modo dio una opinión de *iure condendo* acerca de la inclusión de los descendientes por afinidad en la norma que estudiamos.

Nosotros pensamos que si se ve un absurdo en una disposición legal, que propende al fraude, lo lógico sería tomar una medida que saque a la luz ese fraude y someta el acto encubierto a la misma tributación que tendría si hubiera aparecido de modo claro en el documento. En cambio, no nos parece justo tomar una medida que va a suponer un excesivo aumento de tributación respecto al acto que se dice encubierto. Ejemplo: si se piensa que una persona tendría que pagar 10.000 pesetas, y haciendo figurar al cónyuge obtiene por compraventa una cuota de 5.000 pesetas, nosotros vemos lógica toda medida que tienda a restablecer la situación y obligue a liquidar el documento por esas 10.000 pesetas que lleva consigo el acto que se piensa encubierto. Pero nos parecería absurdo e injusto tratar de evitar ese fraude haciendo pagar al que figura en el documento cinco veces más de lo que resultaría de liquidar el acto ocultado, es decir, 50.000 pesetas. No entramos en el problema de las multas, pues aquí es dudoso si hay o no fraude, y éste se resuelve en las cuotas. Cualquiera que haya leído este ejemplo pensará que es una monstruosidad. Pues bien, a esa misma monstruosidad se llega aplicando el número 3 de la tarifa en lugar del 1, si la razón que se aduce para ello es la apuntada de que en otro caso se podría defraudar la aplicación del número 1 de la tarifa.

Con nuestra interpretación, consistente en aplicar en estos casos, sea cual fuere el cónyuge que figure en el documento, el número 1 de la tarifa, a base de excluir al descendiente afín del artículo 74, se supera ese «absurdo», que apuntaba BAS Y RIVAS, y no se comete esa extralimitación en la medida adoptada para evitar el absurdo.

4.º A cuanto queda dicho conviene añadir—dice la Dirección, en línea con el preámbulo de la citada Ley de 1945—que la doctrina civil, tanto con referencia al antiguo Derecho cuanto exponiendo ya el Código vigente, ha tenido en cuenta la relevancia—hasta cierto punto—del vínculo de la afinidad. Pero, en nuestra opinión, ese «hasta cierto punto» es un «mínimo punto», como se deduce de los ejemplos que aportó la Dirección, en un último esfuerzo por justificar la aplicación al afín del artículo 74. Efectivamente, sólo se aducen los ejemplos de existencia de impedimentos matrimoniales y de ciertas incapacidades para ser testigos. Ello demuestra la lejanía jurídica, en cuanto a parentesco, entre ascendientes y descendientes por afinidad, pues esos ejemplos son granos de arena dentro del inmenso campo del Derecho civil.

c) *Posición del Tribunal Central.*—Este tiene en cuenta los anteriores argumentos de la Dirección, pero los contrasta con otros, como la necesidad de limitar la aplicación de la severa presunción fiscal del artículo 74, para llegar a una especie de solución salomónica, que aun cuando es más aceptable, por su benignidad, que la postura de la Dirección, no nos llega a convencer. Sin embargo, advertimos que es la solución que aporta doctrina legal y no la de la Dirección recurrente.

En definitiva, el Tribunal Central considera aplicable el artículo 74 al descendiente por afinidad sólo en el caso de que éste figure como adqui-

(4) BAS Y RIVAS, vol. I de su obra, 2.ª ed., pág. 250.

rente en el documento y siempre que la adquisición que realice haya que reputarla ganancial, por no justificar cumplidamente la procedencia del dinero o no tratarse de régimen ganancial el que existe en su matrimonio.

Respecto al primer requisito, que figure como adquirente en el documento, no lo encontramos muy fundado, por lo que ya hemos dicho en el epígrafe A, acerca del formalismo que esto supone. En la práctica, esto motivará que ya no comparezca nunca el descendiente afín en un documento de adquisición onerosa procedente del ascendiente. Con ello, el Tribunal Central consigue su propósito de evitar el fraude, pero lo hace por un camino injustificado, pues siempre quedarán sometidos a tributación por el número 3, con evidente injusticia, aquellos supuestos en que, por necesidad o ignorancia de esta solución, comparezca en la escritura el descendiente afín. Por otro lado, si figura como adquirente tal descendiente, el Tribunal Central entiende que hay que aplicar los tipos del número 3 de la tarifa sobre la totalidad de la base, sin dividir, por tanto, la base ni las cuotas, como hacía la Dirección. A la crítica antes señalada (en el epígrafe A, al tratar de la aplicación del art. 74 a las adquisiciones gananciales), añadimos ahora que con este sistema el Tribunal Central se vuelve, sorprendentemente, mucho más riguroso que la propia Dirección en su recurso, pues ésta, por lo menos, tenía en cuenta también el número 1, aplicándolos combinadamente, y el Tribunal Central no, a pesar de que lo que pretende, al parecer, es llegar a una solución ponderada y justa del rigor fiscal frente a la severa presunción del artículo 74, utilizando las mismas palabras que la resolución.

El segundo requisito para aplicar el repetido artículo al descendiente afín es que se trate de adquisición ganancial. Aunque siempre preferimos este sistema que el de aplicar indiscriminadamente el artículo 74 al afín, lo que queremos resaltar es que no acaba de ser muy lógica esta solución. El Tribunal Central parte de que esos lazos «entrañables» son discutibles o inexistentes, a efectos de la presunción del artículo 74, entre parientes afines, pero se decide a aplicarla fuera de los casos de régimen de separación de bienes o de adquisición probadamente privativa. Nosotros nos preguntamos: ¿es que el yerno catalán tiene lazos menos entrañables con su suegro que el castellano por el mero hecho de regir en aquél el sistema de separación de bienes? Nos parece más lógico que el problema de la ganancialidad de la adquisición repercuta en el artículo 74, en el sentido de que procede incluir en la órbita de dicho artículo al cónyuge (consanguíneo) del que figura como adquirente en el documento, pues, en definitiva, también adquiere. Pero lo que no nos convence es distinguir entre descendientes afines, según el régimen económico-matrimonial, si el fundamento que se encuentra en el artículo 74 es el de los lazos entrañables de la relación paterno-filial, como hace el Central.

No obstante, insistimos en que ya se considera incluido al descendiente afín dentro del artículo 74, lo que es altamente criticable, hay que aplaudir todo intento, lógico o no, de permitir salir al mismo de la trampa que supone para él tal presunción.

A continuación—siguiendo con la postura del Tribunal Central—se dice que si el descendiente afín prueba cumplidamente que ha adquirido con cargo a bienes privativos, tampoco es aplicable el artículo 74. A este efecto, creemos que basta manifestar que el dinero invertido procede de la anterior venta de finca privativa, acreditando este último extremo (la venta anterior) y sin perjuicio de que el liquidador califique, dentro de la crítica racional, si hay equivalencia (con amplios límites) entre la finca anteriormente vendida y la que ahora se compra. Calificación que pensamos no ha de ser muy rígida, sino tendente a denunciar casos extremos de falta de equivalencia, más que tratar de mirar al microscopio ambas valoraciones, tema éste siempre discutible, sobre todo teniendo en cuenta los distintos momentos de cada transmisión.

Lo que, al parecer, excluye la resolución, a estos efectos, es la aseveración de los cónyuges sobre el carácter privativo del dinero invertido en la adquisición. En principio, la declaración es terminante: dada la «condición de tercero que ostenta la Hacienda Pública, impide estimar como bastante la mera confesión de los interesados». Pero hemos dicho «al parecer», porque no es el caso de la aseveración el que ha sido sometido a examen del Tribunal Central. Quizá se refiera sólo a la confesión del interesado adquirente, no a la aseveración del otro cónyuge. No obstante, la frase, aisladamente considerada, comprende ambos supuestos, sea la confesión de un cónyuge o de los dos, considerándola insuficiente «a los efectos de que se trata». Nos parece discutible esta solución, porque siendo la base argumental que utiliza la resolución, para aplicar el artículo 74 al descendiente afín, la repercusión que la adquisición ganancial conjunta por ambos cónyuges puede tener en la relación entre ascendiente y descendiente, como si el suegro tuviera en cuenta que el hijo vaya a adquirir o no para sí, creemos que hay que llevar este argumento a sus últimas consecuencias. Y es que si el otro cónyuge asevera que el dinero es del cónyuge adquirente (descendiente afín), ya no podrá ir contra sus propios actos y considerarse partícipe en la comunidad, pues la confesión produce en él ese importante efecto, sin perjuicio de que para legitimarios, acreedores o terceros no se prejuzgue el carácter privativo o ganancial de la adquisición. Y en este caso, ¿es tercero la Hacienda Pública? Creemos que no puede llamársela propiamente tercero «a los efectos de que se trata»: cuando se hace la aseveración por el otro cónyuge todavía no ha surgido el hecho imponible, pues tiene lugar precisamente en el mismo momento de la firma, y el crédito o la deuda tributaria sólo surgirá posteriormente. Por tanto, en el momento de la aseveración, la Hacienda no cuenta como tercero. Por otro lado, la Hacienda Pública aparece en este caso como el Juez que decide la cuestión a efectos fiscales, y si, según el Tribunal Central, ha de basarse en el régimen económico-matrimonial ganancial de los cónyuges, y en relación con éstos repercute extraordinariamente la aseveración, nos parece un poco maquiavélico que el órgano fiscal decisor se llame a sí mismo tercero y prescinda de tal aseveración, que, a los efectos que examinamos (*entre cónyuges*), produce el mismo resultado que la prueba del carácter privativo del dinero.

