

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año XLIX ● Marzo - Abril 1973 ● Núm. 495

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

Excmo. Sr. D. Ramón María Roca Sastre.

CONSEJEROS:

Excmo. Sr. D. Pío Cabanillas Gallas.

Ilmo. Sr. D. Pedro Cabello de la Sota.

Ilmo. Sr. D. José Luis Lacruz Berdejo.

Excmo. Sr. D. Juan Vallet de Goytisolo.

Ilmo. Sr. D. Ginés Cánovas Coutiño.

Excmo. Sr. D. Juan José Benayas y Sánchez Cabezudo.

Excmo. Sr. D. José Poveda Murcia.

Ilmo. Sr. D. Narciso de Fuentes Sanchiz; y

Sr. D. Eugenio Fernández Cabaleiro.

CONSEJERO-SECRETARIO Y JEFE DE REDACCIÓN:

Sr. D. Luis Díez Picazo y Ponce de León.

SECRETARIO DE LA REVISTA:

Sr. D. Fernando Muñoz Cariñanos.

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

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

Depósito legal: M. 968 - 1958

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

SUMARIO

Págs.

ESTUDIOS:

"Las restricciones al derecho de propiedad, consideradas necesarias para el desarrollo de las explotaciones agrícolas", por JOSÉ MENÉNDEZ	285
"El acceso diferido a la propiedad de viviendas de protección oficial", por JESÚS ÁLVAREZ BELTRÁN	317
"La concentración parcelaria en su consideración registral", por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	335
"El sistema legal de Chile", por FERNANDO FUEYO LANERI	377

JURISPRUDENCIA:

Resoluciones y Sentencias:

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, TIRSO CARRETERO GARCÍA y EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO	425
II. Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Jurisprudencia civil, por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, JOSÉ QUESADA SEGURA, CARLOS MARÍN ALBORNOZ y FRANCISCO CASTRO LUCINI	461
2. Jurisprudencia contencioso-administrativa, por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ	514
III. Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central, por FERNANDO MUÑOZ CARIÑANOS	509

LIBROS:

"El problema del proceso por peligrosidad sin delito", de VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN, por CARLOS MARÍN ALBORNOZ	517
"Enfermedad y justicia", de I. MUÑOZ SABATÉ, por CARLOS MARÍN ALBORNOZ	523
"El problema de la resistencia fiscal", de MAGÍN PONT MESTRES, por JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ	527
"Diálogos sobre la Empresa", de la Universidad de Santiago de Compostela, por CARLOS MARÍN ALBORNOZ	531
"I Simposio sobre Propiedad Horizontal", por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ	535
REVISTAS	543

ESTUDIOS

Las restricciones al derecho de propiedad, consideradas necesarias para el desarrollo de las explotaciones agrícolas

Se pueden brindar dos significados diferentes para el concepto de las restricciones al derecho de propiedad. Hay una explicación tradicional, que imperó durante mucho tiempo, apoyada en el individualismo jurídico y en el liberalismo económico. Y existe también una segunda valencia para las aludidas limitaciones. Un aliento nuevo que sopla desde los ámbitos del derecho agrario.

Partiendo del enfoque antañón, las restricciones al dominio formaban parte del entorno cómplice que ponía fronteras mínimas al señorío dominical. Era éste tan absoluto en el rigor clasista de las XII Tablas, cuyo livor jurídico ha destilado durante muchos siglos, que no rimaban con su escarapate de amplias facultades las cortapisas, por muy legales que éstas fuesen. De ahí que los legisladores de la juridicidad comparada mirasen desde el microscopio parlamentario cualquier pretencioso corsé que intentara meter en cintura al más absoluto de los derechos conocidos. Como el propietario, cual un *pater romanus* de la cosa objeto de su derecho, tenía la facultad de abusar de ella con toda la potencialidad destructora que el Derecho le reconocía, es decir, que detentaba un derecho de vida y muerte sobre los objetos jurídicos, sólo tímidamente podían enarbolarse las pancartas de las restricciones dominicales.

Por ello, las cirugías, las extirpaciones de poder en la inatacable *proprietas*, eran pensadas como males necesarios provocados por la necesaria convivencia entre cada particular egoísmo individualista y el bien general o la insoslayable utilidad pública. Mientras que el propietario

no trasponía sus umbrales, mientras no colisionara con el interés general de los derrotables *erga omnes*, no se le compelió a ninguna actitud positiva.

La propiedad era un botón del quirite en las varias centurias históricas y no tenía por qué obligarle a posturas constructivas en provecho del común. En su médula iba implícita una insolidaridad económica con los derechos de los demás. Los otros no existían para el propietario, que tranquilamente podía desconocerlos. Frente al *verus dominus* eran figuras borrosas y sumisas.

Al moderno Derecho Agrario le debe la ciencia jurídica esa avulsión doctrinal que trasluce el hecho de empezar a reconocer beligerancias a las restricciones al derecho de propiedad. Estas limitaciones ya no toleran la retaguardia conceptual a la que las relegó el Derecho tradicional. Hoy aparecen preñadas de reivindicaciones desde el mundo de los otros, cuando esos otros son la colectividad nacional abanderada bajo el emblema del bien común.

Hoy, la propiedad ha dejado de ser frígida frente a las solicitudes del desarrollo económico. Casi parece natural hablar en nuestros días de la propiedad-fermento. En efecto, se impone que el derecho aislacionista y centrífugo de cada dueño se integre en la noria del general desarrollo de la agricultura de cada país. Cada parcela de terreno ha de ser levadura del crecimiento de la renta agraria nacional.

Este tipo de restricciones positivas son las que pueden contribuir al desarrollo de la explotación agrícola mediante el mejor reparto de los hombres y de las actividades económicas en el cuadro geográfico nacional en función de los recursos naturales.

Es en los textos de Reforma Agraria de este siglo donde se encuentra palpitante ese nuevo sentido de una propiedad limitada. Y, sobre todo, en los de Reforma Agraria integral surgidos en América durante la última década, en todos los cuales se proclama, para equilibrar el dejo individualista de la propiedad, que ésta debe simultáneamente cumplir una función social.

Cuya función se traduce en una serie de obligaciones impuestas al dueño, verdadera novedad si se tiene en cuenta que en las concepciones clásicas todo eran derechos, pues los deberes estaban al otro lado de la calle, el del sujeto pasivo universal, que caracterizaba a todos los derechos reales.

Todo esto no son meras proclamaciones programáticas de unos principios doctrinales. Muy al contrario, los articulados legales surgen con brío buscando el trauma que prepare el cambio de las añejas estructuras agrarias. Por eso establecen la posibilidad de expropiar las fincas en las que no se cumpla la función social de la propiedad.

Se somete a vigilancia la propiedad y han de sufrir cuarentena todas las facultades que la integran. Antaño, al desgajarse varias de esas titularidades se daba margen al nacimiento de otros derechos más limitados. Y así podía surgir la figura del arrendamiento si el *dominus* se desprendía de varios *jures*: el *jus possidendi*, el *jus fruendi* y, en cierta medida, el *jus disponendi*. Hoy esas posibilidades están sometidas a revisión y gran parte de Leyes de Reforma Agraria excomulgan a los arrendamientos y demás sistemas indirectos de explotación de la tierra.

Se restringe también el gigantismo de la propiedad. Se exorciza con energía al demonio del latifundio, porque por doquier suenan voces que reclaman la distribución equitativa de la tierra.

Las restricciones se imponen generosamente a todo tipo de propiedad. Y, por ende, también a los bienes estatales. De ahí la normativa reformista que prohíbe transmitir las tierras nacionales, común a la mayor parte de las Leyes de Reforma Agraria.

El empuje reformador tiene ademanes de tornado, que arrambla con los conservadurismos consuetudinarios y legales. Ni respeta derechos adquiridos ni le detienen los conceptos de la irretroactividad y otros similares. Por eso se exige en algunas leyes la revisión de los arrendamientos y de las concesiones otorgadas en tiempos de mayor calma.

El derecho de propiedad ha dejado de ser un baluarte inexpugnable para convertirse en víctima propiciatoria de los impulsos reestructuradores. Por ello, cualquier tierra, aun la suficientemente explotada, puede verse afectada ante la necesidad de llevar a cabo un programa de desarrollo agropecuario o por motivos de presión demográfica.

El establecer el carácter indivisible de determinados predios es otra forma de restringir el derecho de propiedad. Como lo es también el programar la permuta forzosa de fincas rústicas.

No ha sido menor el ataque a la propiedad por el flanco fiscal. Se visibiliza en ese impuesto progresivo que presiona directamente sobre las tierras incultas o explotadas indirectamente.

Se despoja a la propiedad de muchos privilegios feudales. Pierde la ganga de las prebendas, cinceladas a golpe de discriminación clasista. Muchas Leyes de Reforma Agraria han cambiado la dirección de los Códigos civiles tradicionales, protectores del arrendador, la parte económicamente más fuerte. Y en un hálito de justicia conmutativa han consolidado la obligación de todo arrendador de abonar a los arrendatarios, a la terminación de los respectivos contratos, las mejoras con que se haya podido enriquecer la finca locada.

A veces se cercena el atávico derecho de propiedad con mordeduras verdaderamente revolucionarias. Con medidas que desbordan los horizontes posibles de la imaginación jurídica. Como cuando esos ordena-

mientos americanos, nacidos al calor de la histórica Conferencia de Punta del Este, defienden y consagran el amparo de los ocupantes de tierras ajenas contra los desalojos y, exprimiendo al máximo la defensa del que labora la tierra frente al dueño absentista, destilan ese rencor vindicativo que se traduce en la enumeración de las perturbaciones que provocan el anatema legal, por considerarse como actos de desalojo indirecto; perturbaciones que, en la mente de los legisladores reformistas, sólo pueden producirse por los capitalistas frente a los cultivadores de la gleba.

I. LAS RESTRICCIONES AL DERECHO DE PROPIEDAD POR VIA POSITIVA

A) *Obligación de cultivar*

En toda Hispanoamérica, al menos legalmente, se considera incompatible con el desarrollo económico el mantenimiento de tierras incultas.

En nuestros tiempos resulta anacrónica una detentación abúlica de la ecología nacional. La población ha crecido en proporción tan geométrica, que cualquier pereza agronómica perjudica a la comunidad vernácula. Por eso no puede tolerarse la ociosidad botánica.

Hoy se impone avasalladoramente la rúbrica omniestatal de la función social de la propiedad. Cuando millones de seres padecen hambre se hace forzoso desterrar la noción de la propiedad de la tierra como un lujo o como una superfluidad. La desidia cultural de los fundos es un cáncer de las células de la sociedad humana. De ahí el que todos los países impongan el laboreo forzoso de los predios y fustiguen con impuestos progresivos el abandono de los cultivos. En naciones superdesarrolladas se impone incluso la obligación de emplear modernas técnicas y la de seguir métodos que multipliquen la feracidad.

Los textos legales consideran incompatible con el bienestar nacional y con el desarrollo económico del país el mantenimiento de tierras ociosas. La incultura botánica constituye paradójicamente una privación superflua. El hombre pudiente, que no invierte en sus tierras, las detenta como un ornamento, como un lujo hepatante. El listín de las hectáreas se convierte en el heraldo de un poderío plutocrático. Un puro exhibicionismo inconciliable con la carestía de tantos sectores de la población, inadmisibles en la segunda mitad del siglo xx.

B) *Obligación de cultivar directamente*

La propiedad, bajo la concepción revolucionaria de los reformistas agrarios, está constreñida con obligaciones impensables bajo la noción valetudinaria del derecho absoluto. Entre ellas destaca la de cultivar directamente su propiedad, bajo la amenaza de expropiación en caso de no realizarlo. Por mucha atmósfera de función social de la propiedad que quiera infundirse, esta constricción nos parece excesiva. Puede ser el *desideratum* de una meta lejana de la reforma, pero no la primera fase en la que varias figuras, como el usufructo, el uso, los censos o el arrendamiento, bien controladas pueden dar, por el momento, muy aceptables resultados. La enfiteusis se muestra como procedimiento muy interesante de llevanza indirecta de la tierra, teniendo en cuenta la institucional redimibilidad de todos los censos, lo que traería como resultado el que el dueño útil, en la coyuntura de una buena cosecha o de cualquier holgura crematística, pudiera concentrar en sus manos la plena propiedad de la finca censada, viabilizando así el designio de que la tierra llegue a ser del que la cultiva.

Según la nueva concepción del reformismo agrario, el propietario está obligado a cultivar directamente su propiedad o bajo su dirección y responsabilidad económica.

Debe tenerse en cuenta que la función social de la propiedad constituye una innovación jurídica relativamente moderna. Tradicionalmente, el dominio se había caracterizado por una copia numerosa de *facultades*, que autorizaban al propietario incluso a *destruir la cosa*. Dentro de esta situación de poder aparecía como algo extraordinario la existencia de limitaciones a este derecho absoluto, que sólo eran admisibles si estaban establecidas en la ley. De ahí la definición que del derecho de propiedad se contiene en los Códigos civiles. Pero a raíz de la Revolución mexicana y de la Constitución de Weimar se ha introducido dentro de la normativa institucional del derecho de propiedad un injerto nuevo, verdaderamente revolucionario según la concepción tradicional de este derecho, consistente en la imposición de *obligaciones* al propietario. Es interesante remarcar esta nueva orientación. Hasta los primeros años del siglo xx después de Jesucristo, la propiedad se había caracterizado fundamentalmente por la situación positiva de constituir una gama de derechos a favor del titular, sólo tolerándose las limitaciones a esta situación de poder cuando estaban establecidas en las leyes. Pero a partir de 1917 se ha enriquecido negativamente este derecho con la introducción de obligaciones frente al propietario que anteriormente eran inimaginables.

Dentro de esta línea moderna se encuentran todos los textos legislativos, surgidos bajo el aliento de las reformas agrarias integrales. Y a este respecto conviene mencionar *las Leyes de Reforma Agraria, que consideran* que la función social de la propiedad viene integrada por el cumplimiento por parte del propietario de una serie de obligaciones, entre las cuales figura el deber de cultivar directamente su propiedad. Esta obligación de *cultivo directo* es congruente con la misma ley, que considera contrario a los principios de la función social de la propiedad cualquier sistema *indirecto de explotación* de la tierra, sancionándose esta práctica jurídica de la subtenencia con la posibilidad expropiatoria a que se refieren dichas Leyes de Reforma Agraria.

El cultivo directo que se impone a los dueños tiene por objeto *responsabilizar* al agricultor en la marcha de la explotación agrícola, es decir, pretende generalizar el concepto de la empresa agrícola y del empresario. Esta aceptación de riesgos inherentes a la explotación agropecuaria se visibiliza cuando dicen que el propietario cultivará directamente o realizará los cultivos bajo su dirección y *responsabilidad* económica y sólo se toleran los supuestos de explotación indirecta eventual previstos taxativamente en las leyes.

Los sistemas de tenencia indirecta impiden que la tierra sea del que la trabaja y traen como consecuencia el absentismo agrícola y la inícuca explotación del hombre por el hombre. No debe olvidarse que un latifundio puede representar una fórmula de explotación económica mucho más remuneradora que la resultante de su parcelación en pequeñas propiedades. Esto ocurre con los latifundistas, que explotan eficientemente la tierra y que consiguen normalmente mayores índices de productividad que los modestos campesinos. Pero como las directrices de una Reforma Agraria no tienden exclusivamente a motivaciones económicas, sino que alientan también bajo preocupaciones de índole social, es por lo que estos procesos conducen a una condena, tanto del terrateniente como de los procedimientos de tenencia indirecta de la tierra.

Si bien es cierto que deben evitarse los sistemas de tenencia indirecta de la tierra, no obstante, esto debe constituir una fase remota de la Reforma Agraria, que forzosamente constituye un proceso muy dilatado en el tiempo. Por ello, en un primer momento de puesta en marcha de la Reforma se deben tolerar los arrendamientos y cualesquiera otros sistemas de tenencia indirecta de la tierra, si bien controlando eficazmente las rentas contractuales y estableciendo en favor de los arrendatarios determinados derechos que les aseguren la continuidad en la explotación y el posible acceso a la propiedad, así como también deben aceptarse los latifundios que cumplan con la función social de la pro-

piedad, declarando inafectables las grandes extensiones de tierras que estén suficientemente cultivadas.

La obligación de cultivar directamente tiene una doble vertencia: Por un lado, implica un deber del propietario y, por otro, representa una limitación en su facultad enajenativa. Tradicionalmente se ha considerado como uno de los derechos subjetivos del propietario el de disposición, que le permitía o bien transferir totalmente su dominio en beneficio de un posterior adquirente, o bien transferir limitadamente alguna de las facultades ínsitas en el derecho de propiedad mediante la constitución de derechos reales limitados. Indudablemente, desde el momento en que se le obliga a cultivar la tierra de una forma directa se desgajan de su propiedad monolítica aquellas facultades constitutivas de derechos reales limitados. Pero esta restricción está dentro de la nueva línea que caracteriza a la función social de la propiedad, bajo cuya invocación se recogen una serie de limitaciones afectantes a los propietarios. Por tanto, el propietario deberá o bien trabajar inmediatamente el predio con su propia energía muscular o bien, en el caso más aséptico, deberá dirigir y enfrentar económicamente la explotación de la finca. Es decir, que a partir de la Reforma Agraria no se puede declinar la dirección y la responsabilidad económica de los trabajos agrícolas en arrendatarios, usufructuarios, usuarios, censatarios o enfiteutas.

Algunas leyes establecen que el Instituto de la Reforma revisará los contratos de arrendamiento vigentes. En caso de que el arrendatario no hubiere cumplido con lo estipulado en el respectivo contrato de arrendamiento o las tierras objeto del mismo se encontraren explotadas o cultivadas por medio de subarrendatarios, aparceros, medianeros o colonos, se resolverá el contrato sin más trámite que la notificación por escrito del Instituto al arrendatario.

Prescindiendo de lo violento de la fórmula legal, que pretende eliminar la actuación de los Tribunales en un supuesto de extinción de una relación contractual, lo cierto es que examinada la realidad arrendaticia de América es muy conveniente este precepto.

Una gran labor en la materia pueden realizar los Institutos de Reforma, tanto en la reivindicación de gran parte de la riqueza nacional como para abortar las formas de explotación indirecta de la tierra. En muchos de esos contratos, pactados generalmente por una duración de veinticinco años o de cincuenta años prorrogables, se estipulaba una renta a favor del Estado de 25 centavos por hectárea. Posteriormente, los mismos terrenos eran subarrendados a modestos cultivadores, conviniéndose una renta de subarriendo 300 ó 400 veces superior. Y, además, en muchos de estos arrendamientos había transcurrido el período contractual de vigencia, pero por desidia de las administraciones de

rentas no se denunciaban tales contratos y los aprovechados subarrendadores perpetuaban su lucrativa situación sin siquiera abonar renta al Fisco.

Se impone, pues, una reforma sustancial en la materia de arrendamientos, que proscriba terminantemente el subarriendo por constituir una forma abusiva de llevanza de la agricultura, por cuanto el subarrendador se beneficia de tierras ajenas—las del Estado—y de trabajo también ajeno—el del subarrendatario—. Por otra parte, es necesario establecer la revisión de rentas periódicamente con objeto de evitar la congelación de cánones arcaicos, cuyo mantenimiento no responde a las circunstancias cambiantes de los tiempos. Por otro lado, será conveniente también preconizar plazos contractuales más breves en la conclusión de los contratos de arrendamiento.

En el supuesto de tenencia indirecta de la tierra, creemos que en vez de situarlo fuera de la protección legal y exponerlo a la expropiación sería más lógico analizar los respectivos contratos para averiguar si las rentas estipuladas son justas o, por el contrario, resultan antisociales. Pero la expropiación en potencia es una medida que en muchas ocasiones no resulta sancionadora, como ocurre siempre que la misma no se lleve a efecto, bien por falta de medios económicos para satisfacer el avalúo de los terrenos (no todo el territorio nacional indebidamente cultivado se puede expropiar sincrónicamente) o bien porque los procesos creadores de nuevos centros de población agrícola son necesariamente morosos, como lenta es también cualquier política de Reforma Agraria, que presupone necesariamente un prolongado lapso de tiempo para su realización. Por ello resulta más efectivo y menos demagógico el sancionar los sistemas de tenencia indirecta con presiones tributarias.

El acceso del arrendatario a la propiedad de la tierra

Varias leyes establecen que todo pequeño o mediano productor que durante la vigencia de las mismas esté explotando, en virtud de un contrato de arrendamiento, a término fijo o por tiempo indeterminado, predios rústicos dedicados a la explotación agrícola, pecuaria o mixta, queda amparado por la ley, no pudiendo ser desalojado sino con la autorización del Instituto de la Reforma, quien decidirá si acuerda la autorización solicitada o si procede a la dotación de tierras conforme a la ley. La primera observación que nos sugiere este precepto es que el mismo viene a tener una virtualidad retroactiva, porque extiende su regulación a los contratos de arrendamiento que están vigentes al mismo tiempo que la ley y que pueden haber surgido con anterioridad a la misma. La

innovación fundamental del artículo consiste en que introduce un trámite procesal revolucionario desde el punto de vista de un tradicional enfoque procesalista. La autorización del Instituto de la Reforma se enquista en la normativa procedimental establecida, tanto por el Código civil como por la Ley Rituaria. El desalojo de un arrendatario tiene lugar cuando se produce alguno de los supuestos de extinción de la relación arrendaticia y se hace necesario conferir al arrendador la posesión material de la finca locada. Por ejemplo, cuando se ha producido el impago de la renta, cuando el arrendador dedique la cosa arrendada a finalidades distintas de las establecidas en el contrato o por cualquier otra de las causas previstas en la ley. Al producirse uno de estos eventos extintivos, según la regulación sustantiva en esta materia, el arrendador puede acudir al Juzgado ejercitando la oportuna acción de desahucio con objeto de desalojar al arrendatario y de conseguir el lanzamiento del mismo. Pero ahora esta estructura procesal aparece incrementada con un requisito establecido por la Ley de Reforma Agraria, cual es el de la autorización preceptiva del Instituto de la Reforma, que viene a ser una de las manifestaciones demostrativas de cómo el poder público va ingiriéndose paulatina y progresivamente en las relaciones del Derecho privado, debido tal vez a una necesidad de intervencionismo estatal.

El Instituto puede optar o bien por otorgar la autorización requerida, haciendo viable el lanzamiento del arrendatario, o bien por inclinarse hacia la dotación del terreno arrendado en favor del arrendatario. Si el Instituto se inclina por esta última posibilidad, en realidad se estará produciendo una verdadera expropiación. Porque la dotación de tierras significa la atribución de las mismas en favor del anterior arrendatario con base a convertirse por este hecho atributivo en un verdadero propietario. Pero esto no se produce lisa y llanamente, sino pasando por una anterior titularidad dominical sobre el derecho que correspondía al arrendador legalmente despojado. Así las cosas, esto implica que cuando el Instituto se decida por la solución de dotar tierras deberá previamente proceder a la expropiación de las mismas; en ese caso habría que tener en cuenta que «toda expropiación de tierras para fines agrarios se llevará a cabo previa indemnización de su valor». Es decir, que antes de inclinarse el Instituto por la dotación de tierras deberá examinar las disponibilidades de su tesorería para averiguar si podrá hacer frente a la previa indemnización al propietario.

Se considera contrario a los principios informadores de la Reforma Agraria cualquier sistema indirecto de explotación de la tierra. Esta repulsa, mantenida con la generalidad con que lo hacen las leyes, resulta a veces inconciliable con la realidad del agro. Si se mantuviese a rajatabla la enemiga contra los arrendamientos y demás sistemas análogos,

ello significaría que una gran masa de campesinos podrían resultar afectados en sus medios normales de desenvolvimiento agrícola. A este respecto consideramos que la solución está también en reconocer que el proceso de reforma agraria requiere una operatividad muy dilatada en el tiempo.

Indudablemente, los sistemas de tenencia indirecta de la tierra no son los más justos por ir acompañados de determinadas lacras agro-sociales, como son el absentismo de los propietarios, la explotación del trabajo ajeno y la exacción de rentas abusivas en muchas ocasiones. Por ello, la solución debe estar en permitir los sistemas de tenencia indirecta, al igual que los latifundios explotados eficientemente, en tanto no se haya llegado a la total distribución de las tierras baldías nacionales entre los campesinos desheredados y en tanto no se hayan, asimismo, redistribuido entre los agricultores sin tierras los latifundios y demás tierras incultas u ociosas. La lucha contra los sistemas de tenencia indirecta deben realizarse en dos etapas sucesivas. En la primera la ellas, las medidas consistirán en revisar y acomodar las rentas a unos índices de productividad del país, en favorecer la estabilidad de los arrendatarios y el acceso de los mismos a la propiedad de las tierras que cultivan. En la segunda fase, superados aquellos primeros objetivos, podrá lograrse la completa extirpación de los sistemas de explotación indirecta mediante la expropiación de los predios de los arrendadores para su posterior parcelación y reparto entre los arrendatarios cultivadores.

Resulta más constructivo, en lugar de atacar indiscriminadamente a todo tipo de arrendamientos, permitir que subsistan los ya establecidos hasta el momento de su normal extinción, si bien permitiendo controlar los pactos contractuales con objeto de impedir que éstos resulten lesivos para el arrendatario en beneficio del terrateniente. Que esto es así lo demuestran algunas publicaciones jurídicas, en las que se demuestra cómo hay países en los que vive de los arrendamientos más de los dos tercios de la población rural. De tal forma que el resultado inmediato de la proscripción general de estos contratos es un evidente perjuicio para los campesinos. Tampoco debe desconocerse la parvedad de recursos económicos asignados en algunos países para lograr el cambio de estructuras agrarias, lo que hace casi imposible el conseguir la rápida eliminación de los arrendamientos, ya que, por otra parte, los cultivadores modestos carecen de medios para adquirir el pleno dominio. En definitiva, contempladas las cosas en los momentos actuales, lo que se precisa es que las Leyes de Reforma Agraria regulen equitativamente estos sistemas de tenencia.

La enemiga contra los sistemas de explotación indirecta de la tierra está pertinazmente proclamada en casi todos los textos de Reforma Agra-

ria, que aprovechan cualquier inciso normativo para atacar de frente a los arrendamientos y otras figuras contractuales con ellos emparentadas. Y así, al regular las concesiones territoriales, suele establecerse que si de la revisión de las mismas resulta que las tierras se encuentran explotadas indirectamente, se podrá decretar la cancelación de la concesión sin reconocerse mejora alguna.

C) *Explotar de modo eficiente*

Los textos de Reforma Agraria, surgidos para dinamizar la economía del campo, obligan a todo propietario a explotar de modo eficiente la tierra que le pertenece.

Legalmente se constriñe al propietario a explotar de modo eficiente la tierra que le pertenece. En nuestros tiempos resulta anacrónica una detentación abúlica de la ecología nacional. La población ha crecido en proporción tan geométricamente acelerada, que cualquier pereza agronómica no sólo perjudica al dueño, sino también y expansivamente a la comunidad vernácula. Y este es un resultado negativo inadmisible ante el inevitable desarrollo económico del país.

Dentro de los cometidos de la función social de la propiedad se incluye la obligación del propietario de explotar de modo eficiente la tierra que le pertenece. El adjetivo eficiente está empleado indudablemente con cierta impropiedad. Según el diccionario, eficiente es todo aquello que produce realmente un efecto. Así, por ejemplo (y seguimos con el diccionario), el sol es causa eficiente del calor. Según esto, cultivo eficiente sería aquella serie de trabajos agrícolas llevados con la mínima garantía para que se produjesen los frutos inherentes a la cultura agronómica. Pero esto no es bastante. Porque cultivo eficiente sería aquel conjunto de labores agrícolas que hiciesen producir a la tierra, cualquiera que sea el índice de productividad, incluso uno que resultara de modestos alcances. Por cuanto la eficiencia del trabajo agrícola se traduciría en el hecho de producir el efecto de la producción fructífera pretendida por el cultivador. Pero hay explotaciones agrícolas pobremente llevadas, cuyos resultados agrícolas no corren paralelos con el deseo de un desarrollo económico del país. Por ello creemos que los legisladores emplearon la palabra eficiente en sustitución del vocablo *suficiente*. En realidad, lo que debió exigirse es que todo propietario *cultivase intensivamente la tierra* para hacerla producir al máximo de sus posibilidades.

Cuando se plantee el dilema de la posible eficiencia de los cultivos en los casos concretos habrá que acudir a criterios vacilantes, oscilando

las decisiones al vaivén de las distintas opiniones personales y según los criterios coyunturales de los ejecutivos de la Reforma. Lo verdaderamente serio y constructivo, desde un punto de vista legal, consiste, pcese a que ello puede resultar empírico y un tanto rudimentario, en que desde el principio, de una forma generalizada, se establezca la normativa (en la propia ley) que declare cuáles son las explotaciones suficientes que podrán quedar a cubierto de los afanes expropiatorios de las autoridades agrarias. Para ello deberá fragmentarse el régimen jurídico, *distinguiendo las diversas clases de tierra y los diferentes tipos de explotación*. Lo más conveniente sería que se determinasen los índices de productividad según las distintas zonas o comarcas agrológicas del país, bien por hectárea, por cantidad de trabajo humano invertido en la explotación o por unidades de dinero empleadas en la inversión productora de la finca.

D) *Obligación de cumplir las leyes laborales y fiscales*

Se llama al propietario a cumplir con las exigencias de la justicia social: debe observar fielmente las leyes relativas al trabajo agrícola asalariado. Se convierte en ley positiva lo que es un precepto moral. Algo que en el Evangelio no se formuló expresamente, pero que quedó elíptico entre la frondosidad de las parábolas orientales: «Dad a Lázaro lo que es de Lázaro y daréis a Dios lo que es de Dios.»

Si no se cumple cualquiera de estas obligaciones, cuya formulación sigue impecablemente el corte de la moda de nuestros días, pero cuya equidad se enraíza en las profundidades de los siglos, las tierras podrán ser expropiadas para afectarlas a la Reforma Agraria.

Idéntica sanción se preconiza para fustigar a quienes no cumplan estrictamente las leyes fiscales relativas a la propiedad territorial.

Se sanciona el incumplimiento de estas obligaciones con la pérdida de la causa de inafectabilidad de que pudieran disfrutar las tierras sometiéndolas a la mecánica de la Reforma Agraria.

Nos parece excesivo este resultado. Tanto las leyes laborales como las fiscales contienen los correspondientes *cuadros de sanciones* para quienes conculquen su sistema de normas. Por tanto, bastará para constreñir al propietario, con las posibilidades correctoras contenidas en las leyes especiales. El hecho de sancionarle con la posible *expropiación forzosa* constituye una medida que, además, pugnaría con el principio penal del *non bis in idem*. Resulta más ponderado fustigar estos incumplimientos con sanciones pecuniarias.

E) *Obligación de cambiar el sistema de explotación*

Las leyes prevén el supuesto de que uno o varios agricultores, en una región determinada, deban cambiar su sistema de explotación a causa de la reglamentación del uso de los recursos naturales renovables.