Nosotros esperamos que en una ulterior resolución o futura reforma reglamentaria no se llegue a la solución de considerar como contribuyente, a efectos del artículo 74, al descendiente por afinidad, sino que creemos que debe aludirse a él como una pista para descubrir al otro cónyuge en supuestos de adquisiciones gananciales, al estilo de lo que señala el apartado a) del artículo 27 del Texto Refundido.

J. M. G. G.

LIBROS

BOQUERA OLIVER, JOSÉ MARÍA: *La anulación de oficio de las licencias de edificación*. Gabinete de Estudios de la Secretaría General del Ayuntamiento de Sevilla, 1975.

Llega a mis manos esta publicación y he de confesar que la comencé a leer con esa prevención que la dificultad del tema parece ofrecer al que a él se acerca, pero no había doblado la primera de sus páginas cuando ya la claridad, la sistemática y la precisión de conceptos me produjeron «necesidad» de seguir adelante para ver en qué terminaba todo aquello. Es muy frecuente en el campo del Derecho, y sobre todo en el del administrativo, que los autores no sepan más que ir encendiendo pequeñas luces dentro de una especie de cuarto oscuro, con lo que aquel que intenta ver, no hace más que descubrir parcialmente el tema. Sin embargo, otros, y éste es el caso, abre sus focos desde el primer instante e ilumina plenamente la escena. A las posibles dotes naturales de clara exposición que Dios le haya dado al autor, es indudable que para lograr esto hay necesariamente que «dominar materia».

El autor de este trabajo es, según me dicen los datos de presentación, doctor en Derecho y doctor en Ciencias Políticas, catedrático de Derecho administrativo, miembro del Instituto de Estudios Políticos y prestigioso autor de numerosos trabajos de su especialidad, publicados algunos de ellos en la *Revista de Administración Pública*. El contenido de la publicación que comentamos tiene su base en la conferencia pronunciada por el autor en el ciclo sobre «Urbanismo», organizado por el Gabinete de Estudios de la Secretaría General del Ayuntamiento de Sevilla, los días 16 a 26 de octubre de 1974. Destaco esa fecha, pues aunque pudiera parecer que el trabajo queda anticuado por la publicación de la reforma de la nueva Ley del Suelo, no es así, ya que el autor sabe recoger la reforma y hacer las pertinentes observaciones sobre lo escrito.

En el sumario que acompaña a la publicación se marcan las dos partes esenciales en que el trabajo se divide. La primera, referente a los conceptos generales sobre la irrevocabilidad de los actos administrativos, y la segunda, sobre el reflejo concreto de la anulación de oficio de las licencias. Precisamente a estas dos partes ajustaremos la recensión:

A) *Introducción*.—La regla de la irrevocabilidad de los actos administrativos declarativos de derechos ha sido considerada como un principio fundamental del Derecho administrativo. Diversas etapas posteriores (1954-1957) llevan a la Ley del Régimen de la Administración del Estado la primera gran excepción al principio que recoge el artículo 37 de la citada ley. En el año 1958, por influjo de GONZÁLEZ PÉREZ, se abre una nueva brecha, al amparo del artículo 109 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

En el campo de la Administración Local, el artículo 369 de la Ley de Régimen Local, proclama la regla de la irrevocabilidad de sus actos administrativos declarativos de derechos, aunque el Reglamento de Servicios

de las Corporaciones Locales establece, en el artículo 16, la posibilidad de tres cauces de excepción al principio de irrevocabilidad.

Ello supone dos regímenes diversos sobre la irrevocabilidad de los actos de la Administración, según sea ésta Central o Local.

B) *La anulación de oficio de las licencias de edificación.*—Existe una triple condición o condicionamiento para admitir la posibilidad de anulación de las licencias municipales: la aplicación o no de los artículos 109 y 110 de la Ley de Procedimiento a los actos de Administración Local, la interpretación del artículo 16 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales y el artículo 172 de la Ley del Suelo.

Para precisar la posible excepción al principio de irrevocabilidad de las licencias municipales, el autor estudia los distintos supuestos que puede ofrecer el artículo 16 del Reglamento de Servicios. Tres cauces importantes van a dar lugar a un desarrollo preciso de la materia:

- La revocación por cambio de circunstancias. Al cambiar los hechos que se tuvieron en cuenta al dictarse el acto administrativo de licencia, se rompe la relación o función existente, a través de su apreciación, entre los hechos y los efectos jurídicos para ellos creados. La situación jurídica que la declaración de voluntad creada para unos hechos determinados, pierde su razón de ser cuando éstos ya no son los mismos. Para el autor, el primer supuesto del artículo 16 del Reglamento no supone una «revocación» de la licencia, sino un supuesto de caducidad o inexistencia, que en nada contraría el artículo 369 de la Ley de Régimen Local.
- La revocación por adopción de nuevos criterios de apreciación. Para el autor, en este caso segundo no se está ante una revocación, sino ante una expropiación forzosa de la licencia, y por ello puede concluirse que en este punto tampoco el citado precepto va en contra del artículo 369 de la Ley de Régimen Local.
- Anulación de licencias otorgadas erróneamente. El estudio que el autor realiza en esta materia se circunscribe en una doble proyección: si el error puede suponer una excepción al principio de la irrevocabilidad y si cualquier clase de error (de hecho o de derecho) permite la anulación de licencias. En sus conclusiones parece agruparse, tanto el error de hecho como el de derecho, como causa de invalidez imputable a quien otorgó la licencia.

Frente a esta legislación vigente en el momento de pronunciar la conferencia, el autor trae a colación la nueva normativa publicada con motivo de la Ley de 2 de mayo de 1975, y fundamentalmente con la reforma de los artículos 172 y 172 bis, así como el 212, 1, de la ley, en torno a la suspensión y revisión de las licencias, aunque en ellos no existe una alusión actual a las licencias viciadas por error.

Creo que el problema hubiera necesitado una mayor extensión de comentario, pues con posterioridad a la publicación de la ley han existido determinados trabajos sobre la materia y que es preciso tener en cuenta a la hora de pronunciarse. Me estoy refiriendo a la conferencia-coloquio pronunciada por GONZÁLEZ PÉREZ en el Curso organizado por la *Revista de Derecho Urbanístico*, mayo 1975, sobre el tema «Régimen Jurídico», en el que se abordaba la problemática de la «revisión de oficio» de los actos administrativos. Igualmente dicho autor, en el «Curso de Urbanismo de Promoción Privada», organizado por la Agrupación Nacional Sindical de Urbanizaciones, ha disertado en una conferencia sobre «La revisión de los actos de Administración en materia urbanística».

Y aun cuando estos puntos de conferencia sea difícil incorporarlos a las publicaciones hasta ser «leídas», quiero también citar el trabajo que el

mismo autor citado tiene y ofrece al II Congreso Internacional de Derecho Registral del año 1974, publicado bajo el título *Los efectos de la inscripción de los actos administrativos*, donde plantea precisamente el caso de una inscripción de parcela y edificación, con posterior revisión del acto administrativo de la licencia.

Creo que el autor de este trabajo debe completar el mismo con esa urgencia que el conocimiento científico exige, para que su primitiva elaboración no se pierda y, sobre todo, para que la claridad de sus conceptos no se queden a la sombra de una legislación que ya ha pasado por una nueva reforma.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

CARCELLER FERNÁNDEZ, A.: *Cursos prácticos de Derecho administrativo*. Editorial Montecorvo. Madrid, 1975.

La Editorial Montecorvo, en esa línea de publicaciones monográficas que contribuyen a la formación jurídica, abre sus puertas a ésta que ahora traemos a recensión y que presenta ciertas singularidades por su finalidad y contenido. El autor, profesor adjunto de la Universidad de Barcelona, no es «nuevo» en la plaza de estas maneras de transmitir conocimientos, pues ya en 1970 publicó una obra semejante a ésta, pero referida a casos prácticos en materia urbanística.

Para situar la obra en su pretensión docente, habría que someterla a un método comparativo con otras de la misma clase o semejantes. En mi larga aventura docente de preparar opositores para ingreso en dos de los más destacados Cuerpos del campo jurídico español, la mayor dificultad con la que se tropezaba, casi al final, era dar vida real a todo el cúmulo de conceptos, teorías y principios aprendidos y grabados «a fuego y a sangre» en la mente del opositor. Descubrir y razonar una solución para un caso práctico de Derecho o hacer un informe en defensa de una solución dada inicialmente, constituían lo que yo he llamado siempre «la etapa de la montaña». Para ello había que partir de una serie de supuestos en los que se tocasen la mayor parte de instituciones y así prevenir al opositor para su familiarización con ellas. Recuerdo que el preparador daba el caso y, a modo de instrucciones generales, ofrecía diez mandamientos que había que observar rigurosamente. Cada opositor daba y razonaba sus soluciones, y como en Derecho todo es defendible, el preparador sólo tenía como criterio para su juicio valorativo un esquema con claves a los efectos de llegar a una posible solución.

Esta obra puede tener esa finalidad que apunto. Al verla ahora publicada siento nostalgia de aquellos tiempos y lamento no haber hecho caso de muchos que insistieron en que publicase mis mandamientos, mis supuestos de hecho y esas claves para llegar a posibles soluciones.

Creo que con todo esto he situado la obra. Está en el punto intermedio entre aquella que publicara CASTÁN TOBEÑAS (*Problemas de Derecho civil*, 1935) y esa otra forma de manifestarse el conocimiento práctico del Abogado a través de sus «dictámenes». La obra de casos prácticos de CASTÁN, con un prólogo delicioso, se limitaba a exponer el supuesto de hecho y seguidamente formulaba una serie de preguntas o interrogantes sin dar claves. Querían ser—dice el prólogo—«ejercicios para el entendimiento, servir de prueba o medida de capacidad escolar. En la enseñanza del Derecho quede la memoria como ayuda forzada; que el entendimiento señoree».

ree la vida de las normas jurídico-civiles...». En el otro extremo está el «dictamen». Muy recientemente, HERNÁNDEZ GIL (*El Abogado y el razonamiento jurídico*, 1975) ha dicho que el Abogado en el dictamen realiza «una tarea más remansada y pacífica...», falta la interlocución directa..., el dictamen tiene algo de reflexión en voz alta. El dictamen, propiamente dicho, es aquel que tiene por objeto conocer lo que piensa en Derecho su autor».

Situada la obra, es preciso afrontar el problema de su contenido. El autor confiesa en su introducción que los casos o supuestos de hecho han sido sacados de la jurisprudencia o de esa experiencia de muchos años en los que él mismo milita en las filas de la Administración Local y en el ejercicio de la profesión de Abogado. Todos ellos cabe incluirlos en lo que se ha denominado «parte general» del Derecho administrativo. Realmente —y suponiendo que este Derecho ya haya adquirido, siguiendo pautas del tronco del que se desgaja, esa parte general—podría admitirse que todo el conjunto de las materias o supuestos de hecho están enraizados en dicha parte. Quizá más que de «parte general», se trate de conceptos genéricos que muchas veces no llegan a la categoría de principios, pero que sirven de orientación para moverse con cierta agilidad dentro del espesor de la norma administrativa.

Se toca el problema de las fuentes con una serie de supuestos de hecho expresamente discurridos para que el estudiante sepa diferenciar sus categorías y el orden jerárquico de ellas. A mi juicio, aquí existe, en muchos de los casos, cierta «infantilidad», pero comprendo que un libro que pretende divulgar conocimientos debe descender *ad inferos*. Igualmente se afronta el problema de la relación jurídico-administrativa con una serie de supuestos en torno a cuestiones tan importantes como la desviación de poder, la notificación, el silencio, la ejecución forzosa, la invalidez de los actos, elementos del contrato, revisión, etc.

En la estructuración orgánica de la Administración se opera con una serie de casos en torno al problema de la descentralización, al de la Administración consultiva, la delegación, las mancomunidades, la alteración de términos municipales, etc., que con su sola enunciación preparan al lector para enfrentarse con materias de auténtica actualidad. En materia de justicia administrativa se ofrecen las posibilidades de los recursos (alzada, reposición y revisión), la de diversas cuestiones que plantea el procedimiento administrativo y la responsabilidad de la Administración. Creo que se omite el procedimiento económico-administrativo.

Dos capítulos, con diversos casos, destina el autor al problema de la propiedad y los derechos reales. En el primero todo gira en torno a ese medio que la Administración tiene para hacer cesar el dominio, pasando el mismo de manos de los particulares al Estado. Me estoy refiriendo a la expropiación forzosa en su concepto, elementos, procedimiento y garantías jurisdiccionales. Por lo que se refiere a lo segundo, se reduce a tres supuestos, en los que se especula sobre la titularidad de unos bienes del dominio público, un régimen jurídico aplicable y la utilización concesionaria de bienes.

La obra, en su parte de casos prácticos, termina con los destinados al aspecto formal de la actividad administrativa: de licencia, de sanción, de subvención y de gestión.

Hecho este esquema del contenido sustancial, es preciso añadir que el autor explica en su introducción las razones y la estructura de sus casos prácticos, añade una clave de abreviaturas empleadas, destina un apéndice de fórmulas y formularios en torno a la manifestación normativa y a los escritos más frecuentes en los procedimientos administrativos y contencioso-administrativo, acompañándolo todo ello con un índice sistemático y otro de normativas utilizadas, de jurisprudencia y de doctrina.

El manejo de la obra en su utilidad lo descubre el autor en su introducción, pues el caso práctico contiene en sí diversas partes. La primera de ellas es el supuesto de hecho. Están redactadas con la suficiente claridad y no suelen encerrar esa «maliciosa» trampa para que el estudioso tropiece. Al supuesto de hecho le sigue el interrogante de la pregunta sobre la cuestión o cuestiones planteadas y que el autor reduce o amplía a diez. A continuación se formulan lo que yo llamo las «claves» o referencias legales y doctrinales, que pueden ayudar, consultando, a la mejor solución del problema. Noto—y esto lo digo sin ánimo crítico negativo, sino constructivo—que así como las «referencias» legales suelen ser completas, en las doctrinales hay serias lagunas que el autor debe subsanar en futuras ediciones, pues su trabajo así sería más «aséptico». El autor, presintiendo esta crítica, intenta salir al paso y dice: «Inicialmente se tuvo la intención de insertar toda la bibliografía referente al tema planteado, pero al final se cambió de criterio para mencionar en cada caso un solo trabajo personal.» ¿Por qué? El autor sabe tan bien como yo que eso limita, circunscribe y da exclusividad a una sola obra, cuando con la consulta de muchas se posibilita la apertura del gran campo de la investigación. Al lado de las referencias normativas están las jurisprudenciales, que equilibran con éstas. Jurisprudencialmente se cierra la referencia en el año 1973. A veces también se hacen citas expresas de ciertos dictámenes del Consejo de Estado, con el límite del año 1970.

Resumiendo. Creo que se trata de un elemento de trabajo que el autor pone en manos del estudioso para que, al lado de la teoría, dé vida real a las instituciones cuya naturaleza y caracteres se le ofrecen en el conjunto doctrinal de su investigación. Creo que la obra, como todas las de este género, no traspasa más umbrales, pues al hecho base, a las cuestiones planteadas y a las claves empleadas se les exige posteriormente la presencia del maestro, del profesor, del catedrático o del preparador, que confirme o deniegue la solución que el estudioso o el alumno le ofrezca. El contraste de pareceres, base de un posible diálogo.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

DELIBES SETIÉN, M.: *El sentido del progreso desde mi obra*. Discurso de recepción en la Real Academia Española de la Lengua el día 25 de mayo de 1975.

Me imagino que habrá más de un lector que se pregunte la razón por la cual en una revista especializada se da cabida a un discurso de ingreso en la Real Academia de la Lengua de un escritor novelista que elige como lugares para el desarrollo de sus tramas medios rústicos. Pero a poco que se profundice en el gran alegato que este ilustre académico hace contra el atentado a la Naturaleza, comprenderá el lector que una de las posibles «asignaturas» que debe aprender el futuro urbanista es el contenido de este impresionante discurso, cuyo tema central es «la protesta contra la brutal agresión a la Naturaleza que las sociedades llamadas civilizadas vienen perpetuando mediante una tecnología desorbitante».

No me atrevo a señalar las condiciones que un urbanista debe tener, pues, entre otras cosas, no está nada claro lo que debemos entender por urbanismo; pero pienso que el que pretenda incorporar a su *curriculum* el calificativo de urbanista debe manejar con cierta soltura un conoci-

miento histórico de ese fenómeno, un contacto consciente de la realidad que le rodea y una visión intuitiva del desarrollo que el fenómeno puede tener. A estos tres pies que pueden servir para sostener su banco, convendría añadirle un poco de sentido común que frene impulsos y abra puertas a la meditación para evitar improvisaciones.