Nos parece inadecuada la referencia a los recursos naturales renovables. Porque no hay que olvidar que la Ley de Reforma Agraria tiene su ámbito propio en las tierras dedicadas a la agricultura y los productos agrícolas ni son naturales ni son renovables por sí mismos. Los únicos productos auténticamente naturales son los bosques espontáneos y las plantas silvestres. Pero las plantaciones debidas a la mano del hombre son recursos artificiales. Por otra parte, como tales producciones se recogen anualmente en la oportunidad de las cosechas, no se renuevan las especies espontáneamente, sino que es necesario, si se quiere continuar con la riqueza, realizar una nueva y artificial plantación.

II. RESTRICCIONES AL DERECHO DE PROPIEDAD DESDE EL LADO PASIVO

A) *La privación del derecho de propiedad en virtud de la expropiación*

Como preámbulo de las pesquisas expropiatorias es muy corriente que en los textos legales de Reforma Agraria integral se declare de utilidad general la distribución de la tierra en superficies económicamente explotables, que cooperen a la producción agrícola nacional.

También se contiene algún precepto en el que se establece que las tierras en las que no se cumpla la función social de la propiedad podrán ser objeto de expropiación por parte del Estado. Esta declaración programática pretende marchar de acuerdo con las constituciones políticas de los distintos países, que generalmente garantizan la propiedad privada y sólo postulan la expropiación de la misma cuando concurren causas en virtud de las cuales debe anteponerse el interés general del país a los intereses egoístas de los propietarios. Y estas causas no son otras que la utilidad pública y el interés social, que traducidos al lenguaje de la justicia social agraria se convierten en los estímulos necesarios para la redistribución dominical.

La utilidad pública, contemplada desde el punto de vista de la Ley de Reforma Agraria, no puede ser otra que la distribución equitativa de la tierra. Pero esta distribución no es necesaria, más bien debe ser elu-

dida en aquellas fincas en las que se cumpla la función social de la propiedad, puesto que al ser cultivadas directamente y de una forma eficiente ello quiere significar que estas fincas son el resultado de una adecuada distribución del señorío dominical dentro de una cierta comarca, por lo cual no puede pensarse en expropiar estas fincas para llegar a una distribución a todas luces innecesaria.

Por su parte, las mismas leyes preceptúan a veces que «todo lo relativo al cumplimiento de los fines de la presente ley se declara de utilidad pública y de interés social». Aquí sí que ya se abre una brecha gigantesca a la inicial inafectabilidad de las fincas en las que se cumpla la función social de la propiedad. Basta con examinar la amplitud de fines de estas leyes para comprender por cuántos flancos puede ser atacada una propiedad en principio inafectable. En la misma idea nos reafirma el examen minucioso del articulado de las leyes, a través del cual se advierte la pluralidad de cometidos de estas Leyes de Reforma Agraria.

El establecimiento de estos preceptos viene a implicar que nunca o casi nunca se respetarán las tierras en las que se cumpla la función social de la propiedad. Hay que tener en cuenta que se declara de utilidad pública la distribución equitativa de la tierra en extensiones económicamente explotables. Por tanto, basta con que un terreno tenga una extensión superior a la que requiere una explotación familiar para que pueda ser expropiado con objeto de redistribuirlo, y ello aun en el supuesto de que el propietario cultive directamente su finca e incluso también en el supuesto de que explote de modo eficiente la tierra que le pertenece.

Tampoco se trata de que estas fincas correctamente llevadas estén irreversiblemente a cubierto de cualquier generoso programa de reestructuración agraria.

Deben ser intocables por el momento. Pero en una segunda fase más progresiva de la Reforma Agraria podrán afectarse los predios en los que se cumpla la función social de la propiedad. Aunque sólo en supuestos excepcionales y peregrinos. En casos tan acuciantes como el que puede representar la existencia de una presión demográfica.

No es que la Reforma Agraria, al menos en la mayoría de los países, quiera socavar el derecho de propiedad. No, por cuanto con las redistribuciones fundiarias y con los nuevos asentamientos rurales se está gestando el nacimiento de nuevas micropiedades. Lo que pretende es normalizarla en extensiones compatibles con el potenciamiento económico de los respectivos países.

Por tanto, frente al patriarcal *jus dominii*, la posición reformadora es ambivalente: de extirpación, unas veces; de creación y natalicio, otras.

Esa postura bifronte se transparenta en las diversas Leyes de Re-

forma al separar la riqueza predial en dos grandes y antagónicos grupos: el de las tierras afectables y el de los fundos inafectables. Las primeras están expuestas a las incursiones expropiatorias del poder público. Lo que significará la muerte del derecho de propiedad relativamente con respecto al dueño expropiado. Pero no se trata de una extinción absoluta del dominio, porque precisamente sobre las extensiones trasvasadas al Estado es sobre las que nacerán otros filiales derechos de propiedad privada a favor de los adjudicatarios de parcelas de los diversos asentamientos agrícolas.

Se sustraen a los ataques de la Reforma Agraria las tierras que estén suficientemente explotadas, cualquiera que sea su extensión. Es conveniente esta norma, porque permitirá el desarrollo de empresas agrícolas con fines comerciales y el mantenimiento de predios extensos, que por su importancia económica constituyen una considerable fuente de ingresos y garantizan trabajo permanente a grandes núcleos de población. Por ello se toleran los latifundios eficientemente explotados. Se ha pretendido por algunos que esta inafectabilidad podrá dar base a algunas injusticias y arbitrariedades.

En materia de afectación de fincas a los programas de la Reforma Agraria existe en ciernes la posibilidad de un doble ataque: por una parte, la posible *expropiación* derivada de la realización de obras de interés general y, por otra parte, también la posible enajenación forzosa provocada por el hecho de pretender realizar una distribución equitativa de la tierra o proscribir el latifundio. En ambos supuestos, el emblema que cobija esta lucha contra la propiedad privada se logra con la previa declaración de utilidad pública. Tratándose de la utilidad pública de una obra de infraestructura (por ejemplo, carreteras, ferrocarriles, puentes...), la declaración de utilidad pública viene determinada por normas situadas fuera de la Ley de Reforma Agraria.

En el supuesto de la lucha contra los latifundios, la declaración de utilidad pública se contiene en los artículos iniciales de cualquier Ley de Reforma Agraria. Y tal declaración lleva en potencia un gran peligro frente a los propietarios individuales. Por ello se permite la expropiación hasta de las tierras en las que se cumpla la función social de la propiedad, siempre que intervenga causa de necesidad y utilidad pública.

En realidad debería reconocerse un solo aspecto de *utilidad pública en materia de expropiaciones*. La utilidad pública general prevista en las leyes de obras públicas para realizar las construcciones básicas en el país, en cuyo supuesto, frente a esta utilidad general no deberán quedar a salvo ningún tipo de fincas rústicas, ni aun siquiera aquellas que cumplan los fines de la función social de la propiedad. Y ello por la razón de que la realización de estas grandes obras nacionales no tiene nada

que ver con la inafectabilidad agrícola y se rige por otras leyes, que están por encima de los intereses agrarios.

Generalmente, en las Leyes de Reforma Agraria suelen diferenciarse dos supuestos de inafectabilidad, en base a una razón temporal y también propugnando criterios cualitativos. La intangibilidad de un cierto número de hectáreas de regadío de explotación suficiente deberá ser de carácter absoluto frente a los impulsos innovadores de la Reforma Agraria. Ni siquiera razones de presión demográfica justificarán la expropiabilidad de estas tierras. Serán intocables en cualquier fase de la reforma, frente a cualquier motivo que pudiera derivar del cambio de estructuras agrarias. Unicamente deberán sufrir los potenciales ataques derivados de una expropiación de las de corte clásico apoyada en lo dispuesto en la Ley de Expropiación Forzosa. Es decir, que la realización de una obra de interés general declarada de utilidad pública podrá trascender, indudablemente, en perjuicio de esta propiedad, defendida hasta un máximo de cierto número de hectáreas de riego.

Por el contrario, tratándose de los predios suficientemente explotados con extensión indefinida, la protección a favor de los mismos debe tener un carácter relativo. No puede preconizarse a este respecto una inafectabilidad absoluta. Y con respecto a ellos existirá un doble motivo de vulnerabilidad:

1.º El de carácter transitorio, derivado de la protección temporal, que se les otorga por un lapso de tiempo determinado.

2.º El de carácter permanente, derivado de una prudencial extensión fundiaria, que no rebase la extensión del predio modelo.

B) *La privación del derecho a desalojar a los usurpadores*

Otra importante mutilación del derecho de propiedad se hace patente al regularizar los textos de las Reformas Agrarias situaciones de usurpación concebidas en estos o parecidos términos:

«Quedan amparados contra los desalojos los pequeños y medianos productores, ocupantes de terrenos ajenos durante más de un año, mediante la voluntad del propietario, siempre que tengan tierras en explotación conforme al principio de la función social y en las condiciones que esta misma ley establece.» El amparo que aquí se concede a los ocupantes es muy violento jurídicamente. Los productores a que se refiere son aquellos que han invadido terrenos ajenos y que para su

detentación no se apoyan en ningún título. Que sólo pueden esgrimir ante la ley la efectiva detentación de unas tierras ocupadas arbitrariamente. Resulta curioso que el artículo se refiera a los ocupantes durante más de un año. Tal vez esta extensión temporal se ha establecido en recuerdo de lo dispuesto en el Código civil al referirse a los modos de perder la posesión, cuando establece que la posesión se extingue cuando a ella se opone otra posesión adversa que haya durado un año y un día como mínimo. Pero en el caso de que este hubiese sido el pensamiento del legislador, cosa que no podemos probar, no se habría tenido en cuenta que el precepto del Código civil está establecido para los supuestos de colisión de varias posesiones antagónicas y de la misma entidad jurídica, es decir, para los supuestos de oposición entre simples poseedores. Pero no tiene ninguna relevancia cuando lo que se produce es la oposición entre una posesión en concepto distinto al del dueño y la posesión como facultad residual, que figura adscrita al cúmulo de posibilidades que ostenta, por definición, el propietario de alguna cosa. Para enervar la posesión (el derecho de poseer) del propietario es necesario no una posesión contradictoria de un simple año, sino la posesión vigorizada temporalmente por el transcurso de los plazos prescriptivos establecidos en el Derecho común. La frase referente a que los ocupantes hayan poseído mediante la voluntad del propietario expresa que éste haya sido conocedor de esta posesión contradictoria durante el año en que la misma ha durado. Y entonces lo que se sanciona es esa apatía, esa negligencia del propietario, que permite, sin obstaculizarla mediante los procedimientos que la ley pone a su disposición, esta detentación adversa. Precisamente esta abulia del propietario demuestra que el mismo no está cumpliendo con las obligaciones que impone la función social de la propiedad. En este sentido, las leyes obligan a todo propietario a cultivar directamente su terreno o bajo su dirección y a explotar de modo eficiente las tierras que le pertenecen. El hecho de que durante un año haya habido una persona que ocupa los terrenos demuestra palmariamente que el propietario no ha cultivado directamente ni ha explotado eficientemente la tierra. Si hubiera cultivado directamente habría poseído las tierras y en ese caso hubiese sido imposible la posesión contraria del ocupante, porque, como también dice el Código civil, la posesión como hecho no puede reconocerse en dos personalidades distintas. Además, demuestra también que la posesión del ocupante ha sido eficaz, ha sido tangible y corporal el hecho de que las leyes aludan a que el ocupante haya explotado conforme al principio de la función social de la propiedad.

Lo verdaderamente curioso de este precepto es que el mismo, tal como está literalmente redactado, se ha quedado a mitad de camino en

lo que pretendía. Porque dice que los ocupantes quedan amparados contra los desalojos, pero no continúa preconizando que se les doten las tierras que vienen ocupando. La ley simplemente establece que quedan amparados contra los desalojos. Y esto equivale a perpetuar la posesión de los mismos, con lo cual se habrá producido uno de esos desdoblamientos que tratan de eludir las Leyes de Reforma Agraria, por cuanto al tenor del precepto se producirá la bifurcación siguiente: *a)* Habrá una ocupación con una posesión indefinida, por cuanto no podrá el detentador ser desalojado en ningún caso, y *b)* habrá también un propietario residual que conserva la nuda propiedad, por cuanto no se ha establecido que el ocupante adquiera el dominio del terreno. Se establece, pues, una posesión indefinida, en abierto divorcio con la dogmática civil, que siempre establece la doctrina de que la posesión se pierde o bien por la contradicción tenencial de otro poseedor o bien por la reivindicación del propietario, que hasta la Ley de Reforma Agraria siempre podría hacer efectivo su derecho frente al poseedor no propietario. En este sentido, las leyes civiles de todos los países siempre han tratado de proteger al dueño contra todo tipo de usurpaciones. América no constituye una excepción a esta regla general, por cuanto en la misma definición de la propiedad contenida en los Códigos civiles ya se establece en párrafo seguido que el propietario tendrá acción contra el poseedor y el tenedor de la cosa para reivindicarla.

Además de esta clásica acción reivindicatoria, todos los sistemas que disfrutan de un registro de la propiedad progresivo establecen también acciones agilísimas para proteger al titular inscrito contra los detentadores que no pueden esgrimir una posesión intabulada. Esta ocupación, que podrá perpetuarse indefinidamente, casi convierte a la posesión en un verdadero derecho censal, caracterizado por la perpetuidad del disfrute. Es decir, que la ocupación se habría robustecido con el apoyo de la ley y, además, habría ganado envergadura, puesto que se habría trocado en un auténtico dominio útil de las tierras ocupadas. Ahora bien, esto plantea insoslayables problemas económicos. Si hasta el momento de entrar en vigor la Ley de Reforma Agraria un propietario pleno en cualquier momento podría expulsar judicialmente al invasor de su fundo y como consecuencia de la modificación legislativa se encuentra privado de esta facultad y convertido en un nudo propietario, se habrá producido un despojo, que acarreará la consiguiente indemnización. En realidad, lo que se produce es una verdadera expropiación. Se habrá producido una expropiación de menor cuantía, porque de lo que se habrá privado al propietario no es de la propiedad plena, sino del dominio útil de la finca. Y en este caso se produce la necesidad de indemnizar a que se refieren las leyes. Todo esto es muy complicado y, además,

tal como está redactada la ley, se aboca indefectiblemente a la creación de un sistema de tenencia indirecta de la tierra, contra los postulados básicos de la misma, orientados hacia la supresión de estas situaciones, con deseo de que todo cultivador sea propietario del terreno que trabaja. Por ello creemos que debiera preconizarse la dotación de la misma tierra cultivada a favor de los ocupantes con un año de anterioridad, previa la indemnización al propietario expropiado. Es precisamente la solución que brindan algunas leyes para el supuesto paralelo de ocupación de tierras nacionales, reconociendo en favor del usurpador el derecho a que se le adjudique la tierra que tenga en explotación conforme a los principios de la función social de la propiedad. Esta es la solución procedente si tenemos en cuenta que ninguna razón de fondo existe para diferenciar el régimen de los ocupantes por causa de que las fincas invadidas sean, unas, de propiedad del Estado, y otras, de atribución privada.

III. LOS ATAQUES A LA RIQUEZA RURAL DESDE EL DERECHO DE PROPIEDAD

Pero los textos de Reforma Agraria no se limitan a pugnar con el derecho de propiedad. Alinean también sus vanguardias frente a ciertos *statu quo* agrarios que, por la inercia de las instituciones del campo, degeneraban sistemáticamente en abusos tenenciales.

Y así, legalmente se consagran los ataques no a la propiedad, sino desde la propiedad. Desde el dominio estatal a los relajamientos de otros derechos filiales, desgajados convencionalmente de la matriz dominical. Son varias las leyes reformistas que exigen una revisión de los contratos de arrendamiento y de las concesiones de tierras nacionales. Y para liberar de puses adventicios las situaciones creadas cortan por lo sano y legitiman disentimientos unilaterales del Fisco, tratándose del arrendamiento de tierras nacionales.

Es frecuente que las Leyes de Reforma Agraria determinen que el órgano de la Reforma revisará los contratos de arrendamiento y concesiones de tierras nacionales vigentes, y en caso de que el arrendatario no hubiere cumplido con lo estipulado en el respectivo contrato de arrendamiento o las tierras objeto del mismo se encontraren explotadas por medio de subarrendatarios, aparceros..., se resolverá el contrato, sin que el arrendatario tenga derecho a que se le reconozcan las mejoras. Este precepto merece un análisis detenido para ver qué parte del mismo merece ser conservada.

Se impone una reforma sustancial en la materia de arrendamientos, que proscriba de una forma terminante el subarriendo, por constituir una

forma abusiva de llevanza de la agricultura, por cuanto el subarrendador se beneficia de tierras ajenas—las del Estado—y de trabajo también ajeno—el del subarrendatario—. Por otra parte, es necesario establecer la revisión de rentas periódicamente con objeto de evitar la congelación de cánones arcaicos, cuyo mantenimiento no responde a las circunstancias cambiantes de los tiempos. Por otro lado, será también conveniente preconizar plazos contractuales más breves en la conclusión de los contratos de arrendamiento, si bien siendo prorrogables a voluntad del arrendatario.

En la ley venezolana y en los textos centroamericanos se dispone que si de la revisión de las concesiones se establece (creemos que sería más correcto sustituir esta palabra por «resultare») que las tierras se encontraren explotadas indirectamente, el Instituto Nacional Agrario solicitará al Soberano Congreso Nacional, por intermedio de la Secretaría de Estado correspondiente, la cancelación de la concesión sin reconocerse mejora alguna.

También establecen la obligación de los Institutos de la Reforma de revisar los contratos de arrendamiento y concesiones de tierras nacionales vigentes. Cuando el arrendatario hubiere incumplido las cláusulas del contrato se resolverá éste sin más trámite que la notificación «al arrendatario o a su representante legal».

Esta posibilidad de resolver el contrato sin más trámite que una notificación al arrendatario constituye una aplicación de la teoría de la acción directa, también conocida con el nombre de ejecutoriedad de los actos administrativos.

Lo extraño es que se haya aplicado esta doctrina administrativa a una relación contractual de Derecho privado, pues cuando la Administración otorga con un particular un contrato de arrendamiento aparece desprovista de su carácter preponderante y actúa en su personalidad jurídica como cualquier otro particular, por lo que casi todas las legislaciones bifurcan el tratamiento del Estado, según actúe revestido de *imperium* o que contrate con personalidad patrimonial, al nivel de los particulares, y en este último supuesto no entra en juego la preponderancia administrativa del Fisco, sino que las relaciones creadas se rigen por el Derecho civil, es decir, que en estos casos el Estado, como cualquier arrendador, para hacer cesar la relación arrendaticia creada, tendría que acudir a los Tribunales de Justicia ejercitando la correspondiente acción, que viabilizase el ulterior desalojo del arrendatario.

En teoría civilista, la resolución de los contratos, como cualquier otra causa de ineficacia, ha de ser apreciada por los Tribunales ordinarios, ante los cuales las partes litigantes podrán hacer valer sus argumentaciones jurídicas.

También se menciona en las leyes, como causa de extinción de los arrendamientos, a la circunstancia de que las tierras objeto de los mismos se encontraren cultivadas por medio de subarrendatarios, aparceros, medianeros o colonos. Es preciso desentrañar la verdadera naturaleza jurídica de la figura contemplada por la ley. El supuesto contractual está constituido por un arrendamiento de tierras nacionales, y en la analogía sustentada por varias legislaciones, por un arrendamiento de tierras ejidales. Por tanto, nos encontramos en un supuesto de llevanza indirecta de la tierra de primer grado. Pero el arrendatario provoca una situación indirecta de segundo grado al no cultivar inmediatamente las tierras arrendadas, dando lugar a lo que podríamos denominar una situación de subtenencia indirecta de la tierra.

Lo que sí debe proscribirse de una forma rigurosa son los subarriendos, porque los mismos resultan antisociales y descaradamente especulativos.

No hay duda que desde la entrada en vigor de la Reforma se pueden atacar sin paliativos los subarriendos y las tenencias indirectas de la tierra, puesto que la nueva ley los considera antisociales. Pero el problema interesante se plantea con respecto a los subarrendamientos que habían sido contratados al amparo de la legislación anterior, en la cual estas figuras indirectas se consideraban perfectamente estipuladas.

Conclusión unilateral de los arrendamientos de tierras nacionales

La normativa del reformismo agrario, en cuanto permite el disenso unilateral en los contratos de arrendamiento de tierras nacionales, constituye una clara excepción a la dogmática general de los contratos traslativos del uso y disfrute de una finca. Esta nueva legislación faculta al órgano de la Reforma para hacer cesar los arrendamientos, no exigiendo otros requisitos para que la extinción se produzca que la sola notificación al arrendatario. Si decimos que constituye una notoria particularidad es debido al hecho de que el desistimiento de uno de los contratantes sólo está admitido como causa de expiración de los contratos *intuitu personae*. Es decir, en aquellos tipos de convenciones en los que se tienen muy en cuenta por una de las partes contratantes las características personales del otro obligado. Por ejemplo, los contratos de sociedad y de mandato en los cuales desde el momento en que falta el clima de máxima confianza, que hace posible la coexistencia contractual de las partes, cualquiera de ellas puede separarse del vínculo obligatorio, aunque no haya transcurrido el plazo previsto. Por ello figura en todos los Códigos civiles la renuncia del mandatario, la revocación del

mandante y la voluntad adversa de cualquiera de los socios como causas específicas de liquidación de los contratos de mandato y de sociedad, respectivamente.

Pero no obedece a este encasillamiento convencional el contrato de locación. Este último representa un tipo de contrato sinalagmático, con obligaciones recíprocas entre las partes, a cuya estructura jurídica le repugna la resolución unilateral del vínculo obligatorio y cuya máxima flexibilidad puede estar representada exclusivamente por el mutuo disenso de las partes. Confirma esta idea el articulado de los Códigos civiles tradicionales, que sólo permite hacer cesar el arriendo a voluntad de una de las partes en el supuesto de que se hubiese fijado tiempo voluntario para ella y forzoso para la otra parte contratante. Claramente trasluce el fuerte vínculo de los arrendamientos un conservador artículo de varios Códigos civiles, según el cual, el arrendatario será obligado a pagar la renta de todos los días que falten para que cese el arrendamiento, aunque voluntariamente restituya la cosa antes del último día.

Todavía es más drástico a este respecto el criterio arcaico de las leyes civiles, según el cual, el arrendador no podrá, en caso alguno, a menos de estipulación contraria, hacer cesar el arrendamiento a pretexto de necesitar para sí la cosa arrendada. Finalmente, nos confirma la idea de la difícil ruptura del vínculo contractual el pensamiento napoleónico de los propios Códigos, según el cual, no habiendo tiempo fijo para la duración del arriendo, deberá darse el desahucio con anticipación de un año para hacerlo cesar. Por la sencilla razón de que si esto es así en los casos de incertidumbre temporal, con mucho mayor motivo será indestructible el contrato cuando el mismo surge con una duración tasada y vinculativa para ambas partes contratantes.

Es la misma justificación que abona la existencia de la expropiación forzosa. Al fin y al cabo, este último instituto representa uno de los ataques más bruscos que pueden hacerse frente al absoluto derecho de propiedad. En principio, todas las Constituciones políticas de los distintos países reconocen como un derecho básico el de propiedad privada, perfectamente protegido y garantizado con un cúmulo de medidas, que permiten afirmarlo frente a cualquier ataque injustificado. Sin embargo, este derecho, tan mimado y tan protegido, llega a ser desconocido cuando lo demandan más altos intereses nacionales. Y si esto ocurre así tratándose de un derecho absoluto, ejercitable frente a cualquiera, con mucho mayor razón han de protegerse los intereses nacionales cuando se trata de colisión frente a un derecho personal, sólo reclamable de la persona especialmente obligada. Es preciso tener presente que el artículo que permite el disentimiento unilateral presupone la existencia de un terreno del Estado que fue arrendado a favor de un particular. En este

caso, si el Ejecutivo lo necesita no puede recurrirse al expediente de la expropiación, porque se expropian los bienes de ajena pertenencia, pero no pueden expropiarse las cosas que ya son propiedad del potencial expropiante. Al fin y al cabo, la expropiación representa la privación de la propiedad ajena y la adquisición de ella por parte del expropiante. Pero no hay necesidad de adquirir lo que ya previamente nos pertenece. Por tanto, en el supuesto de tierras nacionales arrendadas, si el Estado quiere disponer de ellas no puede acudir a procedimientos expropiatorios, por medio de los cuales se adquiere el dominio, por cuanto tal señorío jurídico ya le pertenece y, por tanto, ninguna transferencia podría implicar la tal pretendida expropiación.

Al Estado le pertenece la propiedad de tales tierras nacionales, pero, sin embargo, está desprovisto del disfrute de las mismas, por cuanto dicho disfrute se lo transfirió al arrendatario. Y aquí está el grave impedimento si es que se pretende realizar un programa de transformación agraria. Entonces será necesario desembarazar las fincas del impedimento que las limita jurídica y económicamente. Y en este caso no existe otra solución que la de dar por concluido anticipadamente el contrato de arrendamiento. De ahí el que pueda admitirse la fórmula de los textos reformistas, aunque con la misma se descoyunte la estructura tradicional de los derechos arrendaticios.

Este precepto comienza refiriéndose a la posible realización de una obra de necesidad o utilidad pública. Es la misma justificación prevista para la realización de una expropiación forzosa de corte clásico. Indudablemente, la realización de un pantano, de una carretera, de un aeropuerto..., puede exigir el sacrificio de los intereses particulares de tal o cual arrendatario.

Algo parecido ocurre si el Instituto de la Reforma trata de desalojar a un arrendatario para los fines de la Reforma Agraria, sobre todo si el arrendatario está cultivando eficientemente las tierras nacionales, porque nos encontraríamos en la situación de terrenos explotados conforme a los principios de la función social de la propiedad. Por tanto, normalmente, será más adecuado esperar a que termine el plazo de duración contractual del arriendo para entonces concentrar en manos del Instituto la total titularidad jurídica de las fincas.

Y, por otra parte, indudablemente, resultará conveniente que quede en pie la posibilidad de dar por concluidos los arrendamientos de tierras nacionales cuando las mismas son deficientemente explotadas. Claro que este supuesto de incultura agrícola casi está perfectamente regulado en las respectivas normas que regulan la afectabilidad de las tierras de cada país.

Restricciones del derecho de propiedad estatal en favor de los ocupantes pacíficos

Cuando los ocupantes explotan las tierras conforme a los principios de la función social de la propiedad, indudablemente están realizando los mismos una especie de Reforma Agraria espontánea. Por tanto, deben recibir el apoyo del legislador, ya que, dada la modestia financiera del peculio de la Reforma Agraria, estas transformaciones no dirigidas ni planificadas resultan más viables que la utópica creación de centros de población agrícola. Sin embargo, inexplicablemente, algunas Leyes de Reforma limitan temporalmente el acceso a la plena propiedad de las fincas cultivadas por parte de los ocupantes de las mismas exigiendo que la detentación se produzca «antes de la promulgación de esta ley». Para el futuro debiera mantenerse la misma normativa. En consecuencia, todo el que acreditase haber ocupado pacíficamente tierras nacionales por más de cinco años, cualquiera que sea el día final del cómputo, debiera tener reconocido el derecho a que se le adjudiquen las mismas. Siguiendo esta técnica, en varios países existe una legislación que permite legitimar las roturaciones arbitrarias, cualquiera que fuese la época en que se realizaron.

De todo lo que antecede se desprende que en los casos de desalojo de los ocupantes arbitrarios, el Estado adquiere lo plantado o sembrado por derecho de accesión sin tener que indemnizar nada, aunque a veces habrá de tolerar el *jus tollendi* del ocupante.

Pudiera parecer que esta normativa da lugar a que se produzcan enriquecimientos injustos, por cuanto el propietario o arrendador hace suya la obra, plantación o siembra sin tener que abonar el valor de la misma. Pero la situación creada no es tan arbitraria si tenemos en cuenta que este aumento económico viene compensado por la mala fe del ocupante y por las ventajas indudables que le habrá producido el aprovechamiento económico de cosa ajena durante un lapso de tiempo más o menos prolongado. Este equilibrio de perjuicios y enriquecimientos económicos es el que conduce a que sea restaurada la equidad.

IV. RESTRICCIONES QUE IMPLICA LA AFECTACION DE TIERRAS

A) *Diferencia entre expropiación y afectación*

Algunas Leyes de Reforma Agraria declaran inafectables ciertas clases de terrenos agrícolas, forestales o pecuarios. La doctrina interpreta esta normativa entendiendo que inafectable quiere decir inexpropiable. Sin embargo, no existe una equivalencia total entre ambas palabras.

Para demostrarlo es necesario matizar el verdadero sentido de la palabra inafectabilidad. En principio, la afectabilidad se traduce en la posible expropiación de una finca. Pero esto no constituye ninguna identidad conceptual entre las palabras afectación y expropiación. Como decimos, lo normal es que a la tierra afectable se la expropie cuando sobre ella quiere hacerse incidir un proceso de Reforma Agraria. Pero la expropiación no constituye un acto definitivo en el proceso de la Reforma Agraria. Por el contrario, representa una etapa intermedia, un camino hacia ella.

Tratándose de materia agraria, la expropiación no cumple los mismos cometidos que las expropiaciones motivadas por la realización de obras o servicios públicos. Cuando, por ejemplo, se expropia un terreno para construir sobre el mismo una carretera, lo que ocurre es que el terreno pasa a ser propiedad del Estado de una forma definitiva, convirtiéndose en un bien de dominio y uso público. El espacio superficial cubierto de alquitrán ha pasado desde el patrimonio de un particular al de la Administración.

Pero tratándose de las expropiaciones contempladas por las Leyes de Reforma Agraria, el proceso alienativo es diferente. Lo que ocurre, desde un punto de vista inmediato, con la expropiación es que el Estado se hace propietario de un terreno que antes pertenecía a un particular. Entra, pues, el bien inmueble en el patrimonio de la Reforma, ya que, según las leyes, forman parte del patrimonio del Instituto Reformador las tierras y demás bienes que sean adquiridos y destinados por el Estado para la Reforma Agraria.

Han pasado, sí, a integrarse las tierras agrícolas en el acervo inmobiliario del Instituto. Pero no se trata de una adquisición definitiva, como ocurriría tratándose de las expropiaciones encaminadas a la realización de una obra pública. Por el contrario, se trata de una adquisición puente, de un aumento patrimonial, que ha de desembocar en manos de los campesinos.

Esta situación es clara en la ley. El legislador nunca ha querido que el Instituto se convierta en el primer terrateniente del país mediante la adquisición de grandes extensiones de terreno. Por el contrario, la intención del legislador es que las tierras adquiridas se parcelen y se adjudiquen a los agricultores modestos. Así lo expresa claramente el articulado de varias leyes, según el cual «todas las tierras de propiedad del Estado se destinarán a la realización de la Reforma Agraria».