El panorama que se contempla desde el puente de la crítica no puede ser más desalentador. Solamente pensando que los que han militado en las filas del urbanismo son «enemigos encubiertos» que este fenómeno tiene, cabe explicar la triste realidad de unos medios rústicos abandonados y unos lugares urbanos apelotonados. Lo dice DELIBES en la obra que reseño: «Hemos matado la cultura campesina, pero no la hemos sustituido por nada, al menos, por nada noble...» De aquella poética y soñadora diferenciación, con proyección en el campo del Derecho de sucesiones, que hiciera ROCA SASTRE en la *Necesidad de diferenciar lo rústico de lo urbano*, ya no queda nada. Hemos, tristemente, asfaltado el campo.

Las sesenta páginas de que consta este discurso que hoy traigo a recensión se leen con cierta facilidad, pero son sobrecogedoras. Son páginas que hay que releer y meditar, pues en ellas está la clave que el urbanista moderno debe tener para formar sus planes futuros que sepan respetar la Naturaleza y hacer habitables las ciudades. Los dos temas centrales residen en las ideas del progreso y la Naturaleza. A ellos les dedicaremos más espacio, sin perjuicio de hacer apeaderos en los demás. Quede bien claro que si en el ejemplar no viniese estampada de puño y letra una dedicatoria especial del autor también hubiera traído a estas páginas la recensión de esta publicación.

A) *El sentido del progreso desde mi obra.*—No es momento de analizar la temática ni el estilo que presiden la obra impresionante de DELIBES, pero sí destacar, como él mismo lo hace en su discurso, la idea de la reacción de sus personajes frente al progreso. Para un centenar de hombres del mundo entero que dedican su vida al estudio de la Naturaleza, la humanidad en el momento actual no tiene sino una posibilidad de supervivencia, según declararon en el Manifiesto de Roma: frenar su desarrollo y organizar la vida comunitaria sobre bases diferentes a las que hasta hoy han prevalecido. De no hacerlo así—remacha el autor—consumaremos el suicidio colectivo en un plazo relativamente breve. Su razonamiento es simple. La industria se nutre de la Naturaleza y la envenena, y al propio tiempo propende a desarrollarse en complejos cada vez más amplios, con lo que día llegará en que la Naturaleza sea sacrificada a la tecnología. Frente a ello se impone un replanteamiento, en el cual el hombre debe retornar a la vida en pequeñas comunidades autoadministradas y autosuficientes. Esto no supondría renunciar a la técnica, sino embriarla, someterla a las necesidades del hombre y no imponerla como meta. Simultáneamente, se procuraría armonizar Naturaleza y técnica, de forma que ésta, aprovechando los desperdicios orgánicos, pudiera cerrar el ciclo de producción de manera racional y ordenada.

Estas ideas, que el autor «intuitivamente» había expuesto en el comienzo de su novelística, son el credo que ha tratado de hacer comprender con poco fruto hace una serie de años; pero el hombre—sigue diciendo el autor—, arrullado en su confortabilidad, apenas se preocupa del entorno. La actitud del hombre contemporáneo se asemeja a la de los tripulantes de un navío que cansados de la angostura e incomodidad de sus camarotes decidieran utilizar las cuernas de la nave para ampliar aquéllos y amueblarlos suntuosamente. Es incontestable que mediante esta actitud sus particulares condiciones de vida mejorarían, pero ¿por cuánto tiempo? ¿Cuántas horas tardaría el buque en irse a pique—arrastrando a culpables e inocentes—una vez que estos irresponsables hubieran destruido la arquitectura general de la nave para refinar sus propios compartimen-

tos? Creo que el ejemplo—desde el punto de vista urbanístico—no puede ser más elocuente y aleccionador. ¿Pero habrá algún «urbanista» con sensibilidad para percibirlo?

B) *El progreso*.—Para desarrollar sus ideas sobre este punto traza en su discurso tres cabezas de puente, que se refieren al progreso, el signo que lo caracteriza y el deseo de dominación. El autor, castellano de origen, queda en este punto solo frente al paisaje, y ese paisaje de su meseta castellana no le protege para encubrir su verdad. Su verdad resplandece con la misma nitidez que se descubre un matojo, un árbol o un palomar en el horizonte plano de su meseta.

La ciencia aplicada a la tecnología ha cambiado, o seguramente sería mejor decir revolucionado, la vida moderna. El control de las leyes físicas ha hecho posible un viejo sueño de la humanidad: someter a la Naturaleza. No obstante, todo progreso, todo impulso hacia adelante, comporta un retroceso, un paso atrás, lo que en términos cinegéticos, jerga que a mí me es muy cara—dice el autor—llamaríamos el *culatazo*. Y la física nos dice que este culatazo es tanto mayor cuanto más ambicioso es el lanzamiento.

Para demostrar el retroceso pone diversos ejemplos procedentes del campo de la química y la medicina, que son lo suficientemente elocuentes y dan razones más que sobradas al autor. Si la característica del progreso es la técnica del culatazo, el signo que lo preside es el de la minimización del hombre. Ante la oportunidad de multiplicar el dinero—insisto, en todos los niveles—, los valores que algunos seres aún respetamos son sacrificados sin vacilación. Entre la supervivencia de un bosque o una laguna y la erección de una industria poderosa, el hombre contemporáneo no se plantea problemas: optará por la segunda.

El deseo de dominación, la ambición de poder y la obsesión de sobresalir son la última nota diferenciadora, a juicio del autor, del progreso moderno. En este punto—dice—, la analogía del hombre con las aves en la llamada por los biólogos «jerarquía del picoteo» es patente. La aspiración de todo hombre es elevar su rango, anteponerse, no tanto acrecentando su cultura y sus facultades como amedrentando a su adversario o debilitándolo. La técnica se convierte así no ya en una posibilidad de dinero, sino—lo que es más grave—en una posibilidad de dominación. Esta dominación se hace patente en el campo internacional con más graves consecuencias y mayores riesgos, que el autor va señalando, a través del empleo de los ingenios nucleares, la guerra química y biológica, las computadoras, la publicidad subliminal, el refinamiento de los métodos de tortura, etc.

C) *La Naturaleza agredida*.—Las ideas que el autor plasma en torno al problema de una Naturaleza agredida, en el doble sentido de desvalijada y envilecida, bien creo que pueden resumirse con el mismo estilo empleado hasta ahora, es decir, reproduciendo fragmentariamente frases literales del autor que supongan un resumen de su tesis. La sed insaciable de poder, de elevarse en la jerarquía del picoteo, que el hombre y las instituciones por él creadas manifiestan frente a otros hombres y otras instituciones, se hace especialmente ostensible en la Naturaleza. La Naturaleza se convierte así en el chivo expiatorio del progreso. En la Naturaleza apenas cabe el progreso. Todo cuanto sea conservar el medio es progresar; todo lo que signifique alterarlo esencialmente es retroceder. Empero, el hombre se obstina en mejorarla y se inmiscuye en el equilibrio ecológico eliminando mosquitos, desecando lagunas o talando el revestimiento vegetal. En puridad, las relaciones del hombre con la Naturaleza, como las relaciones con otros hombres, siempre se han establecido a palos.

La Naturaleza es desvalijada y merced al perfeccionamiento de las técnicas de prospección, el hombre empieza a tocar ya las tristes consecuencias del despilfarro iniciado con la era industrial. Un día no lejano,

la tierra dirá no a nuestras demandas. Eso sí, llegado el caso, el hombre podrá jactarse de una nueva proeza, en esta época de culto hacia las marcas: haberse bebido en un siglo una riqueza que tardó seiscientos millones de años en formarse. Augurar para el plomo y el mercurio una duración de cuarenta años, y de sesenta para el estaño y el cinc, no es precisamente abrir para la humanidad unas perspectivas halagüeñas. Nos encontramos, pues, con que el saqueo de la Naturaleza, basado incluso en argumentos éticos, resulta por el momento irremediable. Occidente ha montado su prosperidad sobre el abastecimiento de materias primas de sus colonias, y una vez que éstas consiguen autonomía, el viejo equilibrio se descompensa y se rompe. De ahí que más que el gasto de metales y recursos no recuperables, lo que alarma es el despilfarro de aquellos que pueden recuperarse y, sin embargo, no se recuperan.

Al lado del despilfarro, de la Naturaleza desvalijada, surge el envilecimiento. Pero, sin duda, tan imprudente como el despilfarro progresivo de nuestros recursos, es la disposición humana para ensuciar los que nos quedan, hasta el punto, en muchos casos, de hacerlos inservibles. Aparece así la contaminación, vocablo que está en todas las bocas y en las primeras planas de todos los diarios, pero que todavía no ha servido para modificar sustancialmente nuestra conducta. Podría parecer frivolidad dolernos de la desaparición de un paisaje—agravada últimamente por todo lo que una civilización primordialmente técnica trae consigo y por la burda inserción de lo urbano en lo rural—, cuando ni siquiera somos capaces de mantener este paisaje domesticado en condiciones de habitabilidad aun a conciencia de que su degradación puede ser nuestra muerte. Durante los últimos años, el medio ambiente ha sido la víctima propiciatoria del progreso humano. El autor hace una serie de citas y pone una larga cadena de ejemplos que hacen mella incluso en la mente pacífica de un ciudadano aún «no contaminado». Termina con estas impresionantes palabras, que hacen cita de un autor: «Únicamente empleando la inteligencia y la razón podremos escapar de la amarga profecía de Roberto Rossellini cuando dice que nuestra civilización morirá por apoplejía, porque nuestra opulencia contiene en sí las semillas de la muerte.»

Toda esta temática, expuesta en ese castellano claro que el autor maneja, se vuelca en la última parte de su discurso para aplicarlo como consecuencia en el reflejo de su obra. Y es bien cierto que quienes hemos seguido con fidelidad la mayor parte de la producción literaria de DELIBES debemos asentir a lo que él mismo afirma: «Mis personajes se resisten, rechazan la masificación.» A la sociedad gregaria que les incita, ellos oponen un terco individualismo.

Por último, recibamos la última lección de este ilustre académico cuando al borde del final de su discurso dice: «Muchos jóvenes del Este y del Oeste reclaman hoy un mundo más puro, seguramente, como dice BURNET, por ser ellos la primera generación con DDT en la sangre y estroncio 90 en sus huesos. Porque si la aventura del progreso, tal como hasta el día la hemos entendido, ha de traducirse inexorablemente en un aumento de la violencia y la incomunicación, de la autocracia y la desconfianza, de la injusticia y la prostitución de la Naturaleza, del sentimiento competitivo y del refinamiento de la tortura, de la explotación del hombre por el hombre y la exaltación del dinero, en ese caso yo gritaría ahora mismo, con el protagonista de una canción americana: ¡Que paren la tierra, quiero apearme!»

Si jurídica, técnica, administrativa, política, sociológica y arquitectónicamente lo vais a seguir haciendo tan rematadamente mal como hasta ahora, yo os pido, queridos urbanistas, que paréis un poco el tren de vuestros desmanes para poderme apear con DELIBES.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

FRAILE CLIVILLES, M.: *Introducción al Derecho constitucional español*. Madrid, 1975.

En la clasificación de los libros cabe que destinemos un hueco a los que podríamos encuadrar dentro de los llamados «históricos». En este caso, el calificativo tiene una doble explicación, pues en sus páginas se recoge parte de la Historia de España y a su presentación le acompaña un hecho histórico de feliz recordación. El libro—en esa plenitud difundidora que el momento presente ha conseguido—fue presentado pública y solemnemente por Pfo CABANILLAS GALLAS en un día lluvioso del mes de junio de 1975. Apretado, codo a codo, estaba un auditorio nutrido y selecto, que seguía las palabras de CABANILLAS con auténtica emoción: «Hoy nuestro problema es salvar las dos orillas de la historia, conscientes de que el paisaje es distinto de ambos lados y de que, como consecuencia, muchos cambios esenciales serán necesarios. Nada más trágico, sin embargo, puede hoy ocurrirnos que dejarnos dominar por el espejismo de que la vida empieza en la otra orilla.»

Estas ideas iniciales de CABANILLAS tendrán tres grandes momentos, que podríamos decir culminantes. El primero es cuando se anticipa a los acontecimientos históricos que luego han de venir y dice: «Lo que estimo que puede y debe pedirse—con la urgencia que parecen aconsejar los momentos actuales—es que demos paso a esa segunda Constitución, tan nuestra como la primera, y que el Estado se gobierne lo más pronto posible de acuerdo con el contenido constitucional de ejercicio de poder que está previsto. Para ello no veo otro camino de proceder a la *coronación a plazo*, es decir, y admitaseme la redundancia, a la designación a plazo cierto de la fecha de la coronación, determinada naturalmente por quien corresponde.» El segundo es cuando examina la última afirmación del autor de la obra al decir: «Y ello porque el paso de un sistema personalizado de concentración de poder a uno institucionalizado de distribución de poder es difícil», lo cual requiere una gran decisión para llevar adelante el proceso y una gran claridad en el modo de hacerlo. Hemos apuntado una solución. Sus dificultades son patentes, pero creo que superables. Presuponen para resolverse generosidad y confianza. La primera debe esperarse de quien dio evidentes pruebas de grandeza y dimensión personal. La segunda, la proporciona el comportamiento de ese increíble pueblo nuestro, que, sereno y consciente, realiza cada día el milagro continuado de la espera.

Por último, el tercer gran momento de su intervención es cuando analiza, en forma de prólogo recensional, la obra de FRAILE, y dice de ella que es de los pocos tratados de Derecho constitucional que llegan hasta hoy, año 1975, en contraposición a esa cierta prudencia de algunos profesores de Derecho político que suelen pararse en el 1936; quizá, supongo, por estimar que lo que pasó desde entonces no resulta científico. Quiero dejar constancia de este hecho, que dignifica a su autor y, sobre todo, que lo autodefine. Piensa él, y yo también, que tan historia constitucional es la una como la otra, y que para la lidia—en el buen sentido de la expresión—del toro ibérico del mañana conviene conocer y relacionar ambas etapas. Cabe todo lo más el punto y coma, pero no el borrón y cuenta nueva. La historia, que no es común, no se reparte en trozos, como por entregas; más bien diría yo que tenemos todos la obligación de compartirla.

Bien. Coger esta antorcha, que deja con tanta fuerza encendida el presentador del libro, es tarea difícil para el que ahora trata de hacer una recensión del contenido que dé una idea completa del mismo. Antes de entrar en el pleno de la materia tratada se me antoja que es importante enjuiciar el estilo y la forma con que MANUEL FRAILE CLIVILLES, Letrado de

las Cortes Españolas, la expone. El tema no era fácil, pues hablar de conceptos que entran en juego en el Derecho constitucional y luego profundizar en el examen de las diversas constituciones españolas significaba, de una parte, dominar ambos campos en plenitud y luego tener la gran habilidad de contarlos todo con pluma fácil, estilo impecable y plena claridad. Estas virtudes, que todo libro debe tener, han sido conseguidas por el autor en esta versión, que al mismo tiempo que enseña, entretiene. Es un libro escrito «para todos».

La palabra «todos», puesta recientemente en uso casi masivo, se me antoja importante al relacionarla con el libro, pues entiendo que si éste está escrito para todos, debería por todos ser leído. Dudo, sin embargo, que este «genuino» político que todo español parece llevar dentro se avenga a ilustrarse antes de emitir su veredicto. Aquí pasa lo mismo que con *El Quijote*: todo el mundo habla y habla de esa españolísima obra y creo que hay muy pocos que la han leído. Ahora que florece en el campo de la transición la idea del bicameralismo, cabría preguntar ¿cuántos de los que manejan esos términos saben cuándo y cómo aparece en el sistema constitucional español? La gente cree que con echar una mirada diaria al *Boletín Oficial* está ya suficientemente formada—políticamente hablando—y puede enjuiciar todo o casi todo. El político, aparte de intuiciones, debe tener conocimientos.

Nos queda ahora ofrecer contenido. El libro, estructuralmente hablando, se divide en tres grandes partes, que corresponden a lo que ya hemos apuntado: el examen y exposición de conceptos básicos y el estudio de las diversas constituciones españolas. Estas partes van precedidas de un prólogo, en donde el autor ofrece la razón de la publicación, y seguidas de un epílogo, en el que se enfrentan las *dos últimas* constituciones españolas. Un índice sumarial, unas claves de abreviaturas empleadas y un conjunto de notas bibliográficas en plan selectivo completan la maqueta del libro.

Como en el prólogo el autor habla de las tres partes del libro, a ellas nos vamos a concretar, no sin antes destacar cómo en este «delantal» —lo que va delante—, constituido por el prólogo, se dice que el libro está escrito con finalidad didáctica «para introducir al español medio y al estudiante universitario en el análisis jurídico de su derecho constitucional», cumpliendo así su específico deber moral de ejercitar su ciudadanía.

Primera parte.—El autor explica en su prólogo la esencia de esta primera parte del libro. «Es sustancialmente una introducción al ordenamiento jurídico estatal y un resumen de la teoría de la Constitución y de las formas de Estado y de Gobierno.» Yo diría que toda «ciencia» necesita de unos conceptos para su comprensión, y éstos precisamente son los que el autor vierte en sus primeras páginas para que sirvan de lazarillo al que quiera adentrarse en las profundidades del sistema constitucional español.

De su minuciosa exposición de conceptos cabría hacer aquí diversas clasificaciones, aunque todas ellas relacionadas; pero nos vamos a conformar con destacar tres partes, presididas por una idea central: el poder constituyente.