Por ello no puede sentarse de una forma definitiva la ecuación jurídica afectación = expropiación. Porque en materia del reformismo agrario, la expropiación no es un momento final, sino un para qué. Se expropia para que las tierras se repartan entre los agricultores modestos. Este

razonamiento se vislumbra con bastante nitidez a través del articulado de las leyes, según el cual, el Instituto de Reforma dispondrá para el desarrollo de la Reforma Agraria de las tierras de propiedad privada que no estén consideradas como inafectables por la presente ley. Es decir, que las tierras afectables se expropián no para incrementar el patrimonio del Instituto, sino para desarrollar la Reforma Agraria. Y la Reforma Agraria se desarrolla mediante la «equitativa distribución de la tierra». En la misma idea insisten las normas programáticas, que declaran de utilidad pública la distribución equitativa de la tierra en extensiones económicamente explotables.

Como resumen de todo lo que antecede podemos decir que afectar una tierra es ponerla en condiciones de que pueda ser redistribuida entre una serie de campesinos. Claro es que tratándose de predios de propiedad particular, esto se consigue mediante la expropiación de los mismos. Lo que demuestra que la expropiación puede ser un simple instrumento para adquirir tierras y después distribuirlas entre los campesinos. En suma, que la afectación de tierras comprende las dos fases siguientes: expropiación y distribución.

B) *Afectación de tierras de propiedad privada para la realización de programas de desarrollo agropecuario*

Otro ataque a la propiedad privada suele contenerse en las Reformas Agrarias formulado en términos imperativos: «Se afectarán las tierras de propiedad particular en las zonas en que el Instituto trate de ejecutar un programa de desarrollo agropecuario o de resolver un problema agrario.»

«...en las zonas en que el Instituto trate de ejecutar un programa de desarrollo agropecuario.» En estas palabras parece radicar la especialidad y consiguiente justificación de la disposición progresiva. Parece que está pensando en una Reforma Agraria localizada en zonas concretas del territorio nacional, lo que constituiría una evidente particularidad parangonándola con la Reforma Agraria nacional, que debe afectar, o mejor dicho, que puede afectar a todo el territorio nacional. Pero la diferencia es sólo aparente porque la elección de zonas para ejecutar programas de desarrollo agropecuario constituye la normalidad de la dotación de tierras, que es el procedimiento redistributivo de la Reforma Agraria.

La frase «programa de desarrollo agropecuario» alude, indudablemente, más que a un supuesto estricto de reforma agraria, a la problemática de la política agraria. Sin embargo, no por ello ha de repudiarse

el empleo de esta locución, porque ya sabemos que las Leyes de Reforma Agraria Integral involucran en el contenido específico de una transformación agraria toda una serie de implicaciones de política fundiaria.

C) *Afectación de predios particulares por motivos de presión demográfica*

Si por existir una presión demográfica campesina es necesario crear un centro de población agrícola, el Instituto deberá dar los pasos necesarios para establecerlo, pero no tiene por qué hacerlo coincidir precisamente con una de las pocas fincas del país en las que se cumple la función social de la propiedad. Si no sólo se pretende crear un centro de población agrícola, sino que, además, se quiere localizarlo en un punto concreto, entonces se podrán expropiar aquellas fincas que estando ubicadas dentro de esta circunscripción geográfica no cumplen con la función social de la propiedad. Pero creemos que raramente habrá de sentirse una necesidad insoslayable de situar el nuevo centro precisamente en un determinado punto del territorio nacional, siendo así que América es pródiga en existencias fundiarias.

Lo lógico, cuando se trata de resolver un problema de presión demográfica, es crear el nuevo centro de población agrícola no en sitio en que se aglomere la población, sino en el lugar que por sus condiciones agrológicas sea más adecuado para que prosperen fácilmente los cultivos. Además, que esto es así no porque resulte de una mera especulación lógica, sino porque se trata de una situación perfectamente prevista por las propias Leyes de Reforma Agraria. Así, por ejemplo, a veces, las leyes hablan de escoger el lugar que se crea adecuado para crear el nuevo centro de población agrícola y con este objeto hablan también de organizar el traslado o acomodamiento de las familias en el nuevo centro creado.

D) *Expropiación de tierras afectables*

La expropiación es el instrumento operativo de la Reforma Agraria. Para que un Gobierno pueda repartir tierras entre los campesinos necesita ser dueño de ellas o, cuando menos, necesita hacer desaparecer la titularidad dominical del antiguo propietario, lo que se consigue con esa eficaz y universalmente aceptada herramienta que es la expropiación. Constituye ésta un trámite inexcusable con vistas a soslayar los peligros de la confiscación y por aquello del *nemo dat quod non habet*.

En los textos de Reforma suele establecerse que toda expropiación de tierras para fines agrarios se llevará a cabo previa indemnización de su valor.

Teniendo en cuenta que lo que se pretende es poder realizar una Reforma Agraria sin el apoyo de cuantiosos recursos económicos, en principio pareció haberse encontrado la solución adecuada con esta redacción, ya que parecía permitir la realización de expropiaciones con el empleo de bonos agrarios, amortizables en períodos dilatados de tiempo. En él se habla de la indemnización del valor de las tierras. ¿A qué valor se refiere? ¿Al valor en uso o al valor en cambio? Indudablemente, a este último. El valor en uso de una propiedad está constituido por un dato estable y continuo, que puede servir de referencia para convenir relaciones jurídicas de cierta duración. Es el valor que se toma en cuenta para calcular el canon de los contratos de arrendamiento, el de los censos o las cantidades a satisfacer por un usufructuario. Por el contrario, el valor en cambio es algo más dinámico, una apreciación viva y momentánea del justiprecio de una cosa en un momento dado y concreto.

El valor en cambio es un dato coyuntural: la contraprestación que se ofrece para la adquisición de un bien independiente del valor objetivo del mismo y basada en motivos ocasionales de capricho, de moda, de urgencia en la enajenación, de apreciaciones psicológicas... Es lo que en materia del contrato de compra-venta se conoce con el nombre de precio. El precio de una cosa es su valor en cambio, el dato económico que adquiere beligerancia frente a un propósito enajenativo. Por ello, cuando se trata de expropiar, indudablemente no se ha puesto la atención en el estable valor en uso, sino en el movable y dinámico valor en cambio. Pero este es el precio, y el precio viene determinado por un equilibrio momentáneo con el valor ínsito de la cosa que se transmite. Por ello, «indemnizar el valor de una tierra» es pagar el precio de la misma. Así las cosas, hay que pensar, de acuerdo con la normativa del Código civil, que el precio ha de pagarse antes o al mismo tiempo que se entrega la cosa. Pues para que haya un aplazamiento en el pago del precio es preciso que así se pacte expresamente, consintiendo libremente en ello el vendedor.

Ahora bien, cuando el precio no se entrega de presente se produce un desmerecimiento económico del mismo. No hay que olvidar que el dinero es una cosa fructífera. Germina cada año a través de los intereses. Por ello, cuando la compra de una cosa se materializa en un precio aplazado, las cantidades a satisfacer son más crecidas que cuando se paga al contado. Por esto, para que equitativamente pudiera triunfar la pretensión de los reformadores, sería preciso que los bonos cubriesen no sólo el

principal del justiprecio en el momento de la expropiación, sino, además, los accesorios de los intereses legales de ese dinero. No siendo así se descoyunta el equilibrio entre las prestaciones de comprador y vendedor.

La indemnización del valor de las tierras tiene por objeto que en el patrimonio del expropiado no se produzcan hundimientos crematísticos. A la cosa enajenada ha de sustituir el valor de la misma y de esta forma se consigue mantener el mismo nivel económico en el acervo patrimonial del expropiado. Jurídicamente este mantenimiento de niveles se conoce con el nombre de subrogación real. Y esta subrogación no se consigue si una de las prestaciones no cubre la estatura económica de la otra. Lo cual es más grave en un supuesto como el de la expropiación, en que la enajenación no es voluntaria, sino impuesta. La ley ha empleado una palabra que, a nuestro juicio, trasluce esa nivelación sinalagmática. Indemnizar significa dejar indemne. Y sólo se está indemne de un perjuicio económico cuando se reemplaza una cosa por su verdadero valor.

Pero es que, además, el problema se agudiza por el adjetivo básico empleado en las leyes cuando dicen que la expropiación se llevará a cabo previa indemnización; la palabra previa, como cualquier otro término temporal que no sea absoluto, es un elemento de comparación. Se es previo no en abstracto, sino con relación a otro evento subsiguiente. Indemnización previa es la que antecede a la contraprestación de la otra parte, es decir, a la entrega de la cosa. Hay que indemnizar el valor de las tierras antes incluso de haber recibido estas mismas tierras. En ese sentido de prioridad de la indemnización suelen pronunciarse las Constituciones de las Repúblicas, que establecen que la expropiación de bienes no se verificará sin previa indemnización. Y, desde luego, lo que no permiten tales Constituciones es que el pago pueda demorarse durante un gran lapso de tiempo.

Existen ciertas particularidades de las expropiaciones agrarias que resaltan parangonando las normas de las leyes generales de expropiación con los preceptos de los textos de la Reforma Agraria.

Para demostrarlo conviene echar una ojeada, siquiera sea breve, por las Leyes de Expropiación Forzosa. En estos textos legales se dispone que no podrá tener efecto la expropiación sin que precedan los requisitos siguientes:

- 1.º Declaración de necesidad y utilidad pública de la obra.
- 2.º Declaración de que su ejecución exige indispensablemente el todo o parte del inmueble que se pretende expropiar.
- 3.º Justiprecio de lo que se haya de enajenar o ceder.
- 4.º Pago efectivo del precio que representa la indemnización de lo que forzosamente se enajena o cede.

Estos cuatro requisitos son básicos para que cualquier expropiación se entienda correctamente realizada. La violación de cualquiera de ellos puede dar motivo a una impugnación judicial. Así lo reconocen las leyes, según las cuales «todo el que sea privado de su propiedad sin que se hayan llenado los requisitos expresados podrá utilizar los interdictos de retener y recobrar..., sin perjuicio del recurso de amparo que autoriza la Constitución cuando sea procedente».

Pero tratándose de las expropiaciones que dicen relación con la Reforma Agraria, no todos los requisitos pueden ser objeto de impugnación, pues lo impide la especialidad de trato que requiere la problemática agraria. Por una parte, nos encontramos con que los dos primeros requisitos nunca podrán ser atacados judicialmente, por cuanto resulta del articulado de la propia ley. En primer lugar, no será necesaria la declaración de utilidad pública, especialmente realizada por un organismo administrativo, por cuanto ya viene impuesta directamente por la misma ley y, por tanto, queda eludida cualquier tramitación dirigida a realizar esta declaración. En efecto, las Leyes de Reforma Agraria declaran de utilidad pública la distribución equitativa de la tierra en extensiones económicamente explotables, y declaran también de utilidad pública la proscripción del latifundio. Estas declaraciones de utilidad pública, hechas de una forma generalizada y rotunda por la ley, traen como resultado que no sea necesaria ninguna específica declaración emanada de las autoridades administrativas, porque nada le puede añadir una resolución concreta a algo que ya está declarado de una forma generalizada. Así las cosas, siempre que sea preciso expropiar a un terrateniente no se necesitará declarar la utilidad pública de la venta forzosa y, consiguientemente, tampoco se necesitará la declaración de que la ejecución de la expropiación exige indispensablemente el todo o parte del inmueble afectado. Esta es una idea en la que es necesario insistir. Cuando se trata de realizar una obra de aprovechamiento general, como un ferrocarril, una carretera, un aeropuerto..., además de la declaración de utilidad pública de la obra (que, por otra parte, puede venir eludida por tratarse de una obra comprendida en los planes generales a que se refiere la Ley General de Obras Públicas, según se establece en la Ley de Expropiación Forzosa), se necesita inexcusablemente una subsiguiente declaración de que la realización de tal obra de infraestructura exige como indispensable el inmueble que se pretende expropiar. Ello es lógico. Es preciso tener en cuenta que la obra pública puede llevar tal o cual trazado, puede establecerse sobre una u otras fincas..., es decir, que para que la expropiación se individualice en una determinada superficie de terreno, con olvido de las demás que pudieran ser afectadas, es necesario

que una decisión gubernativa así lo establezca realizando la opción inexcusable en esta materia.

Pero, sin embargo, este requisito no es imprescindible tratándose de las cuestiones agrarias. Como la ley declara de utilidad pública la proscripción del latifundio, hay que entender que se refiere a cualquier latifundio, a todos y cada uno de los latifundios existentes en el país, pues la generalidad del precepto cobija en su anatema a todas las fincas que se puedan encontrar en esta situación.

Y, por otra parte, si se ataca un latifundio, indudablemente se precisa el todo o parte del mismo. No se olvide que no se trata de construir un canal de riego o una línea de conducción de energía eléctrica. Se trata de adquirir un inmueble y de distribuirlo entre los pequeños agricultores. Para hacer esta distribución no sólo se requiere ocupar el todo o parte del inmueble, sino que, además, se necesita fraccionarlo, parcelarlo en unidades equivalentes a la explotación agrícola familiar. Es decir, en suma, que el ataque al latifundio implica por su propia naturaleza, y sin necesidad de ninguna declaración a este respecto, que habría de resultar ociosa, la ocupación del todo o parte del inmueble.

V. PERMUTA FORZOSA DE FINCAS RUSTICAS

La expropiación es uno de los caminos. Vía de acceso a la gran realidad de la Reforma Agraria. Un medio eficaz para que los inmuebles salgan de las manos amortizadas y pasen a poder del Estado, para que éste realice la importante función redistribuidora. Pero no es el único instrumento. También puede pensarse en la fórmula del cambio directo. Un procedimiento más antiguo en la historia del Derecho, pero más moderno en su aplicación al campo. A nosotros se nos antoja como la solución ideal para los países ricos en kilómetros superficiarios de tierras estatales y pocos en numerario.

Sostenemos esta innovación, consistente en la permuta forzosa de fincas rústicas como medio para resolver muchos de los problemas que están planteados en relación con la redistribución agraria. Esta permuta no tiene parentesco jurídico—ni mucho menos similitud—con la expropiación forzosa ni con la confiscación.

De la primera se diferencia en el hecho de que la expropiación viene a ser una modalidad de la compra-venta caracterizada por la contraprestación, consistente en dinero o signo que lo represente, en tanto que la permuta es expresión del cambio trayecticio directo o de cosa por cosa sin intervención de precio en dinero.

De la confiscación se diferencia en que no constituye un apoderamiento de la propiedad ajena sin compensación alguna, sino que a cam-

bio de la cosa que se recibe se entrega otra de valor equivalente y, en nuestro caso, de la misma especie.

La permuta forzosa ofrece determinadas ventajas en favor de los campesinos sin tierra. Claro es que para asentar a esas gentes se podría pensar en parcelar las extensiones de tierras nacionales que todavía constituyen superficies vírgenes de explotación agrícola. Pero esto requiere el traslado de las poblaciones rurales, que normalmente son muy reacias a este tipo de cambios y sienten gran apego a la geografía en que han nacido y vivido durante algún tiempo.

Por ello, como una justa compensación, se propugna esta solución, en virtud de la cual a quien se obliga a desplazarse es al terrateniente, que durante siglos viene lucrándose con el esfuerzo y con la necesidad ajenos.

También presenta esta solución ventajas de tipo financiero. Si se optase por la expropiación sería necesario satisfacer una indemnización en dinero o signo representativo de él. Esto plantea graves inconvenientes, hasta el punto de que casi resultan inexpugnables a la Reforma Agraria los latifundios, si tenemos en cuenta que según la Constitución el pago del precio ha de ser previo a la toma de posesión de la finca, lo que hace inutilizables los bonos agrarios a que se refiere la ley, cuya amortización está prevista para un lapso de tiempo de veinte años. Pero aun admitiendo que la indemnización pudiera satisfacerse utilizando el recurso de la deuda agraria, ello viene a significar como hipotecar el futuro económico de la Institución, porque si de momento es muy cómoda la fórmula de los bonos agrarios, ya que a cambio de unas tierras sólo se entrega papel, lo cierto es que en los años sucesivos habrá que ir satisfaciendo el importe de los títulos emitidos, lo que significa que el problema financiero sólo ha conseguido una demora en el tiempo y el hacer frente a los pagos sucesivos puede plantear peligrosas situaciones de iliquidez.

De ahí la bondad y sencillez de la fórmula que proponemos. Los Estados americanos son ricos en tierras vírgenes, que se encuentran en situación de incultura agronómica. Estas tierras pueden representar la contrapartida para poder realizar la adquisición de las que no cumplen la función social de la propiedad, sin realizar desembolso alguno.

Para obviar los inconvenientes de un exclusivo trato administrativo de la cuestión se sugiere la conveniencia de que la permuta forzosa de fincas rústicas se realice con intervención de la autoridad judicial. Lo deseable sería que interviniese en la tramitación el tribunal agrícola correspondiente, dada su especialización y su enfoque progresivo de los conflictos frente a la propiedad privada.

JOSÉ MENÉNDEZ
Registrador de la Propiedad

El acceso diferido a la propiedad de viviendas de protección oficial

I. PLANTEAMIENTO

El artículo 26 del texto refundido y revisado de la legislación en materia de V. P. O., aprobado por Decreto de 24 de julio de 1963, y el artículo 101 del Reglamento para la aplicación de dicha legislación, aprobado por Decreto de 24 de julio de 1968, al enumerar los posibles destinos de las V. P. O. nos hablan del «acceso diferido a la propiedad», cuya regulación positiva se contiene en los artículos 132 al 137 del mencionado Reglamento.

La construcción reglamentaria del acceso diferido a la propiedad plantea al jurista práctico graves problemas, pues, en primer lugar, esa construcción es tan deficiente y anómala, que la figura resultante de la misma no encaja fácilmente en los clásicos moldes contractuales. De otro lado, la difusión de esta nueva figura jurídica puede ser muy grande, ya

(*) Este trabajo constituye la Ponencia presentada en la sesión del mes de abril de 1972 del Seminario de Derecho Hipotecario de Valladolid-Salamanca. Posteriormente, el Decreto 3501/72, de 30 de noviembre, ha modificado diversos artículos del Reglamento de V. P. O., y entre ellos el 132, base de esta Ponencia. Por virtud de la modificación introducida, las posibilidades de otorgar el contrato de acceso diferido a la propiedad, como cedente, se limitan a los promotores expresados en los apartados c), d), e), f), g), h) y i) del artículo 22 del Reglamento, así como las cooperativas, siendo también de aplicación este contrato a las promociones en régimen excepcional a que se refieren los artículos 32 y siguientes de este Reglamento, también afectados por la modificación.

Interesa resaltar también dentro de la modificación la reducción a cinco años de los diez a que se refería el apartado a) del mismo artículo 132, con lo que el problema fiscal de la exención en favor de la primera transmisión se ha simplificado.

Estas modificaciones, según la Disposición Transitoria quinta del Decreto, serán de aplicación a los contratos de acceso diferido a la propiedad que se celebren en el futuro.

que no sólo es el régimen obligado para las Cooperativas de viviendas, según el artículo 137 del Reglamento, sino que, además, los promotores particulares optan u optarán frecuentemente por este destino por las ventajas que ofrece a la hora de la selección de los solicitantes para construir V. P. O.

No es el acceso diferido a la propiedad un contrato que se realice en un solo tracto de tiempo. El camino negocial del acceso diferido a la propiedad es complejo, pues de los artículos 132 y 135 del Reglamento resultan que son necesarios: 1.º Lo que el artículo 132 llama contrato de acceso diferido a la propiedad, por el que únicamente se transfiere la posesión de la vivienda—no el dominio—y se determinan las obligaciones de las partes, del cedente y del cesionario. 2.º Según el artículo 135, una escritura pública de compra-venta por la que se transmite al cesionario el dominio de la vivienda, y que se otorgará, según dicho artículo 135, cuando esté terminado el plazo señalado en el contrato y se hayan cumplido las condiciones pactadas en el mismo. El tiempo que media entre aquel contrato y esta escritura no podrá ser inferior a diez años o al número de los en que se haya de amortizar el préstamo concedido como beneficio si fuese menor.

Sin necesidad de profundizar más, por el momento, en el sentido y esencia de la regulación que del acceso diferido a la propiedad hace el Reglamento, se comprende que la problemática de esta figura jurídica es muy rica. Nosotros no vamos a tratar, sin embargo, más que de dos problemas o cuestiones: una, de índole sustantiva y registral, y otra, de carácter fiscal, que enunciaremos en los términos siguientes:

El llamado por el párrafo primero del artículo 132 del Reglamento contrato de acceso diferido a la propiedad, ¿provoca un desplazamiento patrimonial susceptible de inscribirse en el Registro de la Propiedad?, y, por otra parte, supuesto que la transmisión del dominio de la vivienda—según los mencionados artículos 132 y 135—tendrá lugar normalmente después de los seis años siguientes a la concesión de la calificación definitiva, es inevitable preguntar si la exención reconocida en el artículo 65-1-29 del Decreto de 6 de abril de 1967, para la primera transmisión *intervivos* de las V. P. O., es o no aplicable cuando de acceso diferido a la propiedad se trata.

II. ANTECEDENTES

Planteado el objeto de nuestro estudio es conveniente empezar por buscar posibles antecedentes de la regulación actual. Un régimen que presenta bastante afinidad con él fue el instaurado para la cesión de

viviendas propiedad del I. N. V. por Decreto de 11 de noviembre de 1955, cuyo artículo 2 establecía que «los contratos de cesión entre el I. N. V. y los beneficiarios serán de promesa de venta y tendrán el carácter de contratos mixtos de arrendamiento y de amortización hasta la total entrega del precio fijado, en que adquirirá el interesado la propiedad, otorgándose a su favor escritura de venta». Además, el artículo 1 del mismo Decreto vino a establecer que «las viviendas del I. N. V. sólo podrán ser cedidas a sus beneficiarios en régimen de amortización, que les permita el acceso a la propiedad... en el plazo máximo de cincuenta años». Otro sistema, que puede reputarse como antecedente del actual, es el que se estableció para las llamadas Casas Baratas por el Real Decreto de 8 de julio de 1922, en el que para el caso de venta a plazos en que no pudiera constituirse hipoteca en su garantía, se ordenaba que «sólo se puede otorgar entre las entidades vendedoras y el adquirente un compromiso de venta, que después de haberse satisfecho todos los plazos se elevará a escritura pública para que la compra-venta quede consumada».

Si comparamos estos sistemas con el instaurado por el Reglamento de 1968, veremos que coinciden en cuanto a la finalidad que persiguen e incluso en cuanto a los medios jurídicos de que se sirven para conseguir esa finalidad. Aunque esto último no es del todo exacto. En todos estos sistemas existe:

1.º Un negocio jurídico que, según el Decreto de 11 de noviembre de 1955, es una promesa de venta; según el Real Decreto de 8 de julio de 1922, es un compromiso de venta, y según el artículo 132 del Reglamento de 1968, es un contrato de acceso diferido a la propiedad.

2.º En todos estos sistemas el dominio no se transmite inmediatamente del cedente al cesionario, sino que dicha transmisión queda diferida hasta un momento más o menos lejano. Mientras ese momento llega, el cedente conserva o retiene el dominio, teniendo el cesionario la posesión únicamente por bien que le permite disfrutar de la vivienda.

3.º Hasta que llega el momento en que ha de producirse la transmisión dominical, el cesionario va pagando unas cantidades.

4.º Cuando los pagos finalizan ha llegado el momento de la transmisión dominical, la cual se formaliza en escritura pública, a la que llaman de compra-venta el Decreto de 1955 y el Reglamento de 1968, en su artículo 135.

En cambio no puede reputarse, a nuestro juicio, como antecedente de la regulación actual el sistema llamado de acceso a la propiedad, al que se refieren las Ordenes Ministeriales de 26 de mayo de 1965, 17 de febrero de 1967 y 27 de febrero de 1968, que establecieron los cupos de construcción para los años 1965 a 1968 y los criterios de selección

de solicitudes. Este régimen, que no debe confundirse con el de acceso diferido a la propiedad, tiene todavía mucho interés, pues existen y las vemos con frecuencia, viviendas sometidas al mismo, que por el juego del derecho transitorio han de ajustarse al contenido de las indicadas órdenes ministeriales. En este sistema de acceso a la propiedad no se plantean los problemas anteriormente apuntados en orden a la posibilidad de la inscripción en el Registro de la Propiedad y reconocimiento de la exención fiscal en el Impuesto de Transmisiones. El sistema de acceso a la propiedad no tiene más particularidad, según las órdenes antes citadas, que un aplazamiento en el pago del precio. Ese aplazamiento es del 50 por 100 del precio de venta total, deducido de dicha cantidad, en su caso, el importe del préstamo, en cuya devolución se subraga el comprador. La parte aplazada se abonará en un número de anualidades iguales no inferior a veinte, según la Orden Ministerial de 1965, y no inferior a diez, según las Ordenes de 1967 y 1968, incrementadas con el interés legal.

Como se ve, este sistema es muy similar al que rige para la venta por viviendas independientes de las llamadas subvencionadas, según el artículo 129 del Reglamento de 1968, con la diferencia de que el aplazamiento en las subvencionadas es por cinco años, como mínimo. Pero en ambos casos, la transmisión dominical no queda diferida, sino que se produce inmediatamente, siendo inscribible normalmente y amparada por el beneficio de la exención fiscal, si es primera transmisión y se realiza en las condiciones legales, una de las cuales es que no hayan transcurrido seis años desde la concesión de la calificación definitiva. Que hay transmisión inmediata de dominio en el sistema de acceso a la propiedad lo prueba el texto de las citadas Ordenes Ministeriales cuando nos dicen que del precio de la VENTA se deducirá, en su caso, el importe del préstamo, en cuya devolución se subroga el COMPRADOR. Este sustituye al vendedor-deudor-hipotecante, que no retiene el dominio, como ocurre en el régimen de acceso diferido.

III. REGULACION POSITIVA

El Reglamento de 1968 dedica a la regulación del acceso diferido a la propiedad la sección 5.^a del capítulo VI, que comprende los artículos 132 al 137. Cedente y cesionario son, según la terminología del Reglamento, los elementos personales de esta compleja relación jurídica, cuyo primer paso es el llamado contrato de acceso diferido a la propiedad. Los efectos, duración y contenido de este contrato vienen especificados a través del largo artículo 132, que comienza diciendo: «Por el

contrato de acceso diferido a la propiedad de las V. P. O. se transfiere al cesionario la posesión de la vivienda, conservando el cedente su dominio hasta tanto aquél le haya satisfecho la totalidad de las cantidades a que esté obligado, de conformidad con lo regulado en el presente artículo.»

El mismo precepto determina los pagos que deben realizarse, precisando el párrafo segundo que «durante el período de vigencia del contrato el cedente deberá satisfacer los gastos de conservación, el coste de prestación de servicios y el importe de las contribuciones, impuestos, arbitrios, tasas y derechos estatales o locales». Sin embargo, hay que advertir que las cantidades que representen los gastos a que hemos hecho referencia deberán ser satisfechas por el cesionario al cedente, conforme resulta del propio artículo 132, y es que si bien el cedente, como propietario que continúa siéndolo, debe abonar los gastos referidos, en definitiva, es el cesionario quien se sirve de la vivienda, quien la utiliza y quien pagando todo lo que expresa el artículo 132 deviene propietario, porque, como dice el repetido precepto, «el cedente conserva el dominio hasta tanto el cesionario le haya satisfecho la totalidad de las cantidades a que esté obligado, de conformidad con lo regulado en el presente artículo». Cuáles sean estas cantidades lo especifica el artículo 132 del modo que vemos seguidamente:

1.º Aunque el Reglamento no habla de precio, sino de cantidad, es indudable que en este contrato existe un precio, que el cesionario ha de pagar al cedente. Este precio se determina—según la letra *a)* del párrafo tercero del artículo 132—deduciendo del PRESUPUESTO PROTEGIBLE de las viviendas los importes de la subvención, del préstamo y del anticipo, en su caso. Ahora bien, el precio así determinado no se paga al contado o de una sola vez, pues según el artículo 132, al otorgarse el contrato se hará efectivo el 20 por 100 y el resto será exigido en el mínimo de años que se pacte, que no podrá ser inferior a diez o al número de los en que se haya de amortizar el préstamo concedido como beneficio si fuese menor.

2.º Si para la construcción de la vivienda se hubiera concedido préstamo y anticipo, éstos deberán amortizarse con arreglo a lo establecido en las escrituras públicas correspondientes. Pues bien, la cuota de amortización correspondiente al anticipo y al préstamo e intereses de este último constituye una cantidad que deberá entregar también el cesionario al cedente, según la letra *b)* del párrafo tercero del artículo 132. A diferencia de lo que sucede en el sistema de acceso a la propiedad, en el cual el comprador se subroga en la obligación de pagar el préstamo complementario, cuyo importe se habrá deducido del precio de venta,

en el sistema de acceso diferido a la propiedad no hay tal subrogación. El cedente retiene el dominio y la posición de deudor frente a la entidad que concedió el préstamo o el anticipo, pero el cesionario debe entregar al cedente, según la letra *b)* del párrafo 3.º del artículo 132, la cuota de amortización correspondiente al anticipo y préstamo, si hubiese sido concedido para la financiación de la vivienda, y los intereses del último.

3.º Además, y según las letras *c)*, *d)* y *e)* del párrafo tercero del artículo 32 del Reglamento, el cesionario deberá abonar al cedente durante el período de vigencia del contrato: *a)* Los gastos de administración y conservación. *b)* El coste de los servicios. *c)* Las contribuciones, impuestos, arbitrios, tasas y derechos, con sus recargos legales, satisfechos efectivamente por el cedente.

Todo este contenido del artículo 132 merece que nos detengamos en su estudio para tratar de aclarar algunas cuestiones de interés. Empezamos por las deducciones que procede realizar en el presupuesto protegible.

Hemos visto que al determinar el Reglamento las cantidades deducibles del presupuesto protegible incluye la subvención junto con el préstamo y el anticipo. El presupuesto protegible es, por tanto, el punto de partida en lo referente al precio y vendrá determinado en la cédula de calificación definitiva. De dicho presupuesto se deducirá el importe del préstamo y del anticipo, en su caso. Esto no ofrece duda. Sí la ofrece, en cambio, la subvención, hasta el punto de que la doctrina mantiene criterios dispares. Para GARCÍA-BERNARDO LANDETA no es deducible la subvención, entre otras razones que alega, porque la subvención es un beneficio que recibe el promotor, no el beneficiario o comprador, y porque si fuera deducible, el promotor de viviendas subvencionadas se encontraría en situación de inferioridad respecto del promotor de los otros tipos de viviendas. Tampoco encuentra justificada dicha deducción ESPINOSA DEL RÍO; en su opinión, se trata de un error del Reglamento que procede subsanar, porque la subvención es un auxilio que se otorga a fondo perdido y porque, exclusión hecha de la letra *a)* del párrafo tercero del artículo 132, otros preceptos del Reglamento, tales como los artículos 128, 134 y el mismo 132, no presuponen tal deducción. Criterio contrario sustenta el COLEGIO NOTARIAL DE GRANADA: La subvención se deduce y no se reembolsa al promotor, el cual al percibirla se le imputa como pago del precio total. A nuestro juicio, entendemos que hoy por hoy la subvención es cantidad deducible, mientras el Reglamento no diga lo contrario de manera clara. Pero esto no nos impide reconocer las razones que alegan los autores antes citados y propugnar la no deducción, al menos cuando se trate de viviendas construidas por promotores particulares.