En la primera de estas divisiones, en que hemos estructurado la parte inicial del libro, se destacan tres conceptos fundamentales: los ordenamientos jurídicos, la estructura del ordenamiento y el ordenamiento jurídico-estatal. Para llegar a una formulación de lo que debemos entender por «ordenamiento jurídico», el autor va exponiendo una serie de conceptos en torno al hombre y la sociedad, sociedad y comunicación, grupos sociales, estructuras unificadoras y formas de estructuración. Para el autor, el ordenamiento jurídico es «el conjunto de las conductas sociales consideradas como necesarias en un grupo social determinado». Sus dos últimos considerandos residen en las afirmaciones de que *todos* los grupos tienen

ordenamiento jurídico y en la posibilidad o no de las relaciones entre los diversos ordenamientos. En la estructura de los ordenamientos jurídicos, el autor se obliga a una delimitación de la «semántica de la función del grupo», al concepto del poder enlazado con el tema de la política, las formas de adquisición del poder político y sus manifestaciones de ejercicio: personal e institucional. Todo ello viene respaldado por el examen de lo que podría llamarse legitimación y ordenación del grupo. En el examen del ordenamiento jurídico-estatal, el autor, tras una explicación de lo que debe entenderse por ordenamientos políticos, pasa luego a precisar lo que es un ordenamiento jurídico-estatal (ordenamiento de fines generales) a través de las cuatro siguientes dimensiones: personal (comunidad política o pueblo), espacial (el territorio), temporal (dependiente de la historia) y funcional (ámbito de fines objetivos que cubre el grupo social).

El Estado y su estructura forma lo que podíamos denominar segundo escalón de la primera parte. Para el cumplimiento de los fines del grupo político estatal—dice el autor—es necesario crear una organización que coordine las conductas de los miembros del grupo para la obtención de los fines. Esta organización está dotada para el cumplimiento de sus fines de un poder en virtud del cual puede imponer sus criterios a los miembros del grupo. Este poder es el que se conoce también en el plano interno como soberanía. Del concepto de soberanía y su proyección sobre los grupos sociales y el Derecho, así como de la distinción—tremenda distinción—entre Derecho privado y público y el concepto de Estado como persona jurídica o representante de la comunidad, el autor va perfilando conceptos para terminar con todo un capítulo destinado a la estructura orgánica, capacidad, competencia, funciones y división de poderes.

Lo que hemos llamado anteriormente tercer escalón de esta parte viene constituido por los estudios de las diversas formas de Estado a través de los tres principios: democrático, liberal y social, con sus distintas formas de Estado absoluto, liberal, democrático-liberal; democracias populares y los Estados autoritarios; las formas de Gobierno de los Estados de Derecho y las formas de los Estados no liberales.

Hemos dicho que todo este estudio que el autor hace de los conceptos antes expuestos está presidido por los de la Constitución y el poder constituyente. A estos dos temas les dedica sendos capítulos perfectamente claros. De ellos vendría a decir CABANILLAS que suponen una aportación decisiva al análisis de cada momento histórico constitucional. Se entiende por poder constituyente aquel conjunto de fuerzas sociales y políticas que en un momento histórico concreto resultan dominantes, es decir, alcanzan un predominio social efectivo que les permite imponer como cierto, como existente, un sistema político. Este poder constituyente nada tiene de metafísico, sino que es estrictamente social. Destaca CABANILLAS cómo el autor perfila el concepto al decir que por estar integrado por las fuerzas sociales predominantes no es nunca la concepción sobre el poder de todo el pueblo o de toda la nación, de ahí que siempre haya una parte—grande o pequeña—que no está con o dentro del poder constituyente. En consecuencia, acentúa—y ya veremos la lección que puede resultar de todo ello—que el error más reiterado de la historia constitucional española ha sido sustancializar las ideologías del poder constituyente en los textos constitucionales, en vez de acentuar en éstos su dimensión de marcos de convivencia y de referencia.

Segunda parte.—Esta segunda parte es donde el libro se hace historia. Si tan importante es conocer a fondo la terminología y el concepto de la estructura y elementos del Derecho constitucional, se hace también imprescindible profundizar en las diversas etapas constitucionales de un país. Y si el valor en la milicia se presupone siempre, aquí el conocimiento es preciso demostrarlo momento a momento.

El autor califica a esta parte de «introducción a la historia del Derecho constitucional español». Los hechos constitucionales—sigue diciendo—son hechos históricos, de manera que para comprender una situación determinada es preciso el análisis de las situaciones anteriores, pues la situación actual está en cierto modo condicionada por los hechos que la precedieron. Por ello hemos diferenciado antes el valor del conocimiento: pues el hecho de la falta de valor no supone más que la destrucción de una presunción, mientras que el conocimiento histórico de situaciones es presupuesto necesario para llegar a futuras conclusiones. Mientras que en la milicia se parte de una presunción, en la política sería preciso una exigencia.

Ni que decir tiene que el autor—a través de potentes focos, que dan claridad, sistemática y profundidad—va exponiendo las distintas etapas históricas de nuestras constituciones. Arranca con la Constitución de Bayona, para llegar inmediatamente a la Constitución de Cádiz—el Cádiz de las Cortes o las Cortes de Cádiz—; el constitucionalismo isabelino; la instauración definitiva del constitucionalismo; el Estatuto real de 1834 (donde aparece el bicameralismo); el poder desamortizador de Mendizábal; la Constitución de 1837; la de 1845 (sus modificaciones y proyectos); la de 1869; el proyecto de 1873; la de 1876, que viene de la mano de la Restauración; la Dictadura, y la Constitución de 1931.

Previamente a todo ello existe un estudio político y sociológico de las diversas sucesiones de ordenamientos en nuestra patria o, lo que es lo mismo, las distintas fuerzas sociales sobre las cuales se articulan los diferentes poderes en las distintas épocas. El autor—como señala el presentador del libro—no elude, por supuesto, el comprometido estudio de la situación creada a partir de la guerra española de 1936.

Tercera parte.—Se centra el estudio en el sistema constitucional del actual régimen español o, mejor dicho, del régimen español existente a la publicación del libro, y que pasados los acontecimientos históricos del fin de año está siendo sometido a diversos estudios de posible modificación.

El autor manifiesta que ha intentado objetividad en la exposición de la anatomía del sistema, sin perjuicio de reconocer la posibilidad de un análisis crítico a cargo de cada uno de los que estudien la materia, pues ello es un deber moral de cada ciudadano, ya que en esa valoración estriba la esencia última de la ciudadanía.

Este *deber moral* de ciudadanía lo ejerce el autor en su epílogo al enjuiciar el momento político del Estado español, surgido de una guerra civil y que va a otorgar al bando vencedor de la misma el poder victorioso. Su proceso institucionalizador viene determinado por dos niveles distintos: una extraordinaria concentración de poderes en una sola persona (nivel pragmático) y un modelo constitucional definido por las Leyes Fundamentales (nivel teórico). Partiendo de estas ideas examina—con previsiones de futuro—el problema de las asociaciones y el poder constituyente (asociaciones como participación activa en el proceso del poder), la problemática de si la participación orgánica es o no participación corporativa, la ausencia de regulación de derechos fundamentales (cosa hecha por el Concilio Vaticano II), la institución monárquica y las posibles fases de evolución del esquema institucional.

Podrá o no estarse de acuerdo con el fino juicio crítico del autor, que sabe enfrentar *dos constituciones españolas* (constituidas por los dos niveles dichos); pero lo que sí es cierto es que quien pretenda poner su mano o emitir su voto en tan delicado momento «reformista» debe, al menos, documentarse en estas páginas que el autor nos brinda para que nuestra nación sea siempre un Estado de Derecho.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

ROMERO SAURA, S.: *La calificación urbanística del suelo*. Editorial Montecorvo, 1975.

La Editorial Montecorvo vuelve a publicar una tesis doctoral sobre un problema actual del Derecho urbanístico bajo el sugestivo título de *La calificación urbanística del suelo*. Se trata, sin embargo, de una tesis modificada, actualizada a la normativa actual. Con ello, la Editorial Montecorvo puede decirse que está monopolizando esa ventana que ofrece al público lo más significativo que se produce en el campo del urbanismo... y en otros diversos sobre los que inciden las tesis doctorales en el momento actual. Si escribir una tesis doctoral fuese o se considerase pecado (por el lujo que la aportación de su contenido representa en el campo del estudio), a la Editorial habría que designarla con aquella frase de la letanía: *refugium peccatorum*.

De la monografía, técnica, profunda, consecuente, instructiva y bien documentada, me ha impresionado una frase que el autor del libro, FERNANDO ROMERO SAURA, doctor en Derecho, profesor de la Escuela Técnica Superior de Arquitectura de la Universidad Politécnica de Valencia, estampó en su introducción y que dice: «No es extraño que al hombre de la calle, y aun al jurista no especializado, se le presente este moderno urbanismo como un *totum revolutum*.» Es curioso que al hacer mi balance interior he rechazado inmediatamente ser 'hombre de la calle', pero tampoco me considero como 'jurista especializado en la materia', pues ello supone siempre la transformación del 'hombre de Derecho' en 'hombre de leyes', y yo me quiero seguir creyendo que a pesar de haber hecho incursiones en el campo del urbanismo sigo siendo un jurista en el sentido de 'hombre de Derecho'. Pues bien, me causa sonrojo tener que afirmar que todavía en todo este 'tinglado' urbanístico hay mucho *totum revolutum*.

Tendría por ello que apearme de esta recensión, pues me falta legitimación «especializada» para ella. No obstante, sigo en base de una anécdota que va a dar más valor «profano» a estas líneas. Para mí, el suelo sólo tiene un valor «paisajístico», en esa línea marcada por la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 1969. Un color se me va y otro se me viene al recordar cómo mi padre me envió un día de «inspección» a una finca en la que existían diversos cultivos y me recomendó que me fijara bien en el estado de crecimiento de las plantas, el riego, los abonos, etc. El hortelano, dejándome pasar delante, iba pendiente de todos mis gestos, hasta que en un momento de inspiración dije: «Muy crecidas están esas lechugas.», y tuve que aguantar la respuesta: «Señorito, eso es remolacha.»

¿Cómo es posible—me pregunto—que el recensionista esté en condiciones de diferenciar el antiguo suelo urbano, de reserva y rústico, convertidos ahora en urbanizable, no urbanizable, programado y no programado, aun y a pesar de la técnica, dominio, claridad, poder de convicción, especialidad, etc., que el autor de la monografía aporte? Vamos a intentarlo e incluso a poner de nuestra parte toda la gran voluntad para averiguar la razón y conveniencia no sólo de una calificación o clasificación inicial, sino de su modificación posterior.

Para ello hay que seguir al autor en los seis capítulos que destina a la cuestión y que, sucesivamente, tratan de un encuadramiento que sirve de introducción, una evolución histórica, la calificación del suelo referida al ordenamiento español, el reflejo dentro del planeamiento, las categorías de suelo en las diversas leyes y la estabilidad de la calificación. Es auténtica manía mía la de buscar siempre en toda publicación un índice de materias y otro de la bibliografía empleada, pero aquí, como en muchas

otras tesis, se omiten estos dos «andadores», tan necesarios para los no especializados.

Empezar la lectura de una monografía acompañados de frases ofrecidas por el prologuista tan prometedoras como éstas: «El intento del autor es hallar en la normativa española el vértice o la piedra de separación entre el Derecho público y el privado en el ámbito interdisciplinario del urbanismo, en que el Derecho es ciertamente sólo una de las técnicas a emplear y no siempre la principal, pero donde su papel es indispensable en cuanto cauce de expresión de los poderes públicos en su misión de ordenar una convivencia ciudadana armónica e integral», es algo que conforta y da ánimos, y así se lo agradecemos a su autor, M. BAENA ALCÁZAR, catedrático de Derecho administrativo.

A) *Introducción*.—Creo que en la introducción deben destacarse dos claras ideas que el autor ofrece en aras de una justificación de su estudio: de una parte, el detalle significativo de que la doctrina patria ha transitado sobre el tema de la calificación sin detenerse a realizar ningún estudio frontal de la cuestión y, de otra, que el tema es necesariamente previo a aquel que desde una vertiente privatística tratara de estudiar la incidencia del Derecho urbanístico sobre la propiedad privada, puesto que solamente profundizando en las consecuencias de las calificaciones otorgadas por la ley o los planes se podría configurar lo que por algunos ya se llama «propiedad urbanística».

B) *Evolución histórica*.—Hay una afirmación que el autor hace que puede ser válida para ofrecer al lector en nuestra recensión el contenido de esta parte: «La técnica de la calificación emerge sobre el horizonte urbanístico precedente como una figura que no parece ser fruto de la evolución continuada y progresiva de las instituciones anteriores, sino más bien es alumbrada como trasunto de una concepción jurídico-pública del espacio montada sobre nuevas premisas; podría decirse que desde un punto de Derecho positivo no sería fácil barruntar el nacimiento de tal instituto unos años antes de su aparición.»

Ese alumbramiento de las nuevas calificaciones debe responder, como el autor afirma, a otras razones que caprichosos cambios de denominaciones, pero está por saber si la técnica urbanística pudo o no desarrollarse con esa clasificación de «andar por casa» que distinguía lo rústico de lo urbano. No vaya a suceder en este caso como en aquellos otros en los que una palabra parece dar un nuevo sentido espectacular a una frase: no es lo mismo el ramplón «momento oportuno», que el «impacto» causado por el «momento coyuntural»...

Con el rigor que caracteriza al investigador, y muy apoyado en la obra clave que sobre este punto escribiera MARTÍN BASSOLS, ofrece el autor al lector las grandes líneas de la evolución, que iniciándose en las Ordenanzas municipales, pasa a la normativa de carácter estatal.

C) *Ordenamiento urbanístico español*.—Para el desarrollo de la materia se utilizan dos vértices importantes: el político y el económico, y en cada cual se estudian las proyecciones que la calificación ofrece. En el primero se afirma, después de estudiar la idea socializante y la posibilidad del patrimonio municipal, que «la calificación del suelo aparece como el instrumento central de ordenación social de la propiedad urbanística, en tanto que las facultades dominicales se configuran según un instrumento público: el planeamiento». La calificación del suelo—se dice del segundo—comprende entre sus virtualidades la de determinar objetivamente la *aestimatio rei*, separando el valor que corresponde al propietario del suelo de aquel otro plusvalor, fruto de la ejecución del plan, que debe ser afectado al sujeto urbanizador.

Igualmente se estudian la problemática de la sumisión del administrador al régimen valorativo, la descripción general y configuración legal del suelo y la configuración dogmático-jurídica a través de la distinción entre «cualificación y clasificación». El autor se hace eco de las diferencias existentes en la cualificación del suelo y el deseo legislativo «tributario» de armonía, cosa que si pudo lograrse en la Ley de 1964 de Contribución Urbana, ha quedado desfasada en el momento actual con una nueva cualificación. ¿Cada vez que se reforme la Ley del Suelo hay que modificar todo el ordenamiento jurídico o es ese ordenamiento jurídico el que puede mediatizar modificaciones? Esta es la pregunta sin respuesta.

D) *Formas de atribución de cualidad.*—El autor, que ya antes ha precisado el término cualificar, afronta en este capítulo la expresión formal, a través del plan, de dicha cualidad. Para diferenciar el suelo rústico del urbano se han utilizado, con críticas urbanísticas, los criterios de la situación, construcción, destino y accesoriedad. La Exposición de Motivos de la Ley del Suelo, que el autor cita, parte de la necesidad de afrontar la ordenación urbanística a base de asegurar la utilización del suelo conforme a su función social, y para ello se pretende distinguir el suelo conforme a «su situación y destino». Es decir, dos de los criterios criticados son los utilizados para dar una mayor complejidad a la clasificación.

A través de ese instrumento formal (con esta expresión puedo ganarme más de un insulto urbanístico) que es el plan (nacional, provincial, director, general, parcial, estudios de detalle y programas de actuación urbanística), el autor va ofreciendo al lector esas diferentes configuraciones de los terrenos sobre los que se opera, y así surgen los conceptos de casco urbano, perímetro urbano, perímetro que define el casco, suelo urbano, suelo urbanizable, programado o no, zona, zonificación, atribución de volúmenes, ordenación de los mismos, parcela mínima edificable, parcela urbanística y solar, usos, polígonos o unidades de actuación, estándares urbanísticos, etc.

E) *Categorías urbanísticas.*—Entiendo que esta parte de la monografía es la que reviste el carácter práctico que el enfrentamiento con unas cualificaciones de bienes ofrecen. El estudio se hace por etapas legislativas, y por ello comparativas, pero también atendiendo a las distinciones que la legislación recoge: el suelo rústico de la primitiva Ley del Suelo y el suelo no urbanizable de la Ley de 1975; el suelo urbano de 1956 y el posterior de la legislación actual, con sus variantes de suelo de reserva urbana, suelo urbanizable programado y no programado, terminando con la figura de los solares montados en esas dos vertientes de las legislaciones citadas.

El autor, profundo conocedor de la materia, prepara su estudio advirtiendo al lector que «no es exageración decir que esas categorías son el quicio sobre el que se vertebra la Ley del Suelo y la actividad urbanística. Resumiendo al máximo el contenido de la ley, podía decirse que en ella sus preceptos o están dirigidos al alumbramiento de esas cualidades—planeamiento, sistemas de ejecución de los planes, parcelaciones, etc.—o van dirigidos a lograr la plena efectividad de los derechos y deberes nacidos en base de esas cualidades...». Acepto todo ello, pero me rebelo—rebelión casi a bordo de la nave vacilante del urbanismo—de ciertas licencias de expresión que, por mucha riqueza de nuestro idioma, no pueden ser admitidas en buena lógica: ¿Cómo es posible que el autor defienda y opine paralelamente a ORTEGA GARCÍA que pueda existir un suelo rústico «con vocación» urbana y agrícola? ¿Cómo es posible que el suelo tenga *vocación*, si ésta en los seres humanos no supone más que resignación?