Operadas las expresadas deducciones nos queda un precio que pudiéramos llamar líquido y que se paga del siguiente modo: un 20 por 100 del mismo al otorgarse el contrato y el resto en el plazo que se pacte, que no podrá ser inferior a diez años o al número de los en que se haya de amortizar el préstamo concedido como beneficio si fuese menor. Por ello, como hay casos en los que la amortización del préstamo tiene un plazo máximo de ocho años—tal ocurre en los concedidos para la financiación de las V. P. O. del grupo I—, en estos casos el número de años para pagar el 80 por 100 aplazado puede pactarse en ocho.

Cuestión interesante es la de si será posible pactar que la cantidad cuyo pago se aplaza devengue intereses. No ven inconveniente en ello DE LOS MOZOS y el COLEGIO NOTARIAL DE GRANADA. Para esta Corporación no está prohibido pactar en ese sentido y, además, no existe el límite del interés legal que para las viviendas subvencionadas impone el artículo 129 del Reglamento, que, por cierto, está modificado por el Decreto 79/1971 de 13 de enero, en el sentido de que las cantidades aplazadas devengarán el interés que libremente pacten las partes contratantes, sin que en ningún caso éste pueda exceder del interés básico del Banco de España que rijan en la fecha del otorgamiento del contrato de venta. Sin embargo, esta cuestión del devengo de intereses en virtud de pacto, en el acceso diferido a la propiedad, no es clara. Para ESPINOSA DEL RÍO no cabe tal pacto, porque de admitirse daría lugar a un «sobreprecio» con todas sus desfavorables consecuencias. A nuestro entender, y sin dejar de reconocer que la cuestión es dudosa, no es admisible el pacto de pago de intereses, porque el Reglamento parece querer, con su silencio en este punto—a diferencia de lo que ocurre con las viviendas subvencionadas, según el párrafo primero del artículo 129—, que las cantidades cuyo pago se difiere no devenguen intereses. Por otra parte, nótese que según el párrafo tercero del artículo 132, el cesionario vendrá obligado a pagar al cedente, durante el período de vigencia del contrato, «exclusivamente» las cantidades correspondientes a los conceptos que se detallan, entre los cuales no se habla del concepto intereses.

No siempre, sin embargo, el precio llamado líquido ha de pagarse necesariamente en plazos. Hay dos casos en los que el pago de dicho precio puede no ajustarse a lo dispuesto en el artículo 132. Un caso claro es el que se produce cuando se trata de Cooperativas de Viviendas con destino exclusivo a sus asociados o de un Patronato Oficial de Viviendas de Funcionarios del Estado, Provincia o Municipio, pues, según resulta del artículo 137, los expresados promotores podrán exigir el precio líquido, una vez otorgada la calificación provisional, durante el período de construcción, en la forma y plazos que libremente acuerden los interesados. Por otra parte, también existe la posibilidad de que con poste-

rioridad a la celebración de un contrato de acceso diferido a la propiedad—en el que habrá habido, naturalmente, el aplazamiento de rigor—se cese en este régimen y adquiera el cesionario, por virtud de dicha cesación, inmediatamente el dominio de la vivienda. Pero para esto, según se deduce del artículo 134 del Reglamento, se requiere:

a) Voluntad del cesionario para cesar en el régimen de acceso diferido.

b) Consentimiento del propietario, que normalmente estará dispuesto a prestarlo.

c) Entrega de una sola vez de la cantidad del precio líquido que hubiera quedado aplazada al otorgarse el contrato de acceso diferido a la propiedad, subrogándose, además, el cesionario en las obligaciones contraídas por el propietario como consecuencia del anticipo y préstamo concedidos para la financiación de la vivienda.

d) Autorización del Instituto Nacional de la Vivienda, que será requisito previo, a nuestro juicio, a la entrega del precio.

e) Por último, es necesario que el adquirente se obligue a satisfacer las cantidades a que se refieren los apartados d) y e) del artículo 132, así como los gastos de administración y conservación, en la forma y cuantía que le fueren imputables.

Otras dos cuestiones que importa destacar, en lo que a nuestro estudio afecta, son las relativas a la forma que debe adoptar el contrato de acceso diferido a la propiedad y al momento o época en que dicho contrato puede ser otorgado.

Con relación a lo primero es de advertir que el Reglamento no resuelve lo referente a la forma. Sin embargo, hay base para pensar por una serie de razones—concretamente, el cumplimiento de los artículos 115 y 116 del Reglamento, que exigen un contenido determinado a los contratos traslativos de dominio y de cesión de uso de V. P. O. y que se tome razón de los mismos en un Registro que se lleva en las Delegaciones Provinciales del Ministerio de la Vivienda—, decimos que hay base para pensar que, al menos, ha de adoptarse la forma escrita. Pero dentro de ella lo mismo puede instrumentarse en documento privado que en escritura pública, pues esta última forma sólo aparece exigida por el Reglamento a la hora de transmitirse definitivamente el dominio al cesionario, según el artículo 135. Sin embargo, y a efectos prácticos, se procederá casi siempre al otorgamiento de escritura pública no sólo porque ésta es el único cauce para conseguir la inscripción en el Registro de la Propiedad, sino por las ventajas que por sí misma tiene, pues, como ha puesto de relieve el COLEGIO NOTARIAL DE MADRID, si el contrato se ha formalizado en documento privado y éste tiene fecha

auténtica, llegado el momento en que se hayan pagado todas las cantidades por el cesionario podrá otorgarse una escritura que comprenda la ratificación y elevación a público del contrato privado y, a la vez, el cumplimiento del pago y transmisión del dominio. Pero si el documento privado no tiene fecha auténtica, notarialmente hay que formalizar la operación como si en ese momento se efectuara el contrato y empezara a contar el plazo de los diez años; no podrá decirse que ya se había contratado previamente si el documento privado no tiene fecha auténtica, porque sería una manera de vulnerar la legislación. Por lo demás, la doctrina, con absoluta unanimidad, propugna la formalización del contrato en escritura pública al objeto de conseguir su inscripción registral.

Por lo que se refiere al momento en que es posible otorgar este contrato de acceso diferido a la propiedad, del artículo 132 del Reglamento, se deduce que sólo puede otorgarse una vez haya sido concedida la calificación definitiva y no antes, porque antes no sería posible concretar algunas de las cantidades de las que debe satisfacer el cesionario. En este sentido se pronuncia el COLEGIO NOTARIAL DE MADRID. Además, como principio general, la existencia previa de la calificación definitiva es requisito necesario para que pueda concederse la exención fiscal, que regula el artículo 65-1-29 del Decreto de 6 de abril de 1967. Cuestión distinta es la de si se pueden percibir anticipadamente cantidades a cuenta, y que respecto de las Cooperativas resuelve en sentido afirmativo el artículo 137 del Reglamento, estimando la doctrina, con unanimidad, que también los demás promotores pueden beneficiarse del régimen de anticipos del artículo 114 del Reglamento.

Durante la vida del contrato que estamos analizando, el cesionario puede cumplir normal y regularmente sus obligaciones o incumplir. El cumplimiento o incumplimiento producen unos efectos que se regirán, como es natural, por las reglas del derecho de obligaciones. Por ello, en el caso de incumplimiento, el precepto fundamental a tener en cuenta es el artículo 1.124 del Código civil, complementado por el artículo 136 del Reglamento de V. P. O., en cuanto este último precepto especifica las prestaciones del cedente y cesionario en caso de resolución del contrato de acceso diferido a la propiedad. De dicho artículo 136 resulta que el último cesionario deberá devolver la vivienda en las condiciones necesarias para obtener la cédula de habitabilidad, pero tendrá derecho a que el propietario le reintegre las cantidades que hubiera satisfecho, deducido el importe de las rentas y demás cantidades a que se refiere el artículo 120, revisados o actualizados, en su caso, de acuerdo con lo determinado en el artículo 122, que el cesionario habría tenido que satisfacer durante el tiempo de vigencia del contrato si hubiera ocupado la vivienda como arrendatario. Estas últimas palabras del artículo 136 del

Reglamento nos permiten extraer del mismo una importante conclusión: sólo cuando se resuelve el contrato por incumplimiento del cesionario podría reputarse a éste como arrendatario. Pero durante la vida del contrato, si éste se desenvuelve normalmente y el cesionario va cumpliendo sus obligaciones, el cesionario no es un arrendatario, no posee a título de arrendatario. Por otra parte, es de advertir que resuelto un contrato de acceso diferido a la propiedad, existe la posibilidad de celebrar otro contrato de acceso diferido, el cual se caracteriza por la posibilidad de que el propietario, de nuevo cedente-vendedor, exija al segundo cesionario, de una sola vez, es decir, al contado, a la fecha de otorgar el contrato nuevo, tanto la entrega inicial (el 20 por 100) y los plazos vencidos, según el contrato resuelto, como las cuotas del préstamo y anticipo que estuvieren vencidos en dicha fecha. Así resulta del párrafo último del artículo 132 del Reglamento, el cual no dice nada en cuanto al modo de pagar las cantidades restantes. Para nosotros es muy acertado el criterio que en este punto sostiene el COLEGIO NOTARIAL DE GRANADA, según el cual no parece justo obligar al vendedor a conceder otro plazo de diez años, sino que como ya se han agotado determinado número de años del plazo pactado, el resto de este plazo será el que rija para la parte de precio por pagar. Es decir, que el segundo contrato viene a ser como una continuación del primero, cambiando únicamente la persona del cesionario.

Conocidos los efectos que se producen en el caso de incumplimiento por parte del cesionario, veamos a continuación los que se producen en el caso de cumplimiento. Dice a este respecto el artículo 135 del Reglamento que: «Terminado el plazo señalado en el contrato y cumplidas las condiciones pactadas se procederá al otorgamiento de la escritura pública de compra-venta, transmitiéndose el dominio de la vivienda al cesionario, quien se hará cargo de todos los gastos que correspondan a la misma, incluidos, en su caso, las cuotas de amortización e intereses de los beneficios económicos de vencimiento posterior a la fecha del otorgamiento.»

Expuesta la regulación positiva y reglamentaria del acceso diferido a la propiedad, creemos que puede obtenerse la siguiente conclusión de dicha regulación. En materia de acceso a la propiedad son necesarios dos contratos: uno primero—para el que no se impone una forma determinada—por el que se transfiere la posesión únicamente, y un segundo, de compra-venta, según el artículo 135, para el que se requiere escritura pública, por el que se transmite al cesionario el dominio de la vivienda.

IV. INSCRIPCION EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

De lo anterior resulta que solamente cuando se otorgue el segundo contrato se produce el desplazamiento dominical de la vivienda. Claro que hemos visto también la posibilidad de cesar en el régimen de acceso diferido a la propiedad mediante el pago al contado de la cantidad aplazada con transmisión del dominio, que regula el artículo 134 del Reglamento. En estos casos es claro que no se plantea el problema relativo a la posibilidad de la inscripción, porque existiendo una transmisión de dominio nos encontramos con un acto susceptible de inscripción, al amparo del artículo 2 de la Ley Hipotecaria. Además, cuando se trate de Cooperativas de Viviendas, por ejemplo, dado que éstas, según el párrafo segundo del artículo 137 del Reglamento, pueden exigir el precio íntegramente durante la construcción, si la Cooperativa hace uso de tal derecho no hay razón, a nuestro modo de ver, para que la transmisión dominical al cooperativista quede diferida.

El problema de la inscripción surge en el caso normal de un contrato de acceso diferido a la propiedad. ¿Produce éste un desplazamiento patrimonial susceptible de inscripción? ¿Será inscribible antes del otorgamiento de la escritura que llama de compra-venta el artículo 135 del Reglamento?

Hemos visto que entre el otorgamiento del contrato de acceso diferido a la propiedad y el otorgamiento de la escritura, a que se refiere el artículo 135, existe un lapso de tiempo bastante dilatado. Durante ese lapso de tiempo, el cesionario, poseedor de la vivienda, va pagando unas cantidades por diversos conceptos que ya conocemos. Pero al mismo tiempo, el patrimonio del cedente continúa lógicamente expuesto a la posible agresión de sus acreedores. Además, el cedente propietario puede realizar actos dispositivos y de gravamen en perjuicio del cesionario. Por todo ello, se ha pretendido en la doctrina, con bastante unanimidad, ver la manera de dotar de contenido real al contrato del artículo 132 del Reglamento, con la finalidad de lograr su inscripción en el Registro de la Propiedad y conseguir para el cesionario una prioridad frente a terceros.

Para CAMY, el contrato de acceso diferido a la propiedad no tiene la virtud por sí solo de provocar una inscripción a favor del cesionario. Si el cedente conserva el dominio de la vivienda hasta que el cesionario le haya satisfecho totalmente las cantidades a que está obligado, no existirá derecho real inscribible, porque lo que se transmite en el contrato de acceso diferido a la propiedad es la posesión y ésta no puede motivar inscripción en el Registro, porque así lo dispone el artículo 5 de

la Ley Hipotecaria. Unicamente cabe, según CAMY, configurar en el contrato de acceso diferido a la propiedad un derecho real limitativo de la titularidad del cedente, concretamente un usufructo temporal, que sí sería inscribible.

Para JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS estos contratos pueden inscribirse en el Registro de la Propiedad si reúnen las condiciones generales que exigen el artículo 9, 2, de la Ley Hipotecaria, y 51, 6, de su Reglamento, produciendo la inscripción la prioridad del cesionario respecto de otros actos de disposición que lleve a cabo el cedente y respecto de los embargos que sufra durante el tiempo del aplazamiento y siempre que se llegue al pago total, que funcionaría aquí como una condición del efecto traslativo de la compra-venta. Por eso, la escritura pública de compra-venta, de que habla el artículo 135, no es ni puede ser tal escritura de compraventa, sino una escritura de pago o de cumplimiento de condición, porque lo que documenta esta segunda escritura es un efecto producido por un acto jurídico anterior y no un nuevo acto jurídico.

Para la comisión de estudios sobre viviendas del COLEGIO NOTARIAL DE MADRID, en el Reglamento hay la exigencia de que la transmisión del dominio quede sujeta a la condición suspensiva del pago del precio y cantidades detalladas en el artículo 132. Por ello, y aunque la mención que hace el artículo 135 de que cumplidas las condiciones se otorgará la escritura de compra-venta, enturbia la construcción; lo mejor es formalizar la operación desde el primer momento como una compra-venta con pacto de reserva de dominio; compra-venta sujeta, en cuanto a la transmisión del dominio, a la condición suspensiva del pago del precio y susceptible de inscripción en el Registro de la Propiedad si reúne los requisitos de los artículos 9, 2, y 51, 6, de la Ley Hipotecaria y su Reglamento.

Insisten no sólo en la posibilidad de la inscripción, sino también en su conveniencia, el COLEGIO NOTARIAL DE GRANADA, ESPINOSA DEL RÍO y BONILLA ENCINA, por bien que este último no se muestra partidario de la conceptualización del contrato de acceso diferido a la propiedad como una compra-venta condicionada, por el obstáculo que para ello supone el artículo 1.115 del Código civil, aunque admite que llegado el momento de inscribir el acceso diferido a la propiedad, las reglas de inscripción serían las mismas que se aplican a la inscripción de las transmisiones bajo condición suspensiva.

Para nosotros, el contrato de acceso diferido a la propiedad, tal como lo regula el artículo 132 del Reglamento, no da lugar a un acto inscribible. En este sentido, estamos conformes con el criterio mantenido por CAMY. Pero ello no quiere decir que la voluntad de las partes no pueda configurarlo como un contrato de compra-venta con reserva de dominio,

cuya transmisión al cesionario se halla sujeta a la condición suspensiva del pago de las cantidades que especifica el artículo 132 del Reglamento. Conviene aclarar que el pacto de reserva de dominio no constituye condición suspensiva de la perfección del contrato, sino que afecta sólo a su consumación y consiste en una estipulación expresa de las partes, por virtud de la cual el dominio de la cosa no se transfiere al comprador mientras no se realice el pago total del precio. Esta configuración del contrato de acceso diferido a la propiedad nos parece la más conforme con el sentido que tiene tal contrato, el cual no puede asimilarse ni al contrato de opción de compra, ni a la promesa de compra-venta entendida ésta en el sentido de precontrato, ni tampoco al arrendamiento. Nótese que en el contrato de acceso diferido existe un acuerdo de voluntades sobre una cosa—la vivienda—y sobre un precio, que empieza a pagarse en el momento del otorgamiento del contrato, en cuyo instante se transfiere la posesión de la vivienda, y el cesionario, en el contrato que estudiamos, entra en la posesión y posee no a título de arrendatario, como ya vimos, sino a título de comprador, pero que no deviene dueño hasta el momento en que haya pagado totalmente.

Si se admite como bueno lo que acabamos de exponer, el único problema que puede plantearse es el de si una compra-venta con reserva de dominio es o no es inscribible. Insistimos en que en este tipo de compra-venta el vendedor transfiere al comprador la posesión de la cosa para que la use y utilice en su provecho, pero reteniendo aquél la propiedad hasta el pago del precio, que funciona como condición suspensiva no de la perfección del contrato, sino de su consumación.

Pues bien, nuestro derecho inmobiliario no se opone, como el alemán, a las transmisiones condicionales, teniendo perfecto acceso al Registro las condiciones tanto suspensivas como resolutorias. Claro que tampoco en el Derecho alemán se rechazan totalmente las condiciones; lo que ocurre allí es que, como dice SANZ FERNÁNDEZ, en el caso de compra-venta bajo condición suspensiva, se asegura al comprador mediante la anotación del derecho condicional a la transmisión. El dominio o titularidad continúa inscrito a favor del transmitente, pero mediante anotación se constata registralmente el derecho condicional del comprador.

En nuestro ordenamiento jurídico inmobiliario se admite sin dificultad la inscripción de actos y contratos condicionales. Puede parecer anómalo que se admita la inscripción en tales actos, pues, como ha puesto de relieve SANZ FERNÁNDEZ, mientras la condición no se cumpla no se produce tampoco el efecto transmisivo. El titular que transmite sigue siendo titular del derecho y por ello parece indudable que no nos hallamos ante un acto inscribible de los enumerados en los artículos 1 y 2 de la Ley Hipotecaria. Sin embargo, lo cierto es que los actos sujetos a con-

dición suspensiva están declarados inscribibles en nuestra ley por diversos preceptos, tales como los artículos 9 y 23 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento, cuya doctrina es acertada, a juicio de ROCA SASTRE, porque, según él, el derecho constituido o transmitido bajo condición suspensiva atribuye de momento una expectativa, que debe ser tratada como un derecho y que participa de la naturaleza misma del derecho a que tiende, de modo que puede hablarse, desde luego, de una titularidad condicional. Lo único que se requiere para que la condición suspensiva inserta en un acto pueda registrarse con éste es que influya directamente en los efectos del mismo o, lo que es igual, que tenga alcance real, ya que, como muy bien dice ROCA SASTRE, si el cumplimiento de la condición no origina de *jure* y automáticamente la adquisición del derecho, sino tan sólo produce una obligación de transmitir, no podrá hablarse de condición registrable y, en general, ni siquiera existirá acto inscribible.

En definitiva, para que el contrato de acceso diferido a la propiedad motive una inscripción en favor del cesionario será preciso que formalizándose en escritura pública se configure como una compra-venta, en la que el cesionario cumpla todas las condiciones que determina el artículo 132 del Reglamento, de tal modo que cumplidas las mismas no tenga que otorgarse lo que el artículo 135 del Reglamento llama escritura pública de compra-venta, sino una simple escritura de cumplimiento de condiciones, que motivará una nota al margen de la inscripción practicada en su día a favor del cesionario, cuyo derecho se ha consolidado automáticamente por el simple hecho del cumplimiento de las condiciones.

V. TRATAMIENTO FISCAL

La transmisión de la V. P. O. a través del sistema de acceso diferido a la propiedad planteaba un gravísimo problema de índole fiscal, pues ajustándose el liquidador a las normas de la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, y concretamente al número 29 del apartado 1 del artículo 65, no encontraba términos hábiles para aplicar la exención que en dicho precepto se establece al supuesto normal de una transmisión diferida. El texto refundido, tal como quedó redactado por el Decreto de 6 de abril de 1967, concede la exención, en el precepto que acabamos de citar, a la primera transmisión, cuando tenga lugar por actos *inter vivos*, del dominio de las V. P. O., siempre que tenga lugar dentro de los seis años siguientes a su calificación definitiva. Y añade que este plazo será de veinte años cuando la transmisión tenga por objeto viviendas calificadas definitivamente para ser cedidas en arriendo. Pero como, además, el reconocimiento de la exención presupone que la transmisión

se ajuste a los requisitos que en cada caso exijan las disposiciones vigentes para esta clase de viviendas, el resultado que se producía cuando se tratara de una transmisión diferida era el de que precisamente por cumplir los requisitos establecidos en los artículos 132 y 135 del Reglamento de V. P. O., cuando la transmisión del dominio se consumaba ya habían transcurrido los seis años a contar desde la calificación definitiva y no procedía la exención.

La doctrina intentó buscar fórmulas que salvaran la incongruencia de que ajustándose una transmisión al Reglamento de V. P. O. no gozara de la exención. Pero ninguna fórmula podía ser satisfactoria, pues construyéndose jurídicamente el acceso diferido a la propiedad como una compra-venta sujeta, en cuanto a la transmisión del dominio, a la condición suspensiva del pago por parte del cesionario, toda fórmula chocaba con el artículo 9 de la Ley del Impuesto, del cual resulta que la transmisión en estos casos, a efectos fiscales, se estima realizada al cumplirse la condición. Y cuando la condición se cumplía y se entendía transmitido el dominio, los seis años habían transcurrido.

A nuestro juicio, el problema fiscal que afectaba a las V. P. O., cuyo destino es el de acceso diferido a la propiedad, lo había intuido el Decreto de 24 de julio de 1963, aprobatorio del texto refundido de la legislación sobre V. P. O., cuando en el número 10 del artículo 10 concedía la exención a la promesa de venta y contratos asimilados, siempre que se convengan dentro de los veinte años siguientes a la fecha de la calificación definitiva y que la escritura de venta se otorgue antes de transcurrir el plazo de cincuenta años. Pero el Decreto de 3 de diciembre de 1964, que adaptó la Ley de V. P. O. de 1963 a la Ley de Reforma Tributaria de 1964, silenció esa exención, que, a nuestro modo de ver, podía amparar a las transmisiones diferidas.

No es que con éste identifiquemos el acceso diferido a la propiedad con la promesa de venta. Nuestra postura en este punto ya quedó aclarada antes. Pero la técnica o modo de ser y producirse las transmisiones diferidas encajaba perfectamente en la exención del número 10 del artículo 10 de la Ley de 1963. Es como si se dijera: están exentas las transmisiones diferidas cuando el contrato de acceso diferido se convenga dentro de los seis años siguientes a la calificación definitiva y se otorgue la escritura de venta antes de transcurrir veinte años desde dicha calificación. Y esto, que muy bien pudo decirlo la Ley de Reforma Tributaria de 1964, siguiendo el precedente de la Ley de 1963, no sólo no lo dijo, sino que suprimió toda posibilidad de exención para las transmisiones diferidas de V. P. O.

Sin embargo, afortunadamente se ha solucionado el problema con la reciente circular de la Dirección General de lo Contencioso, de fecha

13 de enero de 1972. En tales supuestos—dice la circular—se estima que el primer contrato, traslativo de la simple posesión (art. 132), se halla sometido a una condición suspensiva, que debe determinar el aplazamiento de toda liquidación, en tanto que al segundo contrato, traslativo del dominio de la vivienda al cesionario (art. 135), debe aplicarse la exención del número 29 del artículo 65 del texto refundido, siempre que este último contrato se otorgue dentro de los veinte años siguientes a la calificación definitiva, aplicándose este plazo por analogía con lo previsto en el precepto legal mencionado para el caso de transmisión de viviendas calificadas para su cesión en arriendo.

Ha tenido que acudir la circular a una analogía con el arrendamiento que no es admisible, a nuestro juicio. Pero es altamente encomiable el contenido de esta circular en cuanto viene a rectificar—con los medios a su alcance—el silencio de la Ley de Reforma Tributaria de 1964 y del texto refundido de 1967 en orden al acceso diferido a la propiedad. ¿Sería un dislate pedir que el futuro Reglamento de la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales afrontara el problema de acceso diferido a la propiedad en los términos antes expresados? O sea, diciendo que estarán exentas las transmisiones diferidas del dominio de las V. P. O. cuando el contrato de acceso diferido se convenga dentro de los seis años siguientes a la calificación definitiva y se otorgue la escritura de venta antes de transcurrir veinte años desde dicha calificación.

Por lo demás, la circular recuerda que las exenciones proceden cuando se cumplen los requisitos aplicables a la transmisión y, en consecuencia, debe tener presentes siempre el liquidador los artículos 132 al 137 del Reglamento de V. P. O. para calificar la procedencia de la exención o decretar la denegación de la misma en su caso. Por ello entendemos que si el contrato de acceso diferido se configura un usufructo a favor del cesionario, ese usufructo sería liquidable.

Tiene interés también la circular en otro punto relacionado con las llamadas viviendas subvencionadas y con las destinadas a acceso diferido. En unas y otras, por aplicación de los artículos 129 y 132 del Reglamento, ha de aplazarse el precio en la cuantía y condiciones que los mismos determinan. Pero tanto en un caso como en otro existe la posibilidad, reconocida por el párrafo tercero del artículo 129 y por el artículo 134, de anticiparse la parte aplazada del precio mediando autorización del I. N. V. Pues bien, de la citada circular parece deducirse que cuando aquella anticipación se formalice en escritura pública deberá practicarse la correspondiente liquidación por el número 38 de la tarifa, concepto de actos jurídicos documentados. Respetamos el superior criterio de la Dirección de lo Contencioso, pero verdaderamente no alcanzamos

a comprenderlo, pues, a nuestro entender, esas anticipaciones, si ha mediado la autorización del I. N. V., deberían estar amparadas por la exención que el artículo 101, 15, de la Ley del Impuesto reconoce en estos términos: «...y, en general, todas aquellas—escrituras—otorgadas para formalizar actos y contratos relacionados con V. P. O. declarados exentos o no sujetos a los títulos primero y segundo de este libro o del Impuesto General sobre el Tráfico de las Empresas». Comprendemos que si aquella anticipación se realizara sin la previa autorización del I. N. V., la escritura pública correspondiente esté sujeta al impuesto, en su vertiente de actos jurídicos documentados, y, además, sin perjuicio de las desfavorables consecuencias en orden a exenciones reconocidas anteriormente. Pero cuando habiéndose aplazado el precio, la anticipación posterior del mismo se ajusta a las exigencias reglamentarias, insistimos en que no vemos la razón para que no se les aplique exención tan clara como la del número 15 del artículo 101.

Finalmente, otra cuestión de tipo fiscal. Algún sector doctrinal ha estimado que la resolución del contrato de acceso diferido a la propiedad es acto sujeto, fundándose en el artículo 17, 5, de la Ley del Impuesto, y en el número 29 del artículo 65 de la misma Ley. En este sentido parece pronunciarse el COLEGIO NOTARIAL DE GRANADA. Sin embargo, para nosotros, la cuestión admite otro punto de vista, que es el siguiente: Fiscalmente, la resolución sólo implica un nuevo acto liquidable cuando tiene lugar por mutuo acuerdo entre las partes, equiparándose al mutuo acuerdo la avenencia en acto de conciliación y el simple allanamiento a la demanda. Pero con relación al contrato de acceso diferido a la propiedad, como no ha habido transmisión de dominio del cedente al cesionario, en puridad de principios no hay resolución de la transmisión ni retransmisión en sentido propio, por lo que no surge nuevo acto liquidable. Ello sin perjuicio de que pueda y deba apreciarse durante el tiempo que ocupó el cesionario la vivienda un usufructo temporal o, por lo menos, un arrendamiento, que sí serían liquidables.

Consecuentes con lo expuesto, entendemos que el nuevo contrato de acceso diferido a la propiedad, que el cedente puede celebrar en las condiciones que expresa el párrafo último del artículo 132 del Reglamento de V. P. O., merece el mismo tratamiento fiscal que el primero resuelto, siempre, naturalmente, que el nuevo se otorgue antes que transcurran los seis años desde la calificación definitiva.

JESÚS ALVAREZ BELTRÁN
Registrador de la Propiedad
Del Seminario de Derecho Hipotecario

Valladolid-Salamanca, abril de 1972

La concentración parcelaria y su consideración registral^(*)

SUMARIO: I. *Introducción.*—A) Idea de la concentración parcelaria y de su procedimiento. B) Normas vigentes. C) Posiciones doctrinales sobre su naturaleza.—II. *Papel del Registro de la Propiedad respecto a la concentración parcelaria.*—A) En el período llamado de investigación de la propiedad: 1) Titulación inscrita. 2) Discordancia entre realidad y Registro. 3) Papel de la posesión a título de dueño.—B) Inscripción de las fincas concentradas: 1) El Acta de Reorganización y su contenido. 2) El principio de subrogación real como básico en la concentración. 3) Ambito de la subrogación: a) Efectos subrogatorios en el dominio. b) En los demás derechos reales. c) En otras situaciones jurídicas. 4) Procedimiento de traslado de cargas de las parcelas de procedencia a las fincas de reemplazo. 5) Hipotecas constituidas en el expediente de concentración. 6) Inscripción de actas complementarias o de rectificación; fincas sobrantes o procedentes de dueños desconocidos.—C) Conservación de la concentración parcelaria: 1) Su visión doctrinal. 2) Derecho comparado. 3) Derecho español. 4) Conservación agronómica. La legislación de unidades de cultivo y las divisiones o segregaciones de fincas. 5) Conservación jurídica: Titulación pública e inscripción de los actos posteriores. ¿Inscripción obligatoria o constitutiva? ¿Inscripción de oficio? 6) Papel del Catastro.—D) Concordancia del Registro y realidad después de la concentración parcelaria: 1) Zona y término municipal. 2) Fincas excluidas o reservadas. 3) El problema de identificación de las fincas inscritas.

I. INTRODUCCION

En dos decenios de actuación en España, la concentración parcelaria, superando airoosamente los inevitables pasos iniciales, en los que se imponía una cautela propia de lo experimental, ha alcanzado una indudable madurez que permite un estudio más sereno de esta institución.

Tanto los técnicos y juristas que la llevan a cabo como los agricultores, que también participan en ella de modo muy activo, se han familiarizado con una tarea que, en principio, se presentaba espinosa y difícil, pues se trataba nada más que de cambiar, más que tierras, mentalidades, introduciendo modos nuevos en el campo. Había que relegar la idea de

(*) Trabajo leído el 29 de noviembre de 1972 en el Seminario de Derecho Hipotecario de Extremadura.

parcelas mínimas y dispersas, pero concretas, a las que el labrador profesaba un explicable apego heredado de varias generaciones, para sustituirlas por la finca única en coto redondo o, al menos, en pequeño número, cuyas ventajas agronómicas y jurídicas están fuera de toda duda, pero carentes del aspecto entrañable apuntado antes.

Los pasos se han dado con firmeza y hoy la concentración es una realidad cuajada en todo el territorio nacional merecedora de atención y estudio.

Un aspecto agronómico y otro jurídico saltan a primera vista, ya que la base fundamental es la tierra, pero considerada como elemento objetivo de los derechos que sobre ella recaen. Por supuesto, no intentaremos entrar en el estudio detallado de las técnicas de la concentración. Pero tampoco podremos desprendernos fácilmente de ellas, puesto que en esta institución se da una auténtica simbiosis de Agricultura y Derecho, que se conjugan continuamente a lo largo del proceso, desde el principio al final de la mejora.

Por eso, al proponernos dar una visión de las cuestiones que relacionan a la institución registral con la concentración, y como punto de partida, veremos previamente, aunque sólo sea en esquema, en qué consiste, sus normas reguladoras y la esencia o naturaleza de la concentración parcelaria.

A) IDEA DE LA CONCENTRACIÓN PARCELARIA Y SU PROCEDIMIENTO

Tomando como base las disposiciones legales, y de acuerdo con la generalidad de la doctrina, podemos entender que la concentración parcelaria consiste en la reorganización de la propiedad rústica de una zona, adjudicando a cada propietario en coto redondo o en un reducido número de fincas de reemplazo, una superficie equivalente en clase de tierra y cultivo a la de las parcelas de procedencia que anteriormente poseía, pasando inalterados sobre las fincas de reemplazo el dominio, los derechos reales y demás situaciones jurídicas que tenían por base las parcelas sujetas a concentración, por virtud de la subrogación real, que se opera *ex ministerio legis*. La concentración, en su sentido estricto, se complementa y amplía por la realización de las obras y mejoras territoriales que se consideren necesarias y por la ordenación rural, que aspira a obtener explotaciones visibles y adecuadas respecto a su estructura, capitalización y organización empresarial.

El procedimiento de concentración parcelaria se inicia por Decreto acordado en Consejo de Ministros, en el que se declara de utilidad pública y urgente ejecución en una zona cuyo perímetro, en principio, se

fija. Este Decreto normalmente responde a la petición de la mayoría numérica de los propietarios de la zona o bien de las tres cuartas partes de la superficie a concentrar, cualquiera que sea el número de aquéllos. Cabe también prescindir de la solicitud y promover la concentración de oficio cuando la dispersión parcelaria se ofrezca con acusados caracteres de gravedad o cuando lo insten el Catastro, los Ayuntamientos, Hermandades de Labradores o Cámaras Oficiales Sindicales Agrarias.

Publicado el Decreto (o la Orden Ministerial en las zonas comprendidas en comarcas de ordenación rural, lo que implica un Decreto anterior) se constituye la Comisión Local, presidida por el Juez de Primera Instancia, y de la que forman parte el Notario y Registrador de la Propiedad, ingenieros, alcalde, jefe de la Hermandad de Labradores y miembros agricultores, siendo secretario un Letrado del I. R. Y. D. A.

A partir de entonces, y simultáneamente, se realiza la llamada investigación de la propiedad en su doble aspecto de titulación, cargas y situaciones jurídicas de las parcelas de procedencia y, por otro lado, la medición, clasificación y valoración de las tierras, datos imprescindibles para fijar las bases de la concentración. Debe tenerse en cuenta que la clasificación y la correspondiente fijación de valores de cada clase es puramente relativa o comparativa con las parcelas tipo, al efecto de señalar los coeficientes que servirán de base para llevar a cabo las compensaciones que sean necesarias.

Las bases se publican primero con el carácter de provisionales, para alegaciones u observaciones, y después como definitivas, pudiendo entonces ser objeto de recursos de los interesados en la vía administrativa o la contenciosa-administrativa, en su caso.

Firmes las bases y conociéndose la aportación relativa de cada uno se prepara el proyecto de concentración, que es más bien una operación técnica consistente en atribuir en compensación a cada propietario un lote de reemplazo de una o varias fincas, según los casos, que sea equivalente en clase de tierra y calidad a lo aportado. También el proyecto se saca a encuesta, con publicación de la nueva distribución de la propiedad y señalando las fincas o parte de ellas sobre las que se trasladan los derechos, cargas o situaciones jurídicas existentes o que se creen como consecuencia de la concentración. Tras la encuesta se publica el acuerdo, con posibilidad de recursos si se han infringido las formalidades para su elaboración y publicación, o si dicho acuerdo no se ajusta a las bases, por no existir paridad o equivalencia entre las aportaciones y las atribuciones.

Por último, al producirse la firmeza del acuerdo en la vía administrativa se recoge la nueva ordenación en el documento llamado Acta de Reorganización de la Propiedad, que contiene la adjudicación y des-

cripción de las fincas resultantes, el cual se protocoliza e inscribe de modo inexcusable en el Registro de la Propiedad, debiendo reflejarse igualmente en el Catastro de Rústica.

B) NORMAS VIGENTES

La primera Ley de Concentración Parcelaria en España lleva fecha de 20 de julio de 1952 y se caracteriza por su tinte experimental, y aunque sus preceptos no eran suficientes dieron pie para desenvolvimientos posteriores, que han conformado a la concentración parcelaria en su tónica actual.

Se dictaron varias Ordenes Ministeriales creando el Servicio de Concentración Parcelaria, regulando normas de procedimiento, ejecución de obras y mejoras y otras, entre las que debe destacarse la Orden conjunta de los Ministerios de Justicia y Agricultura de 22 de noviembre de 1954, que estructuró de modo más completo el procedimiento, poniendo fin a la etapa que pudiera considerarse de regulación provisional.

Tres años justos después de la primera ley se promulgó otra introduciendo importantes modificaciones, que se plasmaron luego en el llamado texto refundido de 10 de agosto de 1955, complementado y modificado a su vez por el Decreto Ley de 25 de febrero de 1960, que va perfilando los requisitos, el procedimiento y los efectos, sobre todo jurídicos, de la concentración parcelaria.

La Ley de 14 de abril de 1962 ordenó al Gobierno que publicase un texto para refundir y coordinar sus preceptos con los de las dos últimas disposiciones citadas y las demás de aplicación de rango legal, por lo que con fecha 8 de noviembre de 1962 se aprobó el texto refundido de la Ley de Concentración Parcelaria, que es la disposición básica vigente.

Para una más amplia visión de los problemas estructurales del sector agrario, a partir de 1964 va tomando cuerpo la llamada ordenación rural, que, aparte otras disposiciones, se rige por la Ley de Ordenación Rural de 27 de julio de 1968, que también interesa a la concentración parcelaria, como institución comprendida en ella, introduciendo algunas modificaciones.

Y por la Ley de 21 de julio de 1971 se ha creado el Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario (I. R. Y. D. A.), que sustituye a los antiguos Instituto Nacional de Colonización y Servicio Nacional de Concentración Parcelaria y Ordenación Rural, señalándose entre sus finalidades fundamentales, en lo que interesa a nuestro trabajo, la creación,

mejora y conservación de explotaciones agrarias adecuadas y las actividades relacionadas con el desarrollo rural y la reforma agraria.

Por último, diremos que en cumplimiento del mandato contenido por esta ley están muy avanzados, según creemos, los trabajos de ordenación y sistematización en un único texto legal de todas las disposiciones de igual rango relativas a la colonización, ordenación rural o concentración parcelaria y que tendrá como título el de Ley de Reforma y Desarrollo Agrario (1).

(1) Con posterioridad a la lectura del presente trabajo en el Seminario de Derecho Hipotecario de Extremadura, en el *Boletín Oficial del Estado* de 3 de febrero se ha publicado el Decreto 118/1973, de 12 de enero, por el que se aprueba el texto de la *Ley de Reforma y Desarrollo Agrario*, por el cual el Gobierno cumple el encargo hecho en la disposición adicional 4.^a de la Ley 35, de 21 de julio de 1971, creadora del Instituto, de refundir y sistematizar en un texto legal único todas las leyes existentes sobre la materia y que en dicha disposición detalladamente se relacionan.

La nueva Ley consta de un título preliminar sobre la reforma y desarrollo agrario y las normas generales sobre la actuación del Instituto y de cuatro libros; el primero contiene las normas orgánicas del Instituto y su Consejo, el Jurado de Fincas Mejorables, Comisiones Locales de Concentración parcelaria y Juntas Provinciales, Comarcas y Locales; el Libro II se refiere a la adquisición y redistribución de tierras y régimen específico de las unidades mínimas de cultivos, del que nos ocuparemos después; el tercero dicta las normas para la actuación del Instituto en comarcas o zonas determinadas por Decreto, referentes a obras y mejoras territoriales, grandes zonas de interés nacional, ordenación de explotaciones, comarcas mejorables y concentración parcelaria. Por último, el Libro IV se ocupa de las actuaciones en fincas o explotaciones agrarias, regulando la expropiación por causa de interés social, régimen de fincas mejorables, permutas forzosas en fincas rústicas, ordenación de explotaciones agrarias ejemplares y calificadas, terminando con las normas sobre auxilios económicos y técnicos a agricultores.

La Ley de Reforma y Desarrollo Agrario tiene 292 artículos, 9 disposiciones finales y 15 transitorias.

Termina con una disposición final derogatoria de todas las disposiciones de carácter general con rango de Ley relativas a la colonización, ordenación rural o concentración parcelaria, declarando expresamente que continúa en vigor la Ley de 21 de julio de 1971 que creaba el Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario.

Para alejar toda duda se relacionan expresamente las disposiciones que se declaran derogadas y que son las siguientes:

Real Decreto-Ley de 7 de enero de 1927, en cuanto se refiere a la colonización, repoblación interior y demás materias objeto de la presente Ley.

Ley de 26 de diciembre de 1939 sobre colonización de grandes zonas.

Ley de 27 de abril de 1946 sobre expropiación de fincas rústicas por causa de interés social.

Ley de 27 de abril de 1946 sobre colonizaciones de interés local.

Ley de 21 de abril de 1949 sobre colonización y distribución de la propiedad de las zonas regables.

Decreto-Ley de 20 de mayo de 1949 sobre atribución de facultades al Director general de Colonización en materia de expropiación forzosa.

Ley de 15 de julio de 1952 sobre explotaciones ejemplares y calificadas.

Ley de 15 de julio de 1952 sobre patrimonios familiares.

C) POSICIONES DOCTRINALES SOBRE SU NATURALEZA

Por sus especiales características, entre las que destacan la mezcla de Derecho público y privado y el peculiar modo con que la concentración parcelaria abordaba los problemas de la dispersión y el minifundio, esta institución fue pronto objeto de numerosos estudios en el afán de delimitar su naturaleza jurídica, habiéndose llegado a decir que la concentración es un verdadero «rompecabezas» jurídico.

Repasemos brevemente las distintas tesis sin profundizar demasiado, pues nos bastarán unos trazos para únicamente situar el tema en condiciones de explicar después la sistemática de las relaciones del Registro y la concentración:

Ley de 3 de diciembre de 1953 sobre fincas mejorables, salvo disposiciones adicionales modificada la tercera por la Ley de 12 de mayo de 1956.

Ley de 30 de marzo de 1954, modificando la de 27 de abril de 1946, de colonizaciones de interés local.

Ley de 15 de julio de 1954 sobre unidades mínimas de cultivo.

Ley de 17 de julio de 1958, aclarando y completando la de 21 de abril de 1949, antes citada.

Ley 30/1959, de 11 de mayo, sobre permuta forzosa de fincas rústicas.

Ley 13/1962, de 14 de abril, sobre fincas mejorables.

Ley 15/1962, de 14 de abril, modificando la de 21 de abril de 1949, sobre colonización y distribución de la propiedad de las zonas regables.

Ley de Concentración Parcelaria, texto refundido de 8 de noviembre de 1962.

Ley 51/1968, de 27 de julio, sobre régimen de las tierras adquiridas por el Instituto Nacional de Colonización o afectadas por sus Planes.

Ley 54/1968, de 27 de julio, de Ordenación Rural.

Ley 27/1971, de 21 de julio, sobre Comarcas y Fincas mejorables.

Dado el carácter complementario y de urgencia de esta anotación no es posible entrar ahora en el estudio y crítica de esta Ley, que en rigor no se puede llamar "nueva", puesto que simplemente refunde y ordena las múltiples disposiciones anteriores. Pero el sistematizar todo el variado cúmulo legislativo vigente a su promulgación en un cuerpo único es tarea que agradecerán sin duda los profesionales, y en especial Notarios y Registradores de la Propiedad, a la hora de sus consultas y actuaciones prácticas. Por ello, en principio, la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 de enero de 1973 debe ser recibida favorablemente, pues representa un paso importante en la codificación del Derecho Agrario.

En lo que respecta al presente trabajo que ha tratado de estudiar la concentración parcelaria bajo su consideración registral, la nueva Ley no representa variación alguna en cuanto a la materia regulada, pues recoge, casi íntegramente y sin más modificaciones que algunas de pura expresión o gramaticales, lo anteriormente legislado sobre concentración.

De esta manera consideramos válido todo lo dicho, aunque, naturalmente, habrá que sustituir la antigua numeración de los artículos de las Leyes de Concentración y Ordenación Rural que se citan por la nueva de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario.

Tan sólo en materia del régimen de unidades mínimas de cultivo puede observarse algún giro de trascendencia como consecuencia de las tendencias que ya apuntábamos en nuestro trabajo y que veremos más adelante, en otra nota al correspondiente apartado de este mismo estudio.

a) Como limitación legal del dominio por razón de utilidad pública. Sin embargo, la concentración parcelaria supone solamente el traslado de la base objetiva de los derechos, pero sin limitar el ejercicio de éstos.

b) Como expropiación forzosa, abonando en especie la indemnización. Pero la equiparación no es posible, pues en la concentración no se priva al agricultor de su propiedad ni se extinguen los derechos existentes sobre la finca.

c) Como procedimiento administrativo especial, que empequeñece su visión y, además, no caracteriza ni explica su esencia y contenido. Tiene un tinte puramente administrativista y desconoce otras no menos importantes facetas sustantivas que deben estar presentes.

d) Como comunidad especial, entendiéndose que durante el procedimiento concentrador los propietarios dejan de ser titulares de fincas concretas pasando a componer un condominio de toda la masa, que después se disuelve al concretarse la propiedad en las nuevas fincas de reemplazo. La construcción es forzada a simple vista y sólo atiende al período transitorio, sin calar en el centro vital de la institución ni explicar la mutación que se realiza.

e) Como permuta. Aunque no se puede negar alguna semejanza, pues existe un *do ut des*, lo cierto es que los propietarios no se dan ni reciben nada unos de otros, sino que cada cual da y recibe del Estado, por virtud de una disposición legal y en medio de un sistema general ni voluntario ni personalista.

f) Como institución *sui generis* informada en el principio de la subrogación real. Es quizá la construcción doctrinal que cuenta con un mayor apoyo en la letra de la ley y que ha alcanzado la más numerosa adhesión. Entre sus valedores está ROCA SASTRE, que considera a la concentración parcelaria como un caso de subrogación real de carácter forzoso, directo e integral.

En el articulado de la Ley de Concentración Parcelaria se muestra latente, y en algunos preceptos de modo expreso, el principio de la equivalencia y el del traslado del dominio y demás situaciones jurídicas desde las parcelas de procedencia a las fincas de reemplazo; los derechos permanecen inalterados y sólo cambia la finca que los soporta. Por ello nos inclinamos abiertamente a la tesis de que la razón de ser jurídica y el efecto fundamental de la concentración parcelaria es la subrogación real, y ésta explica su actuación en el Registro, como veremos después con más detalle.

II. PAPEL DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD RESPECTO A LA CONCENTRACION PARCELARIA

Hasta ahora, la opinión vulgar más generalizada ha creído que el Registro de la Propiedad era una defensa, un burladero, para proteger al titular registral de las tarascadas ajenas.

En ROCA SASTRE se perfila su finalidad con miras más sugestivas y convincentes. La seguridad jurídica y la buena fe—dice—se complementarán en el sentido de constituir aquélla el fin perseguido por la ley gracias a la buena fe del adquirente; para dar base seria al comercio jurídico, para asegurar el tráfico, para dar seguridad jurídica a las transacciones, es imprescindible proteger a quien adquiere confiado en el Registro, y éste constituye el móvil o razón de ser de la institución registral.

Pero ha sido LÓPEZ MEDEL quien ha hecho resaltar, además, el papel del Registro de la Propiedad como auténtico servicio público cuando se trata de una puesta en forma del bien comunitario, ya que entonces se institucionaliza y cobra relevancia autónoma e independiente. El destinatario del Registro—dice expresivamente—ni es el funcionario que lo lleva, ni es el particular que acude a él por creerse más seguro, ni el que quiere enterarse de la fortuna del deudor: el destinatario es la sociedad entera, la cual debe conocer la situación jurídica de sus miembros con fines de seguridad, de bienestar y de orden.

Esta moderna orientación del Registro de la Propiedad resulta imprescindible a la hora de valorar el papel que juega o debe jugar la institución hipotecaria en el quehacer de la concentración parcelaria y, sobre todo, en su conservación. Si hay un instrumento eficaz por antonomasia que pueda servir para proteger a la vez la obra hecha por la concentración, la seguridad de los agricultores mejorados, el crédito territorial facilitadísimo desde entonces y el tráfico jurídico de las nuevas fincas, ése debe ser indudable y rotundamente el Registro de la Propiedad. Esta función tenemos que reivindicarla no como privilegio, sino como deber.

Los títulos públicos y su engarce con el Catastro son, indudablemente, eslabones valiosísimos que colaboran en la obra; pero el cierre, la base definitiva para que la concentración se corone sin temor a fallos posteriores, debe radicar en eficaces asientos registrales.

Después que veamos cómo el Registro, lamentablemente, no resultó demasiado efectivo en el período inicial de la concentración por su falta de concordancia con la realidad, resaltará con más fuerza la convenien-

cia, mejor la necesidad, de que la institución registral cumpla *a posteriori* su papel de institución básica al servicio de una realización social.

Los Registradores debemos tomar conciencia del problema tratando de evitar que la acción descabellada de manos ignorantes pueda deshacer la labor ilusionada de veinte años eficaces, como si se tratase de una nueva tela de Penélope, según acertado símil de nuestro compañero MARTÍNEZ DE BEDOYA.

A) EL REGISTRO EN EL PERÍODO LLAMADO DE INVESTIGACIÓN DE LA PROPIEDAD

El eslabón inicial, según hemos dicho, de las operaciones de concentración, es el período de investigación de la propiedad, que consiste en averiguar la realidad jurídica de la zona.

Para ello parece natural que el Registro de la Propiedad y el Catastro de Rústica debían servir de modo muy principal a la hora de indagar a quiénes pertenecen cada una de las parcelas a concentrar, así como la situación de libertad o gravamen de las mismas. Tal lo entendió la citada Orden conjunta de los Ministerios de Justicia y Agricultura de 1954, señalando que se llevará a cabo consultando el Registro de la Propiedad, tanto respecto al dominio como a las cargas, para lo que se pediría a los Registradores respectivos certificación en relación.

Para quienes por experiencia no hemos visto realizado el optimista vaticinio de GÓMEZ DE LA SERNA, en la exposición de motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, de que en veinte años se habrían inscrito voluntariamente todas las fincas nacionales por el solo señuelo de las ventajas registrales, no podrá parecer extraña la situación que se manifestó en algunas de las certificaciones que se obtuvieron en las primeras zonas a concentrar, sobre todo si se tiene en cuenta la pobreza de las mismas.

«Los resultados—escribe SANZ JARQUE—fueron desalentadores: en la mayoría de los casos, la certificación mostraba la existencia de un Registro petrificado carente de actualidad, pues las fincas inscritas en el pasado siglo habían terminado su historia hipotecaria con la primera inscripción o con inscripciones posteriores, pero de más de cincuenta años de antigüedad, y en aquellos otros donde había inscripciones vigentes, la descripción de las fincas que en ellos constaban variaba sustancialmente en relación al Catastro... y con la realidad, de tal modo que en la mayoría de los casos era muy difícil, por no decir imposible, situar sobre el terreno las fincas registradas con garantías que ofrecieran certidumbre de identidad.»

Por tales razones, a partir de la Ley de Concentración Parcelaria

de 1955 hubo de rectificarse el procedimiento orientándolo en el sentido de procurar una auténtica investigación, sin que esto signifique, como algunos han pensado y criticado, que se olvide por completo la eficacia del Registro, según vamos a ver.

El sistema en la legislación vigente se articula en esencia atendiendo a los siguientes supuestos:

1. *Titulación inscrita*

Los participantes en la concentración están obligados, según el artículo 20 de la Ley de Concentración Parcelaria, a presentar, si existen, los títulos escritos en que se funde su derecho y declarar en todo caso los gravámenes o situaciones jurídicas que afecten a sus fincas o derechos. No hace falta que la ley lo diga expresamente para concluir que si tales títulos se presentan inscritos, el titular declarante será reconocido como propietario, con los consiguientes pronunciamientos favorables, y que las parcelas aportadas figurarán en el expediente de concentración como inscritas en su favor a todos los efectos.

El I. R. Y. D. A., por su parte, una vez constituida la Comisión Local de Concentración Parcelaria, con objeto de investigar la existencia de hipotecas o derechos de disfrute no inmediato sobre las parcelas de procedencia, aparte otras gestiones en distintos bancos y organismos, comunicará al Registrador de la Propiedad competente la iniciación de las operaciones, señalando el término municipal o perímetro afectado, para que éste pueda (a título facultativo, según se ve) remitir a la Comisión Local relación certificada de los derechos vigentes, no siendo responsable dicho Registrador si existiesen más bienes inscritos que los relacionados y no haciendo referencia a las fincas libres de tales derechos. O sea, que si hay coincidencia entre la situación registral de la finca y la realidad resultante de la investigación, miel sobre hojuelas, pues entonces la concentración se hace sobre datos firmes.

2. *Discordancia entre realidad y Registro*

Para el caso de que se aprecie contradicción entre el contenido de los asientos del Registro y la atribución de propiedad o situaciones jurídicas que se hayan realizado en las llamadas bases provisionales como consecuencia de la investigación, los titulares registrales o sus causahabientes (con justificación documental de la causa en este caso) podrán presentar certificación registral de los asientos contradictorios, a los efectos que después señalaremos. Cuando no haya sido aportada la certi-

ficación por los interesados, también puede ser solicitada de oficio por la Comisión Local.

A no ser que la discordancia se haya resuelto mediante el consentimiento del titular registral o sus causahabientes, y siempre que la parcela a que se refiere estuviere identificada, a juicio de la Comisión Local, el artículo 23 de la Ley de Concentración Parcelaria, respetuoso con el principio hipotecario de legitimación y dando prevalencia a la inscripción, establece que la certificación registral surtirá en el expediente de concentración los efectos que a continuación se expresan:

a) Regirán las presunciones establecidas en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, pero las situaciones posesorias relativas a las parcelas de procedencia y acreditadas ante la Comisión Local serán siempre respetadas.

b) En las bases se harán constar las situaciones jurídicas resultantes de la certificación registral y las situaciones posesorias acreditadas en el expediente de concentración.

c) En el proyecto y en el acuerdo y acta de reorganización se determinarán y adjudicarán por separado las fincas de reemplazo que sustituyan a las parcelas objeto de contradicción.

d) En el Registro de la Propiedad se inscribirán las situaciones jurídicas resultantes de las certificaciones registrales aportadas al expediente de concentración y las situaciones inscribibles acreditadas en la investigación si éstas no fueran incompatibles con aquéllas, de tal modo que en el Registro no se haga constar dato alguno que contradiga la situación registral.

¿Qué ocurrirá si se presentan certificaciones registrales contradictorias sobre una parcela? La Ley de Concentración Parcelaria no contempla el supuesto y es natural, lo que induce a trasladar la cuestión íntegra a la legislación hipotecaria. Para el caso de la doble inmatriculación, ésta presupone la necesidad de una declaración judicial previa acerca del mejor derecho. Análogamente, a nuestro entender, debe procederse en la concentración, sin que pueda la Comisión Local por sí sola hacer ninguna atribución por carecer de preceptos legales para basarla.

Para cuando se produzca una discordancia entre el Registro y la realidad, el artículo 17 de la Ley de Ordenación Rural de 1968, por su parte, faculta con carácter excepcional para utilizar el procedimiento de concentración parcelaria con la finalidad de dividir comunidades de bienes rústicos para su posterior concentración, siempre que no se opongan la mayoría de los partícipes ni haya pacto contrario a la división, si con éste se puede conseguir un mejor aprovechamiento de las fincas.

Supuesto típico de la discordancia que aquí se contempla es cuando en el Registro está inscrita una comunidad indivisa y los propietarios,

lejos de explotar la finca en común, han practicado divisiones de hecho labrando distintas y múltiples parcelas concretas, con lo que se ha producido una fragmentación y dispersión que justifica sobradamente el criterio concentrador adoptado.

3. *Papel de la posesión a título de dueño*

La propiedad fragmentada y con parcelas dispersas de poco valor, material el más frecuente y normal de la concentración, suele encontrarse no sólo fuera del Registro, sino en muy numerosos casos carentes por completo de toda titulación escrita, pública o privada. Unas veces por huir de los impuestos, otras por desidia o porque del documento privado sólo se confeccionó una copia cuando había varios interesados, lo cierto es que en bastantes ocasiones se hace preciso conformarse en la investigación con las declaraciones que los participantes hacen bajo advertencia de las consecuencias civiles y penales de las posibles falsedades u omisiones. Así ha tenido que admitirlo, con sentido realista, la Ley de Concentración Parcelaria sentando que la carencia del título de propiedad no será obstáculo para efectuar las operaciones respecto a los poseedores de las parcelas.

Y la figura del poseedor a título de dueño resulta reconocida y reforzada en el artículo 24 de la propia ley en relación a las posibles discordancias sobre parcelas no inscritas. Al no existir la preferencia registral, decisiva, según hemos visto en el apartado anterior, se establece que una vez hecha constar la discordancia en las bases se determinarán y adjudicarán por separado las fincas que reemplazan a las parcelas en litigio, dando preferencia a todos los efectos al poseedor en concepto de dueño. O sea, que en favor de éste, en principio, se adjudicará la finca y a él se expedirá el título de propiedad integrado en el Acta de Reorganización.

En el procedimiento de concentración, la figura del poseedor a título de dueño tiene, y por eso la hemos tocado, consecuencias registrales:

- En primer lugar, al ser declarado como verdadero dueño en las bases obtiene la inscripción de sus fincas de reemplazo en tal concepto.
- La contradicción, si existe, se expresará en el Acta de Reorganización y pasa, por consiguiente, a la inscripción de la finca con los mismos efectos de la anotación preventiva de demanda, caducando a los dos años de su fecha.
- Por último, si dentro de esos dos años el contradictor en el expediente de concentración plasma su oposición en una demanda

y obtiene la auténtica anotación preventiva correspondiente, ésta surtirá todos sus efectos por los plazos y con las posibilidades de prórroga determinados en los artículos 86 de la Ley Hipotecaria y 199 de su Reglamento.

B) INSCRIPCIÓN DE LAS FINCAS CONCENTRADAS

Terminadas las que podríamos llamar operaciones «materiales» técnico-jurídicas de la concentración, la nueva ordenación de la propiedad de la zona se contiene en el llamado Acuerdo de Concentración, el cual, una vez firme en la vía administrativa se plasma en el documento que después estudiaremos y que se denomina Acta de Reorganización de la Propiedad, con el que el I. R. Y. D. A. promueve la inscripción en el Registro de la Propiedad tras haberse protocolizado notarialmente.

Esta inscripción primera de la concentración, que debe verificarse inexcusablemente, es decir, de modo necesario y en todo caso, supone una auténtica inmatriculación, una entrada *ex novo* de las fincas de reemplazo sin engarce alguno con los asientos anteriores de las parcelas antiguas, salvo supuestos excepcionales. Todas las fincas de reemplazo serán inscritas—de modo inexcusable—, dice el artículo 70 de la Ley de Concentración Parcelaria, sin hacerse referencia, salvo casos determinados en la misma ley, a las parcelas de procedencia en cuya equivalencia se adjudican, aun cuando estas parcelas aparezcan inscritas a nombre de personas distintas de aquellas con quienes a título de dueño se entendió el procedimiento.

Corrigiendo el largo plazo de cinco años, superior al señalado en el artículo 207 de la Ley Hipotecaria, que se establecía en la Ley de Concentración Parcelaria anterior, la vigente preceptúa que las primeras inscripciones de concentración sólo carecerán de efectos respecto de terceros durante noventa días naturales, contados desde el siguiente al asiento, con lo que se agiliza el tráfico inmobiliario de estas fincas.

MARCELINO PIÑEL, en 1961, ya abogaba antes de promulgarse la ley actual por suprimir esa larga suspensión de efectos, basándose en las apreciables garantías proporcionadas por un procedimiento cuya publicidad es tan grande que se convierte en notoriedad; por ello consideraba justo que estas inmatriculaciones de fincas de reemplazo gozasen de los mismos efectos inmediatos que las primeras inscripciones obtenidas mediante el expediente de dominio de la Ley Hipotecaria.

Como hemos visto, la Ley de Concentración Parcelaria de 1962 ha acogido la tesis con estas explicable reservas o garantías:

- El plazo de los noventa días, que bien puede considerarse como puramente simbólico.
- Declaración contenida en el artículo 67 de que los derechos y situaciones jurídicas que no hubiesen sido asignados en las bases a su legítimo titular no quedarán perjudicados por las resoluciones del expediente de concentración, aunque sean firmes, pero pudiéndolos hacer valer entonces únicamente por la vía judicial y sobre las fincas de reemplazo adjudicadas a quien en las bases figure como titular de las parcelas de origen.
- Declaración de que inscritas las fincas de reemplazo, los antiguos asientos relativos a parcelas de procedencia sólo podrán invocarse frente a los titulares de las nuevas fincas, pero no si éstos gozan de la fe pública registral.
- Posibilidad de los titulares de situaciones protegidas por los antiguos asientos para pedir su traslación sobre fincas de reemplazo con el fin de gozar en éstas de la misma situación jurídica inicial. En defecto de acuerdo entre las partes formulado ante el I. R. Y. D. A., la traslación se instará del Juez de Primera Instancia, quien en trámites del juicio verbal y con informe del Instituto podrá acceder al traslado si resulta que las situaciones registrales afectan a determinadas parcelas de procedencia incluidas en las bases. La determinación de la finca de reemplazo afectada por el traslado, tanto en este como en el caso anterior, corresponde al I. R. Y. D. A., cuyos acuerdos, recurribles, sirven de título suficiente para la inscripción del Registro; para esta determinación, si fuese preciso dividir o segregar, no rigen las normas sobre indivisibilidad de unidades agrarias (arts. 68 y 67 *in fine*).
- Por último, establecimiento de un sistema de indemnización por el Estado a los titulares registrales cuyos derechos se han extinguido por consecuencia de la concentración. Según el artículo 69 de la ley, el I. R. Y. D. A., como sucesor del antiguo Servicio de Concentración Parcelaria, responde frente a los titulares inscritos o sus causahabientes del importe del dominio u otros derechos reales y de los créditos y cantidades aseguradas, en la medida en que hubieran de realizarse sobre las parcelas de origen gravadas, cuando el valor de éstas sea suficiente para cubrirlos. Para que se acepte la responsabilidad debe concurrir que los derechos y situaciones no se hubiesen tenido en cuenta en el expediente de concentración, que el titular registral no haya conocido la concentración ni tuviera medios racionales y motivos

suficientes para conocerla y que no pueda efectuarse la traslación sobre las fincas de reemplazo por haber pasado éstas a tercerotegido, según el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Esta regulación lógicamente nos lleva de la mano a la norma tercera del artículo 70, en la que se determina el principio de legalidad, concretando el ámbito de la calificación registral en materia de concentración.