F) *Estabilidad de la calificación.*—El problema crucial de toda calificación o calificación de terrenos es el de su posible estabilidad en el

tiempo, pues cuando ésta falte y se permitan cambios o alteraciones aparece ese fantasma negro de la «especulación», que es quizá el mayor enemigo con que cuenta la legislación del Suelo, pues aun y a pesar de sus técnicas, sus precisiones en torno a la calificación de los terrenos, ahí sigue en pie el especulador y su expectativa. El famoso estraperlo de mercancías de ciertos años de las últimas épocas ibéricas tenía la misma razón de ser que este de ahora: escasez y masiva intervención de intermediarios.

Se estudia con detenimiento este problema de la estabilidad de la calificación en las dos etapas legislativas que el autor se marca: la de la primitiva Ley de 1956 y la actual de 1975, así como diversos aspectos técnicos dentro de cada una de ellas.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

REVISTAS

II. NOTICIA DE REVISTAS

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Octubre-diciembre 1975

Capacidad de la mujer casada y economía conyugal, por Luis Díez Picazo, págs. 859 a 875.

Inalienabilidad de la persona, alienabilidad de los servicios. Apunte sobre el tema en Hegel y sus precedentes, por Manuel Alonso Olea, págs. 875 a 897.

El artículo 1.701 del Código civil, por Juan Manuel Rey Portolés, páginas 897 a 979.

Enero-marzo 1976

Las pertenencias en Derecho privado español, por Luis Humberto Clavería Gosálvez, págs. 3 a 55.

Reforma de la ley y renovación del ordenamiento en el título preliminar del Código civil, por Juan Cadarso Palau, págs. 55 a 85.

DOCUMENTACION JURIDICA

Núms. 7 y 8, julio-diciembre 1976

Elementos jurídicos de la integración europea, por Juan de Miguel Zaragoza, págs. 487 a 559.

El artículo 36 del Fuero de los Españoles, por Angel Sánchez de la Torre, págs. 549 a 585.

Reapertura del debate en torno a la equidad, por Carlos Vattier Fuenzalida, págs. 585 a 609.

Las obligaciones derivadas de la situación de propiedad horizontal, por O. V. Torralba Soriano, páginas 609 a 645.

El ordenador, instrumento eficaz para los juristas, Documento de

la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, págs. 645 a 723.

REVISTA DE DERECHO FINANCIERO Y HACIENDA PUBLICA

Núm. 122, marzo-abril 1976

Las presunciones y el fraude de ley en el Derecho tributario, por G. A. Micheli, págs. 247 a 259.

La influencia sobre el sistema tributario de una devaluación del dinero, por Cesare Cosciani, págs. 259 a 275.

La revisión de actos tributarios en vía administrativa, por Eusebio González García, págs. 275 a 325.

La emigración de especialistas y su financiación, por V. Lavrov, páginas 325 a 339.

La consulta vinculante, por Alfonso Montero Sáenz, págs. 339 a 351.

Perspectiva histórica de la economía pública y de los recursos humanos, por J. Tingebergen, páginas 351 a 363.

Las fuentes del Derecho tributario y el principio de legalidad, por José Luis Pérez de Ayala, páginas 363 a 402.

REVISTA DE DERECHO NOTARIAL

Abril-junio 1975

Réplicas panormitanas VI. Sobre la suerte del contrato real en el Derecho romano, por Alvaro D'Ors, págs. 7 a 27.

Notas acerca de la capacidad, la constitución y la representación en la Ley de Cooperativas de 1974, por Manuel Aguilar García, páginas 27 a 71.

Excepciones a la regla «locus regit actum» en materia de disposiciones «mortis causa», sucesiones y transmisión de bienes inmuebles, por Roberto Blanquer Uberos, páginas 71 a 253.

Los contratos onerosos entre cónyuges en la historia del Derecho catalán y en su vigente compilación, por María José Herrero García, páginas 253 a 349.

REVISTA DE DERECHO PROCESAL IBEROAMERICANA

Núm. 1, 1976

Progreso y deficiencias de la justicia civil en Colombia, por Hernando Devis Echandia, págs. 7 a 55.

La fianza del acusador particular: Notas sobre la legitimación activa y «caución juratoria» en el proceso penal, por José Vicente Gimeno Sendra, págs. 55 a 99.

El secretario judicial en la nueva Ley Orgánica de la Justicia. Similitud de su configuración en el Derecho comparado. Posible desarrollo de sus funciones en los nuevos Códigos de procedimiento, por Mariano Fernández Martín-Granizo, págs. 99 a 155.

En torno al concepto y contenido del Derecho jurisdiccional, por Juan Montero Aroca, págs. 155 a 191.

Sobre conceptos básicos del Derecho procesal, por Andrés de la Oliva Santos, págs. 191 a 217.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

Marzo 1976

El título preliminar del Código civil y el Fuero del Baylio, por Eduardo Cerro, págs. 185 a 204.

Estudio retrospectivo del acceso a la propiedad de los arrendatarios

de fincas rústicas en España, por Eugenio Llamas Valbuena, páginas 205 a 215.

Abril 1976

En tema de adquisición de vecindad civil, por Manuel Gitrama González, págs. 268 a 276.

La responsabilidad jurídica del subnormal, por Luis Martínez Calcerada, págs. 277 a 294.

Reserva y posesión, por Pedro Porras Ibáñez, págs. 294 a 301.

Mayo 1976

La Ley del Patrimonio del Estado y la Protección del Poseedor, por Etelvina Valladares Rascón, páginas 361 a 408.

REVISTA DE DERECHO URBANÍSTICO

Marzo-abril 1976

Régimen especial en materia de urbanismo de la provincia de Madrid, por Eduardo García de Enterría, págs. 13 a 37.

La revisión en el campo jurídico: naturaleza y efectos, por José María Chico Ortiz, págs. 37 a 79.

Las limitaciones extrínsecas de la nueva Ley del Suelo, por Federico Romero Hernández, págs. 79 a 97.

REVISTA DE ESTUDIOS AGROSOCIALES

Núm. 94, enero-marzo 1976

La comercialización asociativa de productos agrarios en España, por Antonio Herrero Alcón, págs. 7 a 45.

Cambios de estructura en cooperativas para la explotación en común de la tierra (1965-1975), por Miguel Bueno Gómez, págs. 45 a 65.

Comportamiento de las empresas agroindustriales ante los incentivos para su localización, por José J. Rodríguez Alcaide y Antonio Titos Moreno, págs. 65 a 93.

Algunas consideraciones en torno a la crisis de la agricultura en la región valenciana, por José Sorni Mañes, págs. 93 a 123.

REVISTA DE ESTUDIOS DE LA VIDA LOCAL

Núm. 189, enero-marzo 1976

Reforma de la Administración local y organización administrativa del medio ambiente, por Juan Luis de la Vallina Velarde, págs. 9 a 25.
Perspectivas de un ordenamiento financiero y tributario para las formas asociativas locales, por Alberto de Rovira Mola, págs. 25 a 106.

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Núm. 379, abril 1976

Aspectos jurídico-políticos de la reforma de los Principios Fundamentales, por José María Martínez Val, págs. 299 a 307.
La letra de cambio con cláusula «sin gastos», por Pedro Navarro Vilarrocha, págs. 307 a 316.

Núm. 380, mayo 1976

Aspectos jurídico-políticos de la reforma de los Principios Fundamentales, por José María Martínez Val.
La letra de cambio con cláusula «sin gastos», por Pedro Navarro Vilarrocha, págs. 426 a 442.

REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

Núm. 3, marzo 1976

Consideraciones en torno al carácter singular del Derecho civil de Navarra, por Francisco Salinas Quijada, págs. 201 a 237.
Notas sobre el matrimonio en Derecho puertorriqueño (aspectos personales), por Eduardo Vázquez Bote, págs. 237 a 285.

Núm. 4, abril 1976

La multa en el Derecho penal español, por Antonio Beristain, páginas 325 a 373.
Los daños de productos en el ordenamiento jurídico español, por J. Rodríguez Buján, págs. 373 a 395.

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Núm. 1, enero-marzo 1976

El presupuesto objetivo de la suspensión de pagos, por Vicente Cuñat Edo, págs. 7 a 31.
Sobre la falsedad en documento privado, por Gonzalo Quintero Olivares, págs. 31 a 63.
Neurosis y psicopatías en las causas de nulidad de matrimonio, por Juan José García Failde, páginas 63 a 81.
Naturaleza jurídica del contrato de descuento de la letra de cambio, por Vicente Baldo del Castaño, páginas 81 a 97.