Los Registradores en la práctica de los asientos primeros de las fincas de reemplazo—se señala—no podrán denegar o suspender la inscripción por defectos distintos de la incompetencia de los órganos, de la inadecuación de la clase de procedimiento, de la inobservancia de formalidades extrínsecas del documento presentado o de los obstáculos que surjan del Registro diferentes de los asientos de las antiguas parcelas. El paralelismo de esta norma con el artículo 99 del Reglamento Hipotecario, en cuanto a la calificación de documentos judiciales, es evidente; pero en la concentración no puede admitirse como obstáculo dimanante del Registro la existencia de asientos contradictorios anteriores por el juego del sistema que hemos explicado.

A los efectos del artículo 112 del Reglamento Hipotecario era innecesario aclarar que el I. R. Y. D. A., como dice la Ley de Concentración Parcelaria, tiene personalidad para recurrir gubernativamente contra la calificación registral, pues está fuera de toda duda que el organismo que lleva a cabo la concentración tiene no sólo interés, sino la obligación de procurar, mediante los asientos registrales, su efectividad inicial y su posterior conservación.

1. *El Acta de Reorganización y su contenido*

El Acta de Reorganización de la Propiedad es el documento autorizado por la presidencia del I. R. Y. D. A. en el que se detallan, junto a los titulares, la finca o fincas que a cada uno le han sido adjudicadas, conteniendo su descripción y la situación de cargas, todo ello con las circunstancias necesarias para su inscripción en el Registro de la Propiedad.

Consta este documento del Acta propiamente dicho, en el que se expresa: el Decreto por virtud del cual se inició la concentración, se consigna la constitución de la Comisión Local correspondiente, se señala la unidad mínima de cultivo y se hace la declaración de haberse cumplido todos los trámites legales en el procedimiento. La facultad del I. R. Y. D. A. para autorizar el Acta resulta expresamente del artículo 5 de la Ley de Concentración Parcelaria de 1962, a diferencia de la legislación anterior, en la que era autorizada por la Comisión Local.

El Acta se integra, además, por una colección de hojas de características en las que se describen una a una las fincas adjudicadas. Estas hojas se llaman R-1 en un argot que ha salido de las puras esferas internas del organismo creador para extenderse a otras más amplias y, por supuesto, a los compañeros Notarios y Registradores, para quienes es ya un documento de formato bien conocido.

Los R-1, numerados correlativamente, indican la zona concentrada, titular de la finca con sus circunstancias de edad, domicilio y estado, con nombre del cónyuge, en su caso. Después contiene la adjudicación de la finca como consecuencia de la concentración y a título de dueño, expresando naturaleza familiar y cuotas en los condominios y número del predio en el plano general de la zona; se sitúa dicha finca en el término municipal y paraje, se describen los linderos por sus puntos cardinales y se expresa su extensión, la cual determinará según el cultivo si resulta indivisible según la legislación vigente; en este último caso se resalta tal circunstancia. Parte fundamental del R-1 es la constancia de que según la investigación practicada en el expediente, la finca resulta libre de cargas o, al contrario, por razón de procedencia, tiene las cargas que se describirán de conformidad con las exigencias de las normas hipotecarias que permiten su inscripción registral, señalándose si la traslación se realizó por acuerdo de los interesados o de oficio, en virtud de las facultades del artículo 30 de la Ley de Concentración Parcelaria. Todo ello de acuerdo con el principio de la subrogación real, que vamos a estudiar seguidamente.

Una tercera parte integrante del Acta de Reorganización es el plano general de la zona concentrada, que muestra gráficamente la nueva ordenación fundiaria obtenida.

El Acta se protocoliza por el Notario competente que fuese designado vocal de la Comisión Local de Concentración de la zona o su sustituto legal, el cual expide copias parciales, una por finca, que son generalmente impresas y que sirven a los particulares de título de dominio, previa la inexcusable inscripción en el Registro de la Propiedad.

2. *El principio de subrogación real como básico en la concentración*

«La subrogación—dice MEZQUITA DEL CACHO—es un supuesto de modificación consistente en que uno de los elementos de una situación jurídica es sustituido por otro sin que por ello se altere la situación establecida; si este cambio afecta al elemento objetivo tenemos la subrogación real.»

Es imposible reflejar aquí la abundantísima literatura existente dada la índole del trabajo. Tenemos que pasar por alto las construcciones doc-

trinales, tanto clásicas como modernas, que tratan de encontrar el fundamento filosófico-jurídico de la subrogación. Nuestros compañeros conocen de sobra el sistema de teorías, que han sido recientemente recogidas y estudiadas por ROCA SASTRE y MEZQUITA en nuestra patria. MARC LAURIOL, en la doctrina francesa, representa una aportación muy completa, definiendo la subrogación como procedimiento consistente en la sustitución de un bien por otro como medio de mantener la aprehensión de un valor individualizado, y entiende que en ella existen dos elementos: la fluctuación material o cambio de una cosa por otra y la conservación del derecho.

Aceptando estos arranques doctrinales, concluye ROCA SASTRE que la concentración parcelaria es, en esencia, una subrogación real de carácter forzoso, directo e integral. Es una subrogación real, en cuanto que una situación jurídica sobre una cosa persiste inmutable sobre otra cosa que viene a reemplazar a aquélla. Es una subrogación de carácter forzoso, por cuanto se impone a los propietarios afectados una vez decretada la concentración. Es de carácter directo, puesto que, a diferencia de la subrogación normal o corriente, que es consecuencia de la enajenación o pérdida de una cosa, se produce de un modo inmediato, sin necesidad de que la finca en cuestión sea enajenada o destruida. Y es de carácter integral, en el sentido de abarcar toda la sustancia jurídica, ya que la que recaía en una finca pasa íntegramente a otra, salvo en lo referente a servidumbres prediales, debido a que éstas son producto de la situación de las fincas.

Esta tesis de ROCA parece encontrar su consagración legal en los textos reguladores: en el epígrafe que la Ley de Concentración Parcelaria coloca sobre su artículo 65 y en el propio texto de dicha norma.

3. *Ámbito de la subrogación*

Los dos aspectos señalados por MARC LAURIOL de fluctuación material (o equivalencia económica) y conservación de las situaciones jurídicas están claramente plasmados en la vigente Ley de Concentración Parcelaria:

- En lo *económico*, su artículo 2, apartado a), señala como una de las finalidades básicas de la concentración, la de «asignar a cada propietario en coto redondo o, si esto no fuera posible, en un reducido número de fincas, una superficie *equivalente* en clase de tierra y cultivo a la de las parcelas que anteriormente poseía». Ya hemos dicho que en las llamadas bases de la concentración se procura fijar el valor, por supuesto relativo, de las

parcelas correspondientes a cada participante, valor económico que ha de ser trasladado íntegramente a las fincas de reemplazo que en su día se adjudiquen a cada uno. La falta de paridad entre aportaciones y adjudicaciones, que supondría una subrogación económicamente equilibrada, es uno de los motivos claros de posible recurso de los interesados.

- El aspecto *jurídico* está recogido plenamente en el artículo 65 de la Ley, al establecer que «el dominio y los demás derechos reales y situaciones jurídicas que tengan por base las parcelas sujetas a concentración pasarán a recaer *inalterados* sobre las fincas de reemplazo», del modo y con las circunstancias que vamos a estudiar.

Como vemos, las expresiones legales casan perfectamente con el concepto que la doctrina última y prevalente ha elaborado de la subrogación real; es el paso de una situación que calificaba a una cosa sobre otra cosa distinta equivalente, que sustituye o reemplaza en el patrimonio a la primera. Del patrimonio de los agricultores desaparecen las parcelas de origen para surgir una finca nueva, que las reemplaza.

Con miras a su reflejo posterior en el Registro de la Propiedad, vamos a concretar el ámbito de la subrogación en los distintos supuestos:

a) *Efectos subrogatorios en el dominio*

Se concentra la propiedad y, generalmente, el sujeto pasivo de la concentración es el propietario. Con alguna exageración se ha dicho en esta materia que el derecho de propiedad es una abstracción jurídica, cuyo titular con frecuencia no explota directamente las fincas y, a veces, ni siquiera las conoce; esto apunta a revalorizar el concepto de cultivador sobre el de propietario; así podría entenderse leyendo el apartado b) del artículo 2 de la ley, que dice debe procurarse la reunión de las parcelas cultivadas por un mismo agricultor, pero en seguida se ve que esto queda subordinado de modo expreso a la finalidad del apartado a) del mismo precepto, que es concentrar la propiedad y no el cultivo.

Declarado el dominio de las parcelas de procedencia, debe ser sustituido por equivalente dominio sobre las fincas de reemplazo, y aunque pueda parecer que tal operación es de siempre técnica agronómica, al aplicar la subrogación se originan las cuestiones jurídicas siguientes:

a') *Carácter familiar de los bienes*.—Cuando los agricultores propietarios de las parcelas son casados tiene importancia fundamental determinar sus títulos adquisitivos y el concepto en que ingresaran en la

sociedad conyugal para trasladar la misma situación dominical a la finca de reemplazo.

Puede ocurrir, y el hecho es frecuente, que no todas las parcelas tengan el mismo origen, y entonces debe señalarse en las nuevas fincas las participaciones, que pueden consistir en porcentajes indivisos, correspondientes a cada uno de los valores que integran el llamado lote de reemplazo.

Normalmente, se adjudican por separado las fincas de marido y esposa. Sin embargo, el artículo 25, apartado tercero, de la Ley de Concentración Parcelaria, autoriza la posibilidad de que los cónyuges constituyan copropiedades con las parcelas aportadas a la concentración parcelaria por cada uno de ellos o la sociedad conyugal, en cuyo caso se reflejarán las cuotas en las nuevas fincas, haciéndose constar en la inscripción el origen voluntario de estas copropiedades.

b') *Comunidades*.—En la *comunidad ordinaria* se señala en las nuevas fincas el porcentaje de participación de cada uno de los condueños, en correspondencia con los valores que aportaron.

— En las *comunidades familiares*, la sociedad de gananciales común se refleja en todo de acuerdo con la legislación civil y lo dispuesto en el artículo 95 del Reglamento Hipotecario. El mismo criterio se aplica en los regímenes forales de comunidad de adquisiciones (conquistas en Navarra, asociación a compras y mejoras de Tarragona, sistema aragonés) o en los casos de comunidad pactada.

— En las *comunidades hereditarias* será preciso el consentimiento de todos los interesados. De no obtenerse, la inscripción se hará a nombre de los herederos en concepto de tales si fueren conocidos, expresando sus circunstancias, clase de sucesión y extensión con que resulten llamados a ella, advirtiéndose que no hay adjudicación de cuota concreta. Si no hubieran transcurrido ciento ochenta días desde la muerte del testador, se observará lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley Hipotecaria y demás disposiciones concordantes.

c') *Mutaciones dominicales*.—Al suponer un cambio en el dominio o los derechos originariamente aportados, se traducirán en una transmisión o modificación en la titularidad de las nuevas fincas. Como se pueden entonces presentar dificultades de carácter técnico-agronómico, el artículo 64 de la Ley autoriza, de modo potestativo, a dar efecto en el expediente a tales mutaciones que hayan ocurrido en el transcurso del proceso de concentración después de publicadas las bases. Si la variación

solicitada se produce como consecuencia de procedimientos ejecutivos o en cualquier otro caso en que no conste el consentimiento de los interesados, será preciso citarlos para que puedan alegar y defender sus derechos.

Aceptada la variación, las nuevas fincas figurarán, lógicamente, bajo la titularidad de los adquirentes de las parcelas a concentrar.

d') *Expropiación forzosa*.—En el caso de expropiación de parcelas sujetas a concentración durante el procedimiento, la entidad expropiante queda subrogada en la situación del antiguo titular. Sin embargo, si como consecuencia de la expropiación pasasen las parcelas en cuestión al dominio público, quedarían exceptuadas de la concentración, según dispone el artículo 14 de la Ley de Concentración Parcelaria.

b) *Efectos en los demás derechos reales*

La nueva finca recogerá, como consecuencia de la subrogación, todos los derechos reales existentes sobre las parcelas anteriores.

Las hipotecas, anticresis, usufructos, reservas, limitaciones de disponer, condiciones suspensivas o resolutorias y toda otra cualquier limitación pasan íntegramente sobre las fincas adjudicadas como consecuencia de la concentración, ya que ésta ni quita ni da derechos, sino que únicamente los traslada. Los titulares de tales situaciones jurídicas mantienen sus derechos sin más variación que la de recaer sobre otras fincas físicamente distintas, pero igual en valor y en cuanto a su posición de soporte económico de las facultades subjetivas que se subrogan.

El traslado de los derechos se verificará en toda su entidad y con las siguientes modalidades:

- Las *hipotecas* recaen sobre el nuevo lote de reemplazo en su totalidad si todas las parcelas de procedencia estaban gravadas. De no ser así, la carga afectará a la parte alícuota equivalente, que debe expresarse de un modo claro por mandato del principio de especialidad imperante en nuestro sistema hipotecario. En las hojas descriptivas o R-1 se describirá la originaria carga, detallando las fincas o asientos registrales de procedencia, por la razón evidente del carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca; igualmente, entendemos que se debe hacer constar en las inscripciones de origen el traslado de la carga.
- En los *usufructos*, la técnica subrogatoria sigue parejas normas, aunque no será necesario reseñar las parcelas de donde procede sencillamente porque su inscripción de origen no es necesaria.

Consideremos que al haber una paridad clara entre el objeto del usufructo antes y después de la concentración, no es aplicable el artículo 519 del Código civil, que se refiere exclusivamente a la expropiación y no tiene aquí encaje posible.

- Respecto al *usufructo de disposición*, no se da excepción alguna si se orienta en el verdadero sentido de la concentración: si el usufructuario dispone de las parcelas antes de concentrar, el adquirente las aporta sin limitación alguna; si no ha dispuesto, la facultad de enajenar pasa a la finca de reemplazo, manteniéndose en favor del mismo titular anterior.

c) *En otras situaciones jurídicas*

a') Los *aprovechamientos de aguas públicas* para riegos, tanto si el derecho nació de concesión administrativa como si se adquirió por prescripción, se puede acreditar en las bases de concentración como inherente a las parcelas de origen y ser consecuentemente transferido a las nuevas fincas, aunque debe tenerse en cuenta el interés público de las aguas y al necesario control de las respectivas comisarías para la mejor efectividad y regulación de los riegos trasladados.

b') *Servidumbres prediales*.—El artículo 65, 2, de la Ley de Concentración Parcelaria, establece que las servidumbres se extinguirán, serán conservadas, modificadas o creadas de acuerdo con las exigencias de la nueva ordenación de la propiedad. Esta norma, que puede parecer una excepción a la subrogación real, es lógica. Al desaparecer la configuración física de las parcelas, que obligó a crear las antiguas servidumbres prediales, se da el motivo extintivo del artículo 564, 3, del Código civil, pues los predios vienen a tal estado que no puede usarse la servidumbre.

Y la posibilidad de creación de servidumbres es igualmente lógica, al venir determinada por las necesidades de la nueva ordenación de la propiedad y ser mandato de la ley, artículo 2, d), ya que ha de procurarse dar a las fincas de reemplazo acceso a las vías de comunicación.

Estas servidumbres creadas se inscriben con el Acta de Reorganización, siendo descritas a tal efecto en las hojas de características de las fincas correspondientes, dominantes y sirvientes, como dispone el artículo 13 de la Ley Hipotecaria.

c') *Extinción de los derechos adquisitivos*.—Con carácter transitorio y sólo mientras dura el procedimiento, la inclusión de una parcela en la concentración da lugar a la extinción del retracto de colindantes, del derecho de permuta forzosa y, además, de adquisición que se otorguen por las leyes para evitar los enclavados o la dispersión parcelaria, salvo que la demanda se hubiere interpuesto antes.

4. *Procedimiento de traslado de cargas de las parcelas de procedencia a las fincas de reemplazo*

En la inscripción de las fincas resultantes de la concentración se harán constar las cargas y situaciones jurídicas inscribibles acreditadas o constituidas en el expediente y que se hacen constar en el título relativo a la finca.

Esta constancia de cargas o situaciones acreditadas no excluye la posibilidad de que existan otras que puedan ser trasladadas posteriormente, de acuerdo con el artículo 68 de la Ley, que ya hemos visto.

En el traslado de cargas se deja intervención a los interesados, procurando inicialmente que sean ellos mismos quienes manifiesten sus acuerdos. A tal efecto, al anunciar la encuesta del proyecto, se requiere a los titulares de cargas o situaciones jurídicas para que, de acuerdo con los propietarios afectados y dentro del lote de reemplazo señalen la finca, porción de finca o parte alícuota de la misma, según los casos, sobre los que han de establecerse tales gravámenes o situaciones. Pero los acuerdos de los interesados sólo se respetarán cuando no afecten a la indivisibilidad de la finca.

Caso de no acreditarse la conformidad de los interesados, el artículo 30 de la Ley de Concentración Parcelaria faculta al I. R. Y. D. A. para verificar la traslación de oficio. Y si bien es cierto que las partes tienen entonces el derecho de plantear ante los Tribunales las cuestiones dimanantes del traslado de las situaciones jurídicas existentes, debe tenerse en cuenta que, aun en este caso, la sentencia habría de basarse, por el puro peso de unas razones técnicas innegables, en el dictamen pericial que sólo al I. R. Y. D. A. podría corresponder.

Y la verdad es que en la práctica se verifica, casi sin excepción, el traslado de oficio, sin que sepamos que se promuevan acciones judiciales entre los interesados; es la consecuencia de una labor técnica cuya imparcialidad está fuera de toda duda.

5. *Hipotecas constituidas en el expediente de concentración*

En el artículo 87 de la Ley de Concentración Parcelaria, modificado y complementado por los artículos 24 y 26 de la Ley de Ordenación Rural de 1968, se regula de modo especial la hipoteca en garantía de los anticipos que reciben los propietarios de las fincas, con los que se financian, en parte, las obras y mejoras agrícolas que se realizan con motivo de la concentración parcelaria.

Estas especialidades consisten:

1.º En su constitución. Cada finca de reemplazo transformada se adjudicará gravada, inscribiéndose en el Registro de la Propiedad mediante el mismo título (Acta de Reorganización) que motive la inscripción de la finca, conforme a la legislación de concentración parcelaria. Como se ve, es una auténtica excepción a la norma del artículo 145 de la Ley Hipotecaria, que exige la escritura pública, sustituyéndose en este caso por el consentimiento expreso del titular, que debe constar en el expediente administrativo. Respecto a los propietarios que no tengan facultad y capacidad para constituir hipoteca o rehúsen aceptar las condiciones establecidas, el I. R. Y. D. A. puede, de acuerdo con estas normas legales, o excluirles de las mejoras o expropiarles por el valor de la finca antes de la obra.

2.º En la ejecución, que se verificará por el procedimiento judicial sumario de la Ley Hipotecaria, valiéndose como título de crédito apto el mismo de su constitución, es decir, el Acta de Reorganización.

3.º En su cancelación, para la cual basta certificación expedida por el I. R. Y. D. A. acreditativa de estar totalmente pagada la suma garantizada y sus intereses.

6. *Inscripción de actas complementarias o de rectificación, fincas sobrantes o procedentes de dueños desconocidos*

Después de inscrita el Acta de Reorganización de la Propiedad comprensiva de la nueva ordenación de toda la propiedad de una zona, pueden advertirse modificaciones o errores que llevan consigo la necesidad de que dicho documento sea complementado o rectificado, o bien se trata de supuestos posteriores perfectamente previstos y regulados por la legislación, como en las adjudicaciones de fincas sobrantes o las que proceden de parcelas de dueños no conocidos.

Entonces corresponde al I. R. Y. D. A. autorizar las oportunas actas complementarias o de rectificación, en virtud de la facultad genérica contenida en el artículo 5 de la Ley de Concentración Parcelaria y otros preceptos legales que en ellas se señalan, por lo que son perfectamente inscribibles en el Registro de la Propiedad.

Aparte las actas puramente aclaratorias o complementarias del Acta de Reorganización, que no presentan dificultades, señalemos estos posibles supuestos:

a) Cuando se trata de errores materiales o de hecho, la rectificación puede llevarse a cabo en cualquier momento, según el artículo 111 de la Ley de Procedimiento Administrativo, norma aplicable de acuerdo con el artículo 46 de la Ley de Concentración Parcelaria, que remite

a dicha legislación para la revisión de oficio de los actos administrativos dictados en materia de concentración. El caso más frecuente es el simple error de transcripción de los datos desde el acuerdo al Acta de Reorganización, debiendo entonces prevalecer el primer documento.

b) Cuando siendo firmes las resoluciones del expediente de concentración los interesados, según el artículo 67 de la Ley de Concentración Parcelaria, tratan de hacer efectivos los derechos o situaciones por la vía judicial y hay avenencia, de acuerdo con la fuerza que concede la Ley de Enjuiciamiento Civil a lo convenido por las partes en los actos de conciliación, dicha avenencia puede plasmarse también en un acta rectificatoria.

c) Cuando se trata de *fincas sobrantes*.—Estas fincas tienen el destino específico de ser utilizadas en el plazo de tres años desde la firmeza del acuerdo para la subsanación de los errores que se adviertan. Transcurrido ese plazo se pueden adjudicar al municipio o a la Hermandad de Labradores correspondiente o ser subastadas con finalidades que beneficien a la generalidad de los agricultores, según el artículo 40 de la Ley de Concentración Parcelaria. En cualquiera de los casos, su inscripción en el Registro se obtiene por acta complementaria.

d) Cuando son fincas que reemplazan a parcelas de *dueños desconocidos*, el artículo 39 de la Ley faculta, en el plazo de cinco años, siguientes a la fecha del Acta de Reorganización, para que sea reconocido el dominio en favor de quien lo acredite, extendiéndose las correspondientes rectificaciones del Acta para su inscripción en el Registro. Transcurridos los cinco años se comunicará al Ministerio de Hacienda, a los efectos de la Ley de Patrimonio del Estado.

C) CONSERVACIÓN DE LA CONCENTRACIÓN PARCELARIA

La consideración de que conservar la concentración no constituye un problema grave ni urgente, alegando que la opinión común es adversa a la vuelta al minifundio y más bien tiende a liberarse de este mal, puede, en general, ser considerada válida. Pero el poso individualista y liberal manifestado en el artículo 1.061 del Código civil, que da como norma hereditaria el hacer lotes iguales para los coherederos, se ha venido llevando en España tan al pie de la letra, que en pocas generaciones se han destrozado haciendas y fincas hasta convertirlas en puros harapos. Por otro lado, debe considerarse la pereza a las formalidades documentales e inscribitorias, mantenida y fomentada por los inevitables zurupetos.

Vemos, por tanto, que se hacen precisas medidas que traten de impedir la destrucción, tanto en el aspecto agronómico como en el jurídico, de la obra de la concentración.

1. *Su visión doctrinal*

En un trabajo anterior, que dedicamos a este punto («La conservación de la concentración parcelaria y el tema de las nuevas estructuras», R. C. D. I., núm. 462, septiembre 1967), recogimos la opinión doctrinal, unánime en cuanto a la necesidad y con variaciones respecto a los medios a emplear, para conservar la concentración: BENEYTO SANCHÍS considera inadmisibles malgastar millones en la concentración para después dejar que vuelva la propiedad al estado anterior. MORENO TORRES propone, para evitar que la magna obra quede desvirtuada, mantener un servicio para el que no es preciso aumentar la burocracia, pues la solución es tan simple como establecer la inscripción constitutiva en las zonas concentradas. MARTÍNEZ DE BEDOYA criticó duramente la ausencia de normas conservativas que se advertía en la ley primitiva (aunque esta grave fisura ya se ha corregido). BALLARIN entiende que el órgano más idóneo para controlar el cumplimiento de las disposiciones ordenadoras de la propiedad rústica es el Registrador de la Propiedad.

SANZ JARQUE, en sus numerosos estudios sobre la materia, opina que el ideal de la propiedad concentrada, que debe mantenerse, estriba en el título público debidamente inscrito y concorde con el Catastro. GÓMEZ JORDANA razona que si el Estado emplea recursos y energías en sus programas de concentración parcelaria, deben adoptarse medidas para que esos esfuerzos no resulten estériles y evitar que los beneficios de la concentración queden anulados por actos de particulares. VIDAL FRANCÉS, en su tesis doctoral, propugna el establecimiento en las zonas concentradas de la inscripción constitutiva con todas sus consecuencias, habilitando un procedimiento adecuado para reanudar el tracto interrumpido. Y PIÑEL, en su ponencia en el Congreso Registral de 1961, afirmó que la concentración debía ser conservada, incluso coactivamente, contra la voluntad de los propietarios y debiendo establecerse medidas, entre las cuales está la inscripción obligatoria, constitutiva o no, pero impuesta por el Estado y con sanciones al particular que incumpla la obligación legal de inscribir.

LÓPEZ MEDEL estima que toda mutación en la vida de tráfico jurídico de las fincas resultantes de la concentración debe ser objeto de inscripción constitutiva, lamentando que la ley entonces vigente, de 1955, no lo exigiese, quizá por su carácter contrario al sistema registral común.

Después de promulgada la Ley de Concentración Parcelaria de 1962, en la que se recogió la tesis de la inscripción obligatoria, defendida por PIÑEL, pero no con carácter constitutivo, la doctrina sigue lamentando que no se haya adoptado esa medida. Así, RAFAEL BENZO, en la *Revista*

de *Derecho Notarial* de julio-diciembre de 1965, se expresa en tales términos. Y dos Letrados de Concentración: BOUZAS COSTA, en su buen deseo, llega a afirmar que el sistema actual es el que él llama inscripción constitutiva formal o adjetiva, y RICARDO GARCÍA CIDÓN aboga abiertamente por la inscripción constitutiva como medio de conservar la concentración; ambos trabajos se publicaron en el *Boletín de Información* del extinguido servicio en 1968.

2. *Derecho comparado*

En general, todos los países donde se ha realizado la mejora de la concentración parcelaria han sentido la necesidad de dictar medidas legislativas tendentes a su conservación.

Por supuesto, en abono de la tesis que nos parece la mejor, consideramos como más efectiva la legislación alemana, cuyo sistema hipotecario, a base de inscripción constitutiva, no permite la disgregación de las unidades agrarias protegidas por la función calificadora del Registrador.

En especial podemos señalar:

En Francia, el Código rural impone que toda partición de fincas concentradas requiere la autorización previa de la Comisión departamental de concentración, a cuyo parecer técnico se somete la operación. Marruecos tiene una norma análoga.

En Suiza, las explotaciones agrícolas que constituyen una unidad económica quedan sometidas a un especial régimen sucesorio, prohibiendo la subdivisión de fincas.

En Austria no se autorizan los actos que puedan destruir la ordenación dada a la propiedad rural por concentración o reagrupación de parcelas.

En Holanda no se permiten las transmisiones de fincas concentradas cuando puedan producir su troceo, dando lugar a explotaciones de inferior dimensión.

En Dinamarca se exigen requisitos especiales de superficie, forma y valor para poder dividir las fincas.

Por último, en todos los países donde existe concentración se han tomado medidas para conservar la mejora.

3. *Derecho español*

La legislación española adoleció de una gran timidez y de no pocas vacilaciones en esta materia.

La Ley de 8 de noviembre de 1962 trata, bajo el título de «Conservación de la concentración», el aspecto de la conservación desde el punto agronómico, en los artículos 72 a 76, en relación con las leyes de unidades mínimas de cultivo, procurando, sobre todo, evitar las divisiones de fincas concentradas por bajo de determinados límites puramente objetivos. Pero este sistema está en crisis, porque la técnica va superándolo y tiende a sustituir el sistema de las unidades agrarias objetivas por las unidades subjetivas, en las que prevalece el prisma de la explotación viable.

La conservación, en el aspecto jurídico, ha experimentado en la Ley de Concentración Parcelaria vigente un indudable avance con las normas contenidas en su artículo 70, que habría que considerarlo el sistema perfecto si se aplicase en la práctica; por desgracia, siempre hay resquicios e interpretaciones que dejan escapar la posibilidad de algunos incumplimientos.

Estudiaremos por separado ambos aspectos.

4. *Conservación agronómica. Unidades de cultivo y división de fincas*

Ya hemos apuntado, y es una realidad de todos conocida, que el mayor peligro que amenaza la integridad de las explotaciones agrícolas no sólo en las zonas concentradas, sino en todo el país, regido por la legislación civil común, es la tendencia a dividir la herencia por partes iguales.

En el Código existen tímidos preceptos aislados, como el 1.056, 2, cuando permite al padre prescindir de la partición *in natura* si quiere conservar indivisa una explotación agrícola; el artículo 401, que impide la división de la cosa común si resulta inservible para el uso a que se destina; el artículo 1.062, que autoriza la adjudicación a un solo heredero de la cosa indivisible, con compensación en metálico a los demás, y el artículo 1.523, que otorga el derecho de retracto de colindantes, que pueden ser un atisbo de valor inicial en defensa de la integridad agronómica de las fincas.

Pero la legislación específica está constituida por los artículos 72 a 76 de la Ley de Concentración Parcelaria, que vienen a establecer, en síntesis, el siguiente sistema:

1.º Se consideran indivisibles, en general, las fincas con extensión inferior al doble del señalado para la unidad mínima de cultivo.

2.º Nulidad total y absoluta (de conformidad con la norma del artículo 4 del Código civil) de los actos o contratos que produzcan fincas inferiores a la unidad mínima que se haya establecido.

3.º Necesidad de autorización del Instituto para realizar alteraciones en las oficinas fiscales, a consecuencia de divisiones o segregaciones que consten en documento privado. Curiosa norma, que está en franca contradicción con la inexcusabilidad de inscripción registral de los actos de trascendencia real sobre fincas concentradas que impone el artículo 70.

4.º Necesidad de aportar un croquis en las divisiones o segregaciones de fincas, que ahora estudiaremos.

5.º El I. R. Y. D. A. está legitimado activamente para pedir judicialmente, por los trámites de los incidentes, la nulidad de los actos o contratos verificados en contra de las reglas anteriores.

La Ley de 15 de julio de 1954 define la *unidad mínima de cultivo* como aquella cuya extensión sea en secano la suficiente para que las labores fundamentales, utilizando los medios normales de producción, puedan llevarse a cabo con un rendimiento satisfactorio, y en cuanto al regadío y zonas asimilables al mismo por su régimen de lluvias, el límite mínimo vendrá determinado por el que se señala como huerto familiar.

En el artículo 2 de esta Ley y en el 72 de la de Concentración Parcelaria se prescribe la indivisibilidad de las fincas que no alcancen tal medida, excepto si las porciones divididas se unen a terrenos colindantes formando nuevas fincas superiores a la unidad mínima o si la parcela segregada se destina a la edificación. En su artículo 3 se crea un derecho de adquisición en favor de los colindantes cuando se viola el principio de indivisibilidad.

El Decreto de 22 de septiembre de 1955 permitió que se autorizaran notarialmente y se inscribiesen en el Registro las segregaciones y particiones vetadas por la Ley, pero debiendo resaltarse la posibilidad de ser ejercitado el derecho adquisitivo de los colindantes. Pero la Orden Ministerial de 24 de noviembre de 1955 aclaraba que el anterior Decreto no era aplicable a las fincas concentradas, para las que regía en toda su plenitud la prohibición de dividir impuesta en la ley.

La fijación de las superficies mínimas en secano y regadío para todos los términos municipales del territorio nacional se verificó por Orden de 27 de mayo de 1958.

La *división o segregación de fincas* rústicas se rige por el siguiente sistema:

a) Fincas de reemplazo resultantes de la concentración:

— Si con dichos actos se originan fincas inferiores a la unidad mínima, ello no sería posible bajo tacha de nulidad, salvo las excepciones de edificación o incorporación a colindantes.

- Si la extensión de la finca permite la división o segregación, los Notarios, al otorgar la escritura, deben exigir la presentación de un croquis en el que se refleje la alteración proyectada, debiendo dar cuenta al I. R. Y. D. A., con remisión de dicho croquis. Para que el título otorgado tenga acceso al Registro de la Propiedad debe presentarse también acompañado de un croquis, que en este caso debe ser en papel transparente y a la misma escala del plano general obrante en el Registro y que refleje con suficiente claridad la alteración de que se trate, a juicio del Registrador, el cual lo archivará como adicional al primitivo de la zona concentrada.

b) Fincas en zonas no concentradas o que estando situadas en ellas se excluyeron de sus operaciones:

- Las divisiones o segregaciones que originen fincas de extensión inferior a la mínima podrán realizarse, aunque, según el Decreto de 22 de septiembre de 1955 citado, tanto en la escritura como en la inscripción debe constar expresamente el derecho de adquisición del colindante.
- Si no originan fincas de menos extensión, no habrá en este punto limitación alguna (2).

(2) Tanto la Ley de Unidades Mínimas de Cultivo como las disposiciones de la de Concentración Parcelaria que se referían al tema han sido igualmente derogadas por la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 13 de enero de 1973, la cual en sus artículos 43 a 48 las sustituye por un sistema uniforme en el que han desaparecido la dualidad de efectos según las fincas fuesen o no resultantes de la concentración.

Habíamos visto que el artículo 73 de la Ley de Concentración Parcelaria sancionaba con nulidad absoluta, privándolo de efectos inter partes y frente a terceros, cualquier acto de división por bajo de la unidad mínima fijada para los predios concentrados, rigiendo una tónica muy distinta respecto a los demás.

La Ley nueva es más extensa en cuanto que comprende ambos tipos de fincas, sin distinción alguna, al decir en su artículo 44 que la división o segregación de una finca rústica sólo será válida cuando no dé lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo.

Esta extensión se señalará y revisará, tanto en secano como en regadío, para las distintas zonas o comarcas de cada provincia, por Decreto del Gobierno, a propuesta del Ministerio de Agricultura, previo proyecto del Instituto vistos los informes de las Delegaciones Provinciales de Agricultura y las Cámaras Oficiales Sindicales Agrarias respectivas (art. 43).

Por el contrario, la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario sanciona las contravenciones con menor intensidad, pues no se preceptúa una nulidad rotunda, sino que se emplea una expresión más diluida diciendo que "sólo serán válidas" las divisiones o segregaciones dentro de sus límites. El artículo 73 de la Ley de Concentración ordenaba a los Tribunales, autoridades y funcionarios abstenerse de reconocer efectos a tales actos y contratos, prohibiendo a los Notarios la autorización de documentos que pudieran contener un acto divisorio ilegal; en

5. Conservación jurídica de la concentración

Si con la concentración parcelaria se obtienen unos magníficos e indudables resultados económicos, ya que se aumentan de modo notable la producción y la renta, no tiene menos importancia la ordenación jurídica, que hace posible la seguridad jurídica, las inversiones, la base crediticia y, por tanto, la capitalización.

Conseguida la titulación pública de las fincas concentradas, su inscripción registral y la concordancia con la realidad y el Catastro, no es posible concebir un abandono de tales logros por la simple consideración de que nuestro sistema jurídico tradicional es antiformalista.

Hágase un monumento al ordenamiento de Alcalá y cántese por

cambio, el artículo 47 de la nueva Ley, aplicando también a las fincas concentradas el sistema general existente en la de Unidades Mínimas de Cultivos, tras señalar que en toda inscripción de finca rústica se expresará si es de secano o de regadío su extensión superficial y que sólo puede dividirse o segregarse respetando la unidad mínima, sanciona de modo leve su incumplimiento al establecer que "la inexactitud de aquellos datos no puede favorecer a la parte que ocasionó la falsedad, ni enervará, por tanto, los derechos establecidos en la Ley, que podrán ejercitarse sin necesidad de anular la inscripción".

¿Cuáles son los derechos ejercitables a que alude el anterior precepto? El más importante es el retracto de los colindantes, que ya se establecía en la citada Ley de Unidades Mínimas de Cultivo de 15 de julio de 1954 y que se recoge y regula en el artículo 45 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario con pocas variaciones.

Del mismo modo, el artículo 46 de esta última Ley recoge el texto del artículo 4.º de la de 1954 en cuanto al modo de llevar a cabo las particiones hereditarias.

En resumen, entendemos que el sistema, después de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, se configura así:

a) No hay distinción entre fincas concentradas y no concentradas a efectos de su división o segregación.

b) Sólo es válido el fraccionamiento de una finca rústica cuando las nuevas no resulten inferiores a la unidad mínima que se fije por Decreto y que será aquella superficie suficiente para que las labores fundamentales puedan llevarse a cabo con rendimiento satisfactorio, según las características agrícolas de la comarca y utilizando los medios normales de producción.

c) El efecto principal de contravenir la indivisibilidad de la unidad mínima que se fije será que los dueños de las fincas colindantes tendrán el derecho de adquirirlas por el justo precio que será determinado judicialmente, por trámite de incidentes, para el caso de que no hubiera acuerdo entre partes.

d) Es necesario hacer constar en toda inscripción de finca rústica que sólo puede ser susceptible de división o segregación respetando la unidad mínima de cultivo.

e) Desde el punto de vista práctico, puesto que la consecuencia que más resalta en la actual regulación es la del retracto, y para evitar toda duda, parece aconsejable seguir guardando la norma, que se reflejaba en el Decreto de 22 de septiembre de 1955, de que tanto en la escritura como en la inscripción se haga constar expresamente la posibilidad de los colindantes de ejercitar su derecho de adquisición, que caducará a los cinco años de realizarse la división o segregación indebida.

siempre el principio de la autonomía de la voluntad y la libertad de forma en los negocios jurídicos. Todo eso será admisible cuando esté en juego tan sólo el interés de los contratantes; pero el sistema, que ya es inoperante en la protección del interés de un tercero particular, es por completo inadmisibles cuando el interés es público. Si se trata de evitar daños a una tan valiosa realización común, la exigencia de formalidades determinadas, aunque puedan parecer molestas, se hace imprescindible.

La *titulación pública* inicial de las fincas de reemplazo está clara en la Ley de Concentración, que exige la protocolización del Acta de Reorganización de la Propiedad (art. 57). También la presupone en los posteriores actos y contratos de trascendencia real que tengan por objeto tales fincas o los derechos constituidos sobre las mismas, pues el artículo 3 de la Ley Hipotecaria requiere la escritura pública, como regla general, para verificar la inscripción de tales actos, que la de concentración parcelaria considera inexcusable en su artículo 70.

La exigencia del título público en todas las transmisiones de fincas de reemplazo, que debiera estar más claramente expresada en la legislación, es razonable desde el momento que al tratarse de fincas, mayores y ya de valor apreciable, cae por su base el argumento de que no merece la pena ir al Notario para negociar sobre predios de escaso valor.

Pero la razón más importante en este caso de la concentración es que el Notario respeta y hará respetar siempre las disposiciones que tienden a conservarla y la prestación de su fe supone una garantía insustituible de prueba y seguridad jurídica.

Inscripción de los actos posteriores.—La Ley vigente de 1962, que supuso un enorme avance en relación a la legislación anterior, regula la materia en el artículo 70, en el cual, tras señalar de entrada que las fincas y derechos reales resultantes de la nueva ordenación serán inexcusablemente inscritos, articula el siguiente sistema:

a) Los posteriores actos y contratos de trascendencia real que tengan por objeto fincas de reemplazo o derechos reales constituidos sobre las mismas se inscribirán igualmente, de modo inexcusable, en el Registro de la Propiedad.

b) No podrán ser admitidos en los Juzgados, Tribunales y Organismos administrativos los documentos en que consten dichos actos o contratos si no hubiesen sido previamente inscritos cuando el objeto de la presentación sea el ejercicio de derechos o la defensa del titular según los mismos. Tampoco podrá realizarse alteración contributiva alguna si el documento en que conste el hecho, acto o negocio jurídico que deba producirla no ha sido previamente inscrito en el Registro de la Propiedad.

c) Deber de los Notarios que autoricen documentos referentes a actos sujetos a inscripción obligatoria de remitir las copias auténticas de un modo directo al Registrador competente para que éste proceda a practicar los asientos a que haya lugar.

A la vista de esta regulación, que pasamos a estudiar, surge la primera cuestión en cuanto a los actos posteriores sobre fincas de reemplazo:

¿La inscripción es *obligatoria o constitutiva*? En el sistema hipotecario español la inscripción es declarativa y voluntaria con carácter general; tan sólo en los supuestos conocidos de hipoteca, anotación preventiva de embargo, superficie y adquisiciones determinadas por extranjeros, la legislación exige de modo expreso que se inscriban en el Registro para su eficaz constitución. En otros casos, la inscripción obliga por disposición de la ley, sin que esto signifique que el derecho no exista por sí solo; pero si no se inscribe voluntariamente pueden venir determinadas consecuencias, como la inscripción de oficio o inadmisibilidad de ejercicio del derecho ante Tribunales u Organismos, etc.

A la vista de la Ley vigente de Concentración Parcelaria no existe duda alguna de que, por muy deseable que parezca, la inscripción de los actos y contratos referentes al dominio y derechos reales sobre fincas de reemplazo no es constitutiva. Tanto en la inscripción inicial del Acta de Reorganización como en la de los actos o contratos posteriores, la terminología legal («inexcusablemente», «de modo inexcusable») y las consecuencias de la no inscripción (inadmisibilidad, inscripción de oficio) nos llevan claramente a concluir que el sistema adoptado es el de la inscripción obligatoria, pero no constitutiva.

A lo largo de esta exposición hemos venido señalando el gran número de opiniones favorables al valor constitutivo que debe otorgarse a la inscripción en esta materia. Nuestra opinión, en el terreno puramente teórico, considera que lo deseable sería la inscripción constitutiva, pues de este modo sólo tendrían validez, sólo nacerían, las transmisiones o divisiones que el Registrador en su función calificadora encontrase ajustada a derecho, con lo que el Registro sería la institución clave para conservar, agronómica y jurídicamente, la concentración. Pero como el Derecho no puede ser una utopía, sino que debe partir de la realidad, no se nos ocultan las dificultades que es preciso vencer antes de conseguir la deseada meta. Dejemos apuntados, como tales obstáculos, el propio sistema declarativo y voluntario de la inscripción en España, el hecho de existir fincas o parajes excluidos de concentración en las zonas, el que estas últimas no coinciden con el término municipal, el a veces no abundante valor de algunas fincas aun después de concentradas y ese especial modo de ser del campesino español con su inercia contra el documento público. Posiblemente por ello, el legislador de 1962, con

sentido realista, no se decidió a imponer la inscripción constitutiva, articulando esta serie de medidas que estudiamos, que ya supusieron un gran paso hacia la meta deseable; téngase en cuenta que los incentivos consistentes en préstamos o subvenciones de ordenación rural, de gran aceptación en el agro, emplean como garantía preferible la hipotecaria y esto hará que los titulares de fincas concentradas mantengan las inscripciones por propio interés. Esperemos que la madurez no tarde demasiado y sea pronto realidad el valor constitutivo del asiento registral.

Siendo, pues, la inscripción inexcusable u obligatoria, ¿cuáles serán los efectos de su omisión?

No han faltado quienes creen que tales actos deben considerarse nulos, en virtud de lo dispuesto en el artículo 4 del Código civil. Pero esta opinión es exagerada y viene contradicha por la propia Ley de Concentración Parcelaria, que marca las consecuencias de la falta de inscripción:

1.^a Inadmisibilidad de los documentos no inscritos cuando se pretenda el ejercicio de derechos ante los Juzgados, Tribunales y Organismos. La regla 2.^a del artículo 70 de la Ley de Concentración Parcelaria es casi idéntica al artículo 313 de la Ley Hipotecaria y todos sabemos la efectividad que éste tiene en la práctica.

2.^a No poderse llevar a cabo alteraciones contributivas si el documento que las motivare no está inscrito. Nuestras noticias tampoco son muy consoladoras en este punto, pues las alteraciones en las oficinas catastrales se realizan casi siempre simplemente con los datos que reciben de las oficinas municipales, sin comprobación documental alguna.

Y en cuanto a los Impuestos de Transmisiones o Sucesiones poco se puede hacer mientras subsista vigente el artículo 41 del Reglamento, que impone la obligación de liquidar sin tener en cuenta los defectos internos o externos del documento presentado. Aquí, es preciso reconocerlo. hay un portillo lamentable, pues el agricultor, en cuanto «ha pasado por el Registro», que para él es liquidar el Impuesto, aunque sea en documento privado, y «viene la contribución a su nombre», se considera legitimado por completo en su titularidad dominical y se olvida de toda otra formalidad, que considera innecesaria y costosa.

3.^a *¿Inscripción de oficio?*—Así parece entenderlo, en cuanto a los actos posteriores, el artículo 70, 4, de la Ley de Concentración Parcelaria.

En efecto, se establece que los Notarios autorizantes remitirán en todo caso directamente las copias de los documentos al Registrador, quien procederá a practicar los asientos a que haya lugar. Girará éste los impuestos a su cargo, y si no fuere competente, practicará los asientos que procedan haciendo constar en ellos la falta de pago del Impuesto, y de-

volverá el documento al interesado para que éste proceda a su presentación en la oficina liquidadora competente en los plazos y según las reglas del artículo 105 del Reglamento del Impuesto.

Pero ¿cuáles asientos son los que en este supuesto practicará el Registrador? BUENAVENTURA CAMY entiende que está clara la posibilidad de verificar la inscripción en todo caso, sin perjuicio de que después se siga la vía de apremio si fuese necesaria para el cobro del tributo. BOUZAS COSTA entiende, por el contrario, que los artículos 254 de la Ley Hipotecaria y 176 de la Ley de Reforma Tributaria de 1964 (posterior, por tanto, a la Ley de Concentración Parcelaria) sólo permiten el asiento de presentación, pero no la inscripción propiamente dicha, sin el previo requisito del pago del Impuesto; por eso interpreta la frase legal «asientos procedentes» en el sentido restringidísimo de la presentación tan sólo.

Creemos que es preferible aceptar el primer criterio, por la consideración de que es norma especial frente a la general, cuanto más que la Hacienda no queda dañada al asegurarse la posibilidad de exacción del impuesto al inscribirse la finca en favor del deudor. Entendemos, por tanto, que se consagra una auténtica facultad de inscripción de oficio, pues en otro caso carecería de sentido la norma excepcional. Y esta opinión se confirma en el último párrafo del artículo 70 de la Ley, al disponer que la expresión registral de la falta de pago del impuesto será cancelada mediante la presentación de la correspondiente carta de pago.

Como se ve, la inscripción obligatoria, con inadmisibilidad por los Tribunales de los documentos no inscritos y hasta con inscripción de oficio, supondría un sistema eficacísimo para conservar la concentración si se cumpliera estrictamente. Sin embargo, no siempre los Tribunales, ni a veces los Notarios, cumplen estas obligaciones legales, existiendo además el grave portillo apuntado del documento privado, incontrolable por completo, que debe resolverse. Si nuestro sistema inmobiliario estuviese suficientemente «maduro», la solución sería sin ninguna duda la inscripción constitutiva.

6. *Papel del Catastro*

Ya es vieja la aspiración de conseguir la concordancia entre Registro y Catastro. En el dictamen preparatorio de la Ley de Catastro de 1906 se indicaba la conveniencia de tratarlas como instituciones hermanas. La Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1909 dice que teniendo el Catastro por base la descripción física o material de los inmuebles y constituyendo el Registro la historia jurídica de los mismos, ambas instituciones se auxilian y complementan recíprocamente. Y el preámbulo del anteproyecto de Ley Catastral de 1924 consideraba ideal la fusión de

ambos para que llegasen a ser una institución única, capaz de producir todos los efectos estadísticos, tributarios y jurídicos.

Es lógico que la concentración pensase en sus inicios que el Catastro sería un buen auxiliar en sus operaciones de investigación de la propiedad. Así, la Orden conjunta de 1954 señalaba que dicha investigación se llevaría a cabo consultando el Registro y el Catastro, aunque ya vimos que los resultados no fueron convincentes en bastantes zonas. No obstante, en otras de Catastro actualizado no cabe duda que sus planos, fotografías aéreas y documentos han facilitado grandemente el procedimiento de concentración, sobre todo en el período de investigación de la propiedad.

Una vez realizada la concentración se remiten al Catastro de Rústica y al Topográfico Parcelario copia de los planos y relación de nuevas fincas adjudicadas a los propietarios y demás complementarios que fueran precisos, con el fin de que se coordinen y guarden paralelismo con el Registro de la Propiedad.

También con carácter de inexcusabilidad, el artículo 71 de la Ley de Concentración Parcelaria establece que la nueva ordenación de la propiedad y sus sucesivas alteraciones serán reflejadas en el Catastro de Rústica, y a este órgano se impone la obligación de adaptar a la nueva situación los planos del municipio concentrado, remitiéndolos ya rectificados a los Registros de la Propiedad que correspondan.

En cuanto a la conservación de las fincas concentradas, la regla 2.^a, *in fine*, del artículo 70, atribuye una importante función al Catastro al decir que en ningún caso podrá realizarse alteración contributiva alguna si el documento en que conste el hecho, acto o negocio jurídico que deba producirla no ha sido previamente inscrito en el Registro de la Propiedad. Claro que la propia Ley de Concentración Parcelaria incurre después en una incongruencia al contemplar un supuesto de división o segregación de fincas en documento privado pareciendo darlo por válido si media autorización del I. R. Y. D. A. Tal supuesto es contradictorio por completo con las normas taxativas del artículo 70 de la Ley y no encuentra encaje dentro del sistema general de inscripción obligatoria, ya expuesto.

El Catastro, pues, puede jugar un papel importante, que debe ser decisivo, tanto en la concordancia con el Registro y la realidad como en la conservación de la concentración. Ya hemos hecho referencia y es de todos conocido el respeto mítico que el labrador concede al dato de que la contribución territorial, consecuencia del Catastro, esté a su nombre. Por eso, si las mutaciones catastrales, tal como manda la ley, fuesen siempre precedidas de la inscripción registral de los actos jurídicos que las producen, habríamos encontrado un medio enormemente

efectivo para impedir la zapa disolvente del documento privado. Sin embargo, como indican CHINCHILLA y GONZÁLEZ PÉREZ, las alteraciones contributivas se resuelven hoy de modo deficiente por la simple aportación de datos que los servicios municipales facilitan a la Hacienda, y parece ser que la realidad tiene sus fallos; de ahí su conclusión a considerar requisito esencial previo la inscripción de la titularidad dominical para que sea el propio Registro quien facilite los datos y la coordinación sea perfecta.

D) CONCORDANCIA DEL REGISTRO Y REALIDAD DESPUÉS DE LA CONCENTRACIÓN

Si la concentración parcelaria se hiciese por términos municipales íntegros, es decir, comprendiendo todo su perímetro y, además, sin hacerse exclusiones de fincas o hasta de parajes enteros, se habría conseguido en el momento de entrar en bloque la propiedad rústica en los libros de inscripciones una total concordancia entre el Registro de la Propiedad y la realidad extrarregistral.

Lo deseable sería, por supuesto, que el sistema se extendiera a todas las fincas rústicas comprendidas en el término municipal, pues puede dar lugar a confusiones el hecho de la entrada de fincas *ex novo* en el Registro, quedando otras fuera y manteniéndose vigentes, por otro lado, las inscripciones antiguas. Sin embargo, la experiencia de las zonas ya concentradas ha venido a mostrar que la transformación experimentada por las fincas no ha supuesto trastornos de gran alcance en su tráfico jurídico; al contrario, en las zonas concentradas aumentan las transmisiones y los problemas pueden solucionarse con la debida atención.

Claro que no siempre es posible todo lo deseable y debemos tener en cuenta que aquí el Derecho se ciñe a unas técnicas agronómicas que actúan con sujeción a imperativos insoslayables (topográficos y de cultivo) que no se pueden desconocer. Por eso, a veces, no hay posibilidad de incluir en las operaciones agronómicas todo el término municipal y con frecuencia se hace preciso excluir algún pago o paraje especial, lo que puede originar cuestiones de identificación.

Veamos los distintos supuestos:

1. Zona y término municipal

Desde sus primeros pasos quedó claro que las operaciones de concentración no se verían ceñidas por los límites puramente administrativos de las mojoneras municipales. La terminología legal empleó desde

el principio el concepto de zona, que en la práctica normalmente coincide con municipio, pero que muy frecuentemente es sólo parte de un término o bien se extiende por dos o más de ellos. En realidad, no hay más definición legal de zona que la de extensión comprendida en el perímetro a concentrar fijado por el Decreto declaratorio.

Efectivamente, uno de los pronunciamientos esenciales del Decreto es la determinación de dicho perímetro en principio, que puede ser modificado:

- Exceptuando las superficies pertenecientes al dominio público, así como los bienes comunales, salvo que se solicite la inclusión de éstos previa autorización de los organismos competentes.
- Excluyendo en su sentido estricto determinadas parcelas, según detallaremos.
- Ampliando el perímetro con las fincas o sectores en la periferia no comprendidos en la zona inicial con determinados requisitos, señalados en los artículos 18 y 19 de la Ley.

Es al aprobarse las bases definitivas cuando queda realmente configurada la zona, que es la superficie compuesta del conjunto de parcelas incluidas en la concentración, que serán ordenadas con arreglo a las normas legales para ser sustituidas por las correspondientes fincas de reemplazo.

2. *Fincas excluidas y reservadas*

Pueden ser excluidos de la concentración parcelaria los sectores o parcelas que, a juicio del I. R. Y. D. A., no puedan beneficiarse de ella por la importancia de las obras o mejoras incorporadas a la tierra, por la especial naturaleza o emplazamiento de ésta o por cualquier otra circunstancia. Con esta redacción, que fue introducida por el Decreto-Ley de 25 de febrero de 1960, la Ley vigente, en su artículo 17, regula la facultad de excluir, prescindiendo de la casuística y ciñéndola a un puro juicio de carácter técnico. Si vemos la cuestión con una lente simplista, se podría decir que normalmente quedan excluidas de la concentración las tierras o muy buenas o muy escasas de valor.

Claro que en seguida se echa de ver, a primer punto de vista, que aquí hay algo que puede parecer un fallo, al romperse el régimen general de la zona concentrada con esos lunares o vacíos.

Las parcelas que agrónomicamente no se benefician de la concentración y resulten excluidas podrían, en cambio, ser incluidas a los efectos de obtener el beneficio jurídico indudable de la titulación e inmatricu-

lación en el Registro. Con ello, decíamos en otra ocasión, se evitaría la dualidad en el término de fincas concentradas y excluidas, y puesto que en el período de investigación se identifican también estas últimas parcelas, sería facilísimo extender a ellas la normativa de la concentración.

No pasó inadvertida la idea a los redactores de la Orden conjunta de 1954, en la que se autorizaba, siempre que fuese posible y con la explícita finalidad de dotar de un régimen uniforme a la zona concentrada, para extender la investigación de la propiedad a la totalidad o parte de las fincas excluidas. Estas parcelas, excluidas en principio, pero investigadas, serían atribuidas al mismo propietario que las poseyera anteriormente, siéndoles de aplicación todos los preceptos relativos a los lotes de reemplazo.

En la terminología usual de la concentración han venido después a llamarse parcelas reservadas precisamente a las que se encuentran en esta situación. Por su alto valor intrínseco; por contener edificaciones, instalaciones, o por su emplazamiento cercano a zonas de próxima expansión urbana o industrial, se considera preferible dejarlas inalteradas en su configuración física, de tal modo que no actúa sobre ellas la concentración en sentido agronómico, aunque sí entran en el régimen jurídico especial que comporta la expedición del título y su inscripción como finca nueva en el Registro, al igual que las demás fincas de la zona.

Parece inexplicable que si esto se hace con algunas, no se haga con todas las parcelas excluidas. Pero la verdad es que en las exclusiones originadas precisamente por la pobreza o falta de cultivo está justificada la omisión; si las parcelas valen poco, en muchos casos casi nada, su titulación e inscripción resultarían inútiles desde el momento en que sus propietarios no tendrían interés alguno en mantener su situación registral a través de sucesivas transmisiones formales. Los collares—valga el símil—costarían más que el propio perro al que debían servir.

Aunque el sistema aceptado no sea el perfecto desde el punto de vista registral, es preciso reconocer que no se compensarían los gastos con los resultados y que no se podría mantener el tracto voluntario de fincas de ínfimo valor. Sólo a base de inscripción constitutiva y procedimientos sencillos de reanudación del tracto interrumpido podría mantenerse contra viento y marea la vida hipotecaria de estas fincas.

3. *La identificación de las fincas inscritas*

Si término municipal y zona de concentración no siempre coinciden y si, además, existen fincas no incluidas, se comprenderá fácilmente que a veces se presenten problemas de identificación después de la concentración.

Siguiendo a ISIDORO DELGADO ROLLÁN, se pueden distinguir estas situaciones:

a) Fincas ya inscritas, que se vuelven a inscribir con la concentración parcelaria, las cuales tendrán, por tanto, dos inscripciones.

b) Fincas que se inscriben por primera vez con la concentración parcelaria.

c) Fincas excluidas de concentración inscritas antes, por lo que sus inscripciones se mantienen en todo su valor.

d) Fincas no inscritas antes que no han sido afectadas por la concentración parcelaria, con lo que están totalmente fuera del Registro.

La solución que apuntaba nuestro compañero es, desde luego, la mejor y la que todos desearíamos, o sea, realizar la concentración íntegramente en todo el término municipal. Pero como hay razones que lo impiden, es preciso atender al problema planteado, que no es, ni mucho menos, insoluble.

El artículo 41 de la Ley de Concentración Parcelaria señala que los Registradores de la Propiedad, al despachar títulos o expedir certificaciones referentes a fincas rústicas situadas en términos municipales afectados, indicarán la existencia de la concentración, salvo que les conste que las fincas están excluidas de ella o que se trate ya de fincas de reemplazo resultantes de dicha concentración. Si es sólo una parte de finca la afectada por la concentración y estuviere inscrita, se expresará por nota marginal la descripción de la porción restante en cuando fuere posible, señalándose las modificaciones en la extensión y linderos; en este caso, dice la Ley, la inscripción conservará toda su eficacia en cuanto a esta porción restante.

Según esto, en la práctica se pueden solucionar las cuestiones de identificación de las fincas atendiendo a los supuestos siguientes:

Primero.—Fincas de reemplazo resultantes de la concentración e inscritas como consecuencia de la misma. Están perfectamente identificadas porque en el asiento consta su adjudicación en favor del titular y su régimen es el marcado claramente por las leyes. En sus transmisiones posteriores, teniendo en cuenta el sistema de folio por finca comprensivo de su historial, tampoco habrá nebulosa alguna.

Segundo.—Fincas excluidas de la concentración inscritas en el Registro antes o que se traten de inmatricular por los medios comunes. Constando claramente la exclusión, se despacharán sus títulos o expedirán certificaciones exactamente igual que si la concentración parcelaria no se hubiese llevado a cabo, puesto que no las afecta en ningún sentido.

Tercero.—Fincas parcialmente afectadas. En su parte incluida esta-

mos en el supuesto primero. Y en la excluida se procederá, de acuerdo con el artículo 41 de la Ley, antes expuesto, es decir, practicando una segregación o división por nota marginal, al asiento originario, que de esta forma queda perfectamente aclarado. Esta operación registral, dice también la Ley, podrá practicarse en cualquier tiempo, a costa del I. R. Y. D. A., en virtud de certificación expedida por este Organismo y a instancia del titular registral o sus causahabientes.

Con esto entendemos que se pueden abordar los problemas referentes a los asientos anteriores, teniendo en cuenta que el régimen de las fincas a estos efectos dependerá en todo caso de su identificación, que es una pura cuestión de hecho, y puede solucionarse acudiendo al organismo que realizó la concentración y conserva sus datos.

El Registrador, en los casos de duda, puede llegar al convencimiento por la certificación del I. R. Y. D. A., en el sentido que corresponda, y la verdad es que los inevitables defectos del sistema se irán corrigiendo paulatinamente, a medida que con el tráfico jurídico los nuevos títulos aclaren las situaciones de las fincas.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS
Registrador de la Propiedad

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- BALLARÍN MARCIAL, Alberto: *Derecho Agrario*, Madrid, 1965.
- BAZ IZQUIERDO, Fernando: *Aspectos jurídicos de la solicitud de concentración parcelaria*, "Boletín de Información del Servicio Nacional de Concentración Parcelaria y Ordenación Rural", núm. 13, año 1965.
- BENEYTO SANCHIS, Ramón: *Ensayo de concentración parcelaria en España*. Monografía editada por el Servicio, año 1956.
- BENZO MAESTRE, Rafael: *Aspectos más interesantes de la concentración parcelaria*, "Revista de Derecho Notarial", julio-diciembre 1965.
- BOUZAS COSTA, Manuel: *Los principios hipotecarios en la Ley de Concentración Parcelaria*, "Boletín de Información del Servicio", núm. 29, año 1969.
- CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, Buenaventura: *Comentarios a la legislación hipotecaria*, volumen IV, Pamplona, 1971.
- CORRAL DUEÑAS, Francisco: *La conservación de la concentración parcelaria y el tema de las nuevas estructuras*, "R. C. D. I.", núm. 462, septiembre-octubre 1967.
- *Los incentivos de la Ordenación Rural para la reforma de estructuras*, "Boletín de Información del Servicio", núm. 32, año 1969.
- *La subrogación real en la concentración parcelaria*, "Boletín de Información del I. R. Y. D. A.", núm. 3, abril-junio 1972.
- CHICO, José M.^a; FERNÁNDEZ CABALEIRO, Eugenio, y AGERO, Vicente: *Manual del Registro de la Propiedad*, Madrid, 1966.
- CHINCHILLA, Rafael, y GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *Concordancia entre Registro y Catastro*. Ponencia del Congreso de Derecho Registral, editado por el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, año 1965.

- DELGADO ROLLÁN, Isidoro: *Concentración Parcelaria: Problemas*, "R. C. D. I.", números 346-347, año 1957.
- GARCÍA CIDÓN, Ricardo: *Problemas registrales de las inscripciones de las nuevas fincas resultantes de la concentración parcelaria*, "Boletín de Información del Servicio", núm. 25, año 1968.
- GARCÍA DE OTEYZA, Luis: *Concentración Parcelaria y Ordenación Rural*, en la monografía núm. 8 del Servicio.
- GARRIDO EGIDO, Leovigildo: *Concentración Parcelaria y Ordenación Rural*. Monografía núm. 8 del Servicio.
- GÓMEZ GÓMEZ-JORDANA, Francisco: *Problemas jurídicos de la concentración parcelaria*. Monografía núm. 3 del Servicio, año 1963.
- LÓPEZ MEDEL, Jesús: *La concentración parcelaria como empresa política*. Editado por el Servicio.
- *Teoría del Registro de la Propiedad como servicio público*. Tesis doctoral.
- *Modernas orientaciones del Registro de la Propiedad*. Editadas por el Colegio Nacional de Registradores.
- LEAL GARCÍA, Alejo: *La legislación agraria de los cinco últimos lustros*, "Revista de Estudios Agro-Sociales", núm. 50, año 1965.
- MARTÍNEZ DE BEDOYA, Ignacio: *Algo sobre las medidas conservatorias de la concentración parcelaria*, "R. E. A. S.", núm. 13, diciembre 1955.
- MORENO TORRES, Manuel: *La concentración parcelaria y el Registro de la Propiedad*, "R. E. A. S.", núm. 16, julio-septiembre 1956.
- PIÑEL MIGUEL, Marcelino: *La concentración parcelaria y el Registro de la Propiedad*. Ponencia en el I Congreso de Derecho Registral, editada por el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, año 1965.
- ROCA SASTRE, Ramón María: *Derecho Hipotecario*, Barcelona, 1948.
- SANZ JARQUE, Juan José: *Régimen de concentración parcelaria*, año 1959.
- *La Concentración Parcelaria y la Ordenación Rural como partes especiales del Derecho Agrario* (libro en preparación).
- "Concentración Parcelaria, Derecho y Catastro". Conferencia en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, año 1962.
- *Legislación y Procedimiento de Concentración Parcelaria*. Monografía número 5 del Servicio.
- SERVICIO NACIONAL DE CONCENTRACIÓN PARCELARIA Y ORDENACIÓN RURAL: *A los diez años de su creación*, años 1953-1963.
- VIDAL FRANCÉS, Pablo: *El elemento objetivo de la concentración parcelaria*, "R. E. A. S.", núm. 23, abril-junio 1958.
- *La concentración parcelaria en el régimen jurídico español*. Tesis doctoral publicada en la "R. E. A. S."

El sistema legal de Chile (*)

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Descripción del sistema legal chileno:* A. Mera tenencia, posesión y propiedad. B. Aplicación de la teoría del título y del modo de adquirir. C. Funciones múltiples de la inscripción: C.1. Tradición mediante inscripción del título. C.2. La inscripción es requisito, prueba y garantía de la posesión de los inmuebles. C.3. La inscripción como justo título que habilita para adquirir por prescripción. C.4. La inscripción como medio de publicidad y de mantener la historia de la propiedad raíz. C.5. La inscripción como solemnidad de ciertos actos jurídicos.—CH. La inscripción no es prueba del dominio. D. Las inscripciones paralelas. E. Las llamadas "inscripciones de papel". F. La prescripción adquisitiva o usucapión, único medio de probar el dominio. G. La inscripción es constitutiva en cuanto a su función y declarativa en cuanto a sus efectos. H. El conservador de bienes raíces y sus principales funciones. I. Fuentes normativas del Derecho registral inmobiliario chileno.—III. *Juicio crítico.*—IV. *Conclusiones.*—V. *Anexos:* Anexo 1, Mensaje del Ejecutivo al Congreso proponiendo la aprobación del Código civil, 22 noviembre 1855. Anexo 2, Disposiciones legales fundamentales en las cuales descansa el sistema legal común chileno. Anexo 3, Algunas citas jurisprudenciales de interés. Anexo 4, Ensayo de Bibliografía Nacional sobre Derecho Registral Inmobiliario.

I. INTRODUCCION

Una feliz iniciativa de la Dirección General del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal, República Argentina, en estrecha colaboración con el Instituto de Derecho Registral de la Universidad Notarial Argentina, ha permitido la realización del *Primer Congreso Internacional de Derecho Registral* en la ciudad de Buenos Aires, a partir del 27 de noviembre de 1972. Requerido por sus organizadores para presentar un trabajo relacionado con el sistema legal de mi país, lo hago gustoso en la mejor forma que me es posible.

Mi contribución es, necesariamente, muy modesta. Se limita a exponer, en forma simple y en lo posible clara, un determinado sistema

(*) Ponencia presentada al Primer Congreso Internacional de Derecho Registral celebrado en Buenos Aires del 27 de noviembre al 2 de diciembre de 1972.

legal sobre la materia objeto del Congreso, agregando a dicha exposición un juicio crítico breve, lo más objetivo posible y que, en cierta medida, pudiera ser compartido en buena parte por los estudiosos de mi país. A fin de subsanar dudas o vacíos que pudieran quedar se añaden unos anexos informativos que me han parecido de interés.

Por adelantado, que el sistema legal en referencia no es moderno, ni hoy podría estimarse ideal o recomendable, ni ha logrado en el hecho satisfacer las necesidades jurídicas, sociales, económicas y aun políticas, como corresponde a la aspiración natural de todo sistema registral inmobiliario, cualquiera que sea la nación en que deba aplicarse.

Lamentablemente, se observa una frustración al cabo de los años, aun cumplidos los cien de vigencia. Como también se frustró el pronóstico del sabio don ANDRÉS BELLO, expresado en el *Mensaje*, cuando al ponderar este sistema, basado en el folio personal, la posesión inscrita y la seguridad extramuros por vía de usucapición decía: «La posesión de los bienes raíces, manifiesta, indisputable, caminando aceleradamente a una época en que inscripción, posesión y propiedad serían términos idénticos» (Mensaje del Ejecutivo al Congreso Nacional proponiendo la aprobación del Código civil, Santiago de Chile, 22 de noviembre de 1855) (1).

Si algún mérito quisiera bondadosamente atribuirse a este trabajo, ello podría buscarse, por una parte, en el esfuerzo de síntesis que requiere y, por la otra, en un cierto espíritu científico, que importa admitir abiertamente defectos o imperfecciones concernientes al sistema legal de su propio país, sobre todo si esto se hace a escala internacional. Aclaro, con todo, que sólo con la intención de promover y estimular las *reformas del sistema legal* en el menor tiempo posible, lo cual me parece en todo caso positivo.

II. DESCRIPCION DEL SISTEMA LEGAL CHILENO

A fin de cumplir con el propósito señalado al empezar, esto es, de exponer en forma simple y clara el sistema legal chileno en materia registral inmobiliaria, se irán presentando sucesivamente algunas nociones, clasificaciones, efectos, distinciones, posiciones polémicas, titulaciones legales de excepción al régimen común, etc., persiguiendo precisamente la presentación de un cuadro general.

(1) Por mi parte estoy convencido de que el propio BELLO hoy reconocería sin reservas el resultado lamentablemente adverso, y, lo que es más importante, ya se habría puesto a estudiar la reforma, lográndola en definitiva.

A. MERA TENENCIA, POSESIÓN Y PROPIEDAD

Se trata de tres niveles de contactos del hombre con las cosas, cada uno definido por el Código civil chileno. Por ser nociones básicas, y a fin de no caer en confusiones, se reproducirán las respectivas definiciones legales (2).

Mera tenencia.—«Art. 714. Se llama mera tenencia la que se ejerce sobre una cosa no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño. El acreedor prendario, el secuestre, el usufructuario, el usuario, el que tiene el derecho de habitación, son meros tenedores de la cosa empeñada, secuestrada, o cuyo usufructo, uso o habitación les pertenece.

Lo dicho se aplica generalmente a todo el que tiene una cosa reconociendo dominio ajeno.»

Poseción.—«Art. 700. La posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él.

El poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifica serlo.»

Propiedad.—«Art. 582. El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno.»

B. APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL TÍTULO Y DEL MODO DE ADQUIRIR

Es evidente que en el sistema chileno se aplica la teoría románica que distingue título o causa *adquirendi* y modo de adquirir, ambos íntimamente ligados entre sí. Reafirmando esta idea, BELLO nos dice en el *Mensaje*: «Mientras la inscripción no se verifica, un contrato puede ser perfecto, puede producir obligaciones y derechos entre las partes, pero no transfiere el dominio, no transfiere ningún derecho real ni tiene respecto de terceros existencia alguna.»

C. FUNCIONES MÚLTIPLES DE LA INSCRIPCIÓN

La inscripción es capaz de cumplir múltiples funciones, sea simultáneamente en una misma hipótesis, sea alternativamente según el caso. Se indicarán esas funciones y se podrá apreciar, al propio tiempo, que esa variedad de funciones fijan a su vez diversidad de naturaleza jurídica.

(2) Obsérvese de paso la tendencia del Código civil chileno a dar definiciones; prueba de su clasicismo. Las tres materias citadas resultan definidas por el Código. Sabemos que la técnica moderna de los Códigos es precisamente la contraria: no definir.

C.1. *Tradición mediante inscripción del título*

El artículo 686 del Código civil nos precisa que «se efectuará la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en el Registro del Conservador». En el inciso segundo de la misma disposición se agregan los demás derechos reales como afectos a la tradición mediante inscripción, exceptuándose solamente las servidumbres y según la doctrina del derecho real de herencia.

BELLO es insistente y en el *Mensaje* nos expresa: «La transferencia y transmisión del dominio, la constitución de todo derecho real, exceptuadas, como he dicho, las servidumbres, exige una tradición, y la única forma de tradición que para estos actos corresponde es la inscripción en el Registro Conservatorio.»

C.2. *La inscripción es requisito, prueba y garantía de la posesión de los inmuebles (3)*

Aquí nos enfrentamos a una cuestión fundamental del sistema legal chileno: gira en torno a la *posesión* y no al dominio.

Consecuente con ello es que la materia completa suele rotularse bajo el nombre de *Teoría de la posesión inscrita*, que justamente lo llevan innumerables trabajos nacionales sobre el tema.

Agreguemos algo más: la inscripción no prueba el dominio y éste tiene una sola forma de probarse en Chile, que es por la *prescripción adquisitiva o usucapión*; vale decir, por otro modo de adquirirse el dominio, diverso de la tradición. En otras palabras, se excluye el modo común y se acude al modo excepcional y destinado a consolidar situaciones inciertas, requiriéndose para ello, naturalmente, un desplazamiento considerable en el tiempo. Esta viene a ser, en definitiva, lamentablemente, la verdadera seguridad jurídica del sistema.

Esta posesión de los inmuebles se adquiere por la inscripción, se prueba en general mediante dicha inscripción y ésta sirve, por último, de garantía, generalmente frente al usurpador, sea que éste cuente a su favor con otra inscripción o que carezca de ella.

(3) Únicamente con el objeto de poner en evidencia que en el sistema legal chileno todo ha sido discutido y polemizado, cualesquiera que sean la clase y el grosor de la materia, citaré justamente un trabajo de HUMBERTO ALVAREZ GONZÁLEZ destinado exclusivamente a contradecir la tesis afirmativa del epígrafe, por lo que su monografía se llamó todo lo contrario: "La inscripción no es requisito, garantía ni prueba de la posesión de los bienes raíces". Memoria de prueba. Santiago de Chile, 1926. No llegó a prosperar su posición, pero seguidores tuvo y al menos planteó la duda en algunas, incluso con derivaciones judiciales.

a) La inscripción *es requisito* para adquirir la posesión, en virtud del artículo 724 del Código civil. Dicha disposición establece que «si la cosa es de aquellas cuya tradición deba hacerse por inscripción en el Registro del Conservador, nadie podrá adquirir la posesión de ella sino por este medio».

Superada una doctrina que se ha dado en llamar de la *inscripción-ficción*, formulada originariamente por el profesor HUMBERTO TRUCCO F. (4), y según la cual basta la inscripción para cubrir los dos elementos de la posesión (*corpus* y *animus*, del art. 700), lo cierto es que ha primado, en definitiva, la buena doctrina, que nos aclara que la inscripción es adquisitiva de posesión en cuanto solemniza y reitera la tenencia con ánimo de señor y dueño. De este modo, de faltar la tenencia material en favor del titular de la inscripción, no hay posesión. En esta forma, la inscripción es coincidente con la realidad y es reafirmatoria de cierta garantía del sistema.

b) Otro de los atributos de la inscripción es el de servir de *garantía* de la posesión, en cuanto confiere al titular el beneficio de conservar su posesión si un tercero se apodera de la cosa, pues en tal caso éste «no adquiere la posesión de ella ni pone fin a la posesión existente».

Si aquel que empieza a conocer el sistema legal chileno tomara a la letra este atributo de la inscripción de ser garantía de la posesión y, a la vez, no considerara la relatividad que aquí tiene la noción de «garantía», caería fatalmente en un grave error.

Expresándolo en la forma más simple, lo cierto es que dadas las circunstancias de que las disposiciones que abordan el atributo de la garantía distinguen entre inmuebles inscritos y no inscritos, entre usurpador que enajena a su propio nombre porque se da por dueño y usurpador que lo hace a nombre del dueño, entre posesión violenta y clandestina y posesión que no lo es, entre nueva inscripción que es «competente inscripción» e inscripción que no lo es, dándose en cada una de estas prolijas distinciones soluciones diferentes o de variante y que, finalmente, se admite la prescripción adquisitiva de bienes raíces contra título inscrito; consideradas esas circunstancias, repito, la simple aseveración de que la inscripción es GARANTÍA de la posesión resulta dudosa y hasta temeraria. Y es entonces cuando el sistema toca fondo, precisamente desde el punto de vista de la seguridad registral (5).

(4) TRUCCO fue Profesor Ordinario de Derecho Procesal en la Universidad de Chile y a la vez Presidente de la Corte Suprema en designaciones sucesivas, sin solución de continuidad, en forma que su período en el cargo es el más largo que ha existido. Fue de talento extraordinario.

(5) Las disposiciones que hacen las distinciones señaladas en el texto, dando lugar a soluciones legales de alternativa o de variante—y a su vez a discusiones judiciales que ya se prolongan por más de cien años—, son fundamen-

c) La inscripción es también *prueba* de la posesión. Norman la materia dos disposiciones: los *artículos* 924 y 925 del Código civil. Fundamentalmente, el primero se refiere a la hipótesis de inmueble inscrito y siempre que la inscripción respectiva tenga más de un año, y el segundo, al caso de los inmuebles no inscritos.

Pasando por alto detalles y modalidades o variantes interpretativas que se observan en el decurso de más de cien años de aplicación de las citadas disposiciones, lo cierto es que a la afirmación de lo que es fundamental, conforme acaba de expresarse, se agrega lo siguiente: el *artículo* 925 del Código civil se aplica no solamente cuando se intenta probar la posesión de los inmuebles *no inscritos* o cuya inscripción tenga menos de un año, sino que aun en el caso de los inmuebles inscritos —por extensión— si la respectiva posesión no resulta suficientemente acreditada por la inscripción.

Por otra parte, descartándose cierta interpretación que alguna vez se dio, pero que no llegó a prosperar sólidamente. La verdad es que, en definitiva, se ha llegado a la afirmación, admitida por la gran mayoría, de que la inscripción de la posesión tiene el mérito de una presunción simplemente legal para probar la posesión de los inmuebles inscritos, presunción que, por lo mismo, admite prueba en contrario.

C.3. *La inscripción como justo título que habilita para adquirir por prescripción*

Si el sistema legal, en general, no confiere dominio seguro al adquirente que inscribe; si la posesión que se inscribe puede ser regular o bien irregular, según los casos, y con efectos jurídicos diferentes; si el adquirente no puede atribuirse mayores derechos de los que tenía el tradente al tiempo de la tradición, y si el sistema mismo no define situaciones ni conflictos en el momento inicial de la inscripción, fácil es comprender que se haya dado a la inscripción una función más: la de servir de justo título para llegar a ser dueño por vía de *prescripción adquisitiva*.

No se adquiere al tiempo de la inscripción, tampoco se toma decisión que resuelva un conflicto posible; pero pidiéndose ayuda al tiempo se da una solución diferida para cuando se cumpla la prescripción adquisitiva. Mientras tanto: espera, incertidumbre, posible controversia judicial, defraudación de la buena fe del adquirente, etc.

Eso explica el *artículo* 683 del Código civil: «La tradición da al adquirente, en los casos y del modo que las leyes señalan, el derecho de

talmente las siguientes: 683, 702, 703, 704, 724, 728, 730, 2.505 y 2.510, todas del Código civil.

ganar por la prescripción el dominio de que el tradente carecía, aunque el tradente no haya tenido ese derecho.»

C.4. *La inscripción como medio de publicidad y de mantener la historia de la propiedad raíz*

Nos encontramos con dos situaciones en las cuales la inscripción es ajena al problema de la posesión, pues no se adquiere ésta en virtud de la inscripción, como es igualmente ajena al modo de adquirir el dominio denominado tradición.

A) Uno de esos casos es el de la inscripción que deben hacer los herederos, que han adquirido por el modo *sucesión por causa de muerte*, pero que deben inscribir en el Registro del Conservador para dar la debida publicidad a su adquisición y a fin de mantener la historia de la propiedad raíz. Por eso es que el *artículo 688* del Código civil obliga a los herederos a inscribir so pena de no poder disponer de los inmuebles que les hubiere correspondido en herencia.

B) El otro caso es el de la sentencia judicial ejecutoriada que al término de una controversia sobre el dominio de un bien raíz declara la *prescripción adquisitiva* en favor de uno de los litigantes. Se inscribe la sentencia para dar cumplimiento a los mismos objetivos recién expresados, a la vez que se le hace producir efectos frente a terceros. La disposición que ordena la inscripción es el *artículo 689*.

C.5. *La inscripción como solemnidad de ciertos actos jurídicos*

Siempre al margen de las funciones principales atribuidas a la inscripción, nos encontramos con la posibilidad de que aquélla sea *solemnidad* de ciertos actos jurídicos, en virtud de disposiciones expresas, y sin descartar que en algunos de esos casos dicha inscripción, además, cumpla la función de tradición del derecho real respectivo, repitiéndose una vez más la teoría del título y del modo.

Se citan los siguientes casos de *inscripción-solemnidad*:

- a) Donaciones irrevocables (art. 1.400).
- b) Requisito de validez de las hipotecas (art. 2.410).
- c) Requisito de validez de los censos (art. 2.027).
- d) Requisito de validez para la constitución de un usufructo por acto entre vivos sobre inmuebles (art. 767).
- e) Constitución del derecho de habitación (art. 812).
- f) Constitución de la propiedad fiduciaria (art. 735).

En los tres primeros casos citados habría, a juicio de buena parte de la doctrina, además, tradición del derecho real respectivo. Esto es, el de dominio, el de hipoteca y el de censo, respectivamente.

CH. LA INSCRIPCIÓN NO ES PRUEBA DEL DOMINIO

Ya se ha dicho que nuestro sistema gira en torno a la *POSESION*, como que se estudia—repito una vez más—bajo el nombre de «Teoría de la posesión inscrita». Igualmente está expresado en varios pasajes de este trabajo que la inscripción no prueba el dominio. Es preciso, sin embargo, insistir en ello agregando algo bajo un epígrafe especial.

La conclusión de no ser la inscripción PRUEBA DEL DOMINIO emerge no sólo de disposiciones legales, sino que aun del *Mensaje* redactado por BELLO.

Allí manifestó dos cosas en relación con este punto.

En primer lugar, no quiso—o no se atrevió—«obligar» a todos los titulares del dominio u otros derechos reales a que inscribieran perentoriamente dentro de plazos determinados, por lo que la inscripción no es propiamente «obligatoria». Se crean factores que impulsan a inscribir, pero no se «obliga» a inscribir.

BELLO, luego de admitir que algunas legislaciones contemplan la inscripción como garantía de la propiedad, formula su reparo en los siguientes términos: «Mas para ir tan lejos hubiera sido necesario obligar a todo propietario, a todo usufructuario, a todo usuario de bienes raíces, a inscribirse...»

En seguida BELLO añade que para establecer la «obligación» habría sido preciso abrir un procedimiento destinado a justificar previamente la realidad y el valor del título respectivo. Hacía alusión, por supuesto, al principio registral de la *legalidad*, que de aplicarse habría exigido una efectiva calificación registral por parte del Conservador o de quien fuera en este período inicial de Registro aún en blanco y primeras inscripciones por practicarse. La «obligación», pues, según BELLO, llevaría aparejado un proceso a instancia del interesado, «justificando previamente la realidad y valor de los títulos, y claro está que no era posible obtener este resultado sino por medio de providencias compulsivas, que producirían multiplicados y embarazosos procedimientos judiciales y muchas veces juicios contradictorios, costosos y de larga duración».

Una deducción aflora al instante: si la inscripción registral no es prueba del dominio, el sistema tiene una deficiencia básica por no cumplir con el imperativo de seguridad jurídica.

Sentado que la inscripción no es prueba del dominio, la misión del

Registro como instrumento de seguridad jurídica ha sido sustituida por un mecanismo de consolidación de situaciones jurídicas adquiridas, como lo es la prescripción adquisitiva, culminación de un largo y engorroso proceso y que, a su vez, constituye el único medio de probar en Chile el dominio sobre un bien raíz.

D. LAS INSCRIPCIONES PARALELAS

Es frecuente el caso de un mismo predio que se encuentra inscrito separadamente a nombre de dos titulares que no son comuneros entre sí. La situación es posible en atención a varios factores. En general, contribuyen poderosamente a la doble inscripción posesoria: el sistema de folio personal; la subsistencia del régimen de inmuebles no inscritos y que llegan al Registro por un procedimiento simplísimo de publicaciones en los periódicos y fijación de carteles, ignorándolo el antiguo poseedor inscrito; la inscripción de un Departamento completo (división geográfica del país) por parte del Estado seguida de donaciones de partes, títulos que se han inscrito sin el menor inconveniente (6), y, sobre todo, por la transgresión sistemática al principio de la legalidad, ya que falta, como se ha dicho, una efectiva calificación registral por parte de la autoridad encargada del Registro.

E. LAS LLAMADAS «INSCRIPCIONES DE PAPEL»

Si prácticamente está ausente el principio registral de la legalidad, y por ese camino se llega fácilmente a la doble inscripción, nada podría extrañarnos que avanzando otro poco nos encontráramos con las llamadas «*inscripciones de papel*», planteadas derechamente y defendiendo su valor por HUMBERTO TRUCCO en su artículo publicado en 1909 (7).

Se han definido estas inscripciones como aquellas que se refieren a bienes raíces que en el hecho jamás se han poseído. No constituyen, pues, más que una simple anotación en el Registro del Conservador, que no corresponde a una realidad posesoria. Como inscripciones son vacías, huecas, nada simbolizan, nada envuelven; por lo mismo, son de papel.

(6) Sucedió en el Departamento de Arica la inscripción de todo un territorio geográfico, años 1914 y 1935, dándose lugar a muchos pleitos promovidos por los poseedores inscritos anteriores.

(7) *Teoría de la posesión inscrita dentro del Código civil*, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo VII, Santiago de Chile, 1909. (Tesis contradicha en la misma publicación por TOMÁS RAMÍREZ FRÍAS, bajo el rótulo "Carta al señor Trucco.")

Es como la «inscripción» del nacimiento de una persona que no existe ni ha existido; carece de sustancia y valor, es írrita.

Luego de largas controversias—aun judiciales—se llegó a precisar que si el inmueble respectivo aún no había ingresado al régimen de la posesión inscrita y era, por tanto, *no inscrito*, la «inscripción de papel» no era capaz de poner término a la posesión de hecho que sobre el mismo inmueble venía ejerciéndose, y por lo mismo dicha inscripción carecía de valor legal.

Los Tribunales, por su parte, han amparado la posesión no inscrita que se ha ejercido sin interrupción ni desapoderamiento, declarando que la simple inscripción de títulos traslativos de dominio, no acompañada de la aprensión material del inmueble respectivo, no confiere posesión al titular de la inscripción ni hace perder su posesión al antiguo poseedor. En suma, una inscripción originaria no tiene valor contra la posesión no inscrita si no va acompañada de la tenencia real del inmueble a que se refiere (8).

Tratándose de inmuebles *que ya han ingresado al régimen* de la inscripción conservatoria, la solución tiende, igualmente, a la exigencia de una nueva inscripción que vaya acompañada de una tenencia real y efectiva con ánimo de señor y dueño, en otras palabras, que tampoco sea de papel. Por consiguiente, si coexisten dos inscripciones del mismo inmueble a nombre de titulares diferentes, conservará la posesión aquel que primero la obtuvo mediante inscripción y tenencia material con ánimo de señor y dueño, y la perderá cuando el segundo poseedor inscrito adquiera esa tenencia desplazando al anterior.

Definido el problema de las posesiones conflictivas, ¿queda resuelto el problema del dominio? No, es aparte. Se definirá acudiéndose a otro modo de adquirir, la *prescripción adquisitiva o usucapión*, y para ello uno de los elementos o factores será precisamente el de la posesión, y a su vez se distinguirán clases de posesión (regular o irregular) y entrará a aplicarse la accesión de posesiones (art. 717), esto es, añadiéndose la del antecesor y la de «una serie no interrumpida de antecesores», si bien «con sus calidades y vicios».

En suma, con motivo de las «inscripciones de papel» estamos frente a un incordio más del sistema en descripción.

(8) Corte Suprema, 22 septiembre 1916: *Orrego con Municipalidad de Valparaíso*, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", Sección 1.ª, pág. 229, Santiago de Chile.

F. LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA O USUCAPIÓN, ÚNICO MEDIO
DE PROBAR EL DOMINIO

La prescripción adquisitiva o usucapición puede ser *SEGUN REGISTRO* o bien *CONTRA REGISTRO*, en ambos casos favoreciéndose a un titular inscrito. Pero mientras en el primer supuesto se logra la prescripción frente a un poseedor material no inscrito, en el segundo se obtiene frente a otro titular inscrito, sin que pueda extrañarnos la doble inscripción, como ya se ha reiterado.

A) *Prescripción según Registro*.—Se permite en este caso que la adquisición del derecho real favorezca a un titular inscrito frente a un mero tenedor material que no tiene esa posibilidad. Como puede observarse, la inscripción, que en un principio no permitió el dominio del titular, le sirve, sin embargo, de justo título para prescribir. Aquí se demuestra, una vez más, la ventaja de inscribir y el estímulo de la ley para que se alcance al Registro; al poseedor inscrito se le confiere una condición superior en relación con el no inscrito y en un momento dado se le concreta su ventaja. Lo que no quiere decir, como ya se dijo, que la inscripción se haya establecido en forma «obligatoria».

B) *Prescripción contra Registro o prescripción contra título inscrito*. El solo enunciado del epígrafe está dando a conocer una de las características más destacadas del sistema: su inseguridad. La posibilidad de prescribir «contra título inscrito» está dada por el contexto de reglas legales, pero la reafirmación específica la encontramos en el artículo 2.505 del Código civil: «Contra título inscrito no tendrá lugar la prescripción adquisitiva del dominio de bienes raíces inscritos o de derechos reales constituidos en éstos, sino en virtud de otro título inscrito, ni empezará a correr sino desde la inscripción del segundo» (9).

Si tuviéramos que señalar los diez artículos del Código civil relativos a la materia registral inmobiliaria que más polémica han levantado, el citado 2.505 sería, indudablemente, uno de ellos. Este trabajo no tiene, sin embargo, más propósito que el de exponer en forma simple y clara el sistema, por lo que me limitaré a enunciar los puntos conflictivos a que ha dado lugar.

(9) En una misma disposición se advierten dos veces la forma de expresar la proposición castellana por medio de la negación, obteniéndose en el hecho la idea afirmativa, una vez que se hayan descartado la o las hipótesis expresamente negadas. Es la forma francesa de redactar que se observa en no menos de 200 casos dentro del Código, constituyendo, por tanto, una verdadera constante. Innumerables juristas chilenos, tanto verbalmente como por escrito, han cultivado sistemáticamente esta forma francesa. ¡Qué decir de aquellos que se aprendían el Código civil de memoria como manera de saber más Derecho civil!

A) Sobre la base de las disposiciones que confieren a la inscripción el atributo de ser GARANTIA de la posesión (arts. 728 y 730) y debiendo darse a la expresión «*competente inscripción*» (art. 730) su verdadero sentido y alcance, se ha llegado a polemizar acerca de qué «inscripción competente» es idónea para prescribir contra título anteriormente inscrito. Unos dicen que basta la inscripción que se practica conforme a las reglas sobre la manera de hacerse las inscripciones formalmente y que están dispuestas tanto en el Código civil como en el Reglamento respectivo.

B) Se ha discutido, además, sobre el carácter de la prescripción adquisitiva, a que se refiere el artículo 2.505. ¿Es sólo la prescripción adquisitiva *ordinaria* (máximo de requisitos y plazo más breve) o es tanto *la ordinaria como la extraordinaria* (menores exigencias en los requisitos y plazo más largo)? La *jurisprudencia* se ha inclinado mayoritariamente en favor de la tesis que la disposición tiene aplicación para alcanzar una y otra forma de prescripción adquisitiva, tanto la ordinaria como la extraordinaria.

C) Si el segundo título inscrito que se invoca para vencer a uno anterior debe ir o no acompañado de la tenencia material con ánimo de señor y dueño, con lo cual volvemos al problema de las «inscripciones de papel». Se ha resuelto reiteradamente que una simple «inscripción de papel» no tiene el mérito suficiente para la adquisición del dominio por prescripción.

G. LA INSCRIPCIÓN ES CONSTITUTIVA, EN CUANTO A SU FUNCIÓN,
Y DECLARATIVA, EN CUANTO A SUS EFECTOS

Algunas afirmaciones que se han hecho sobre la naturaleza de la inscripción, tanto en Chile como en otros países, conducen a la necesaria aclaración, adelantando que la solución, a mi juicio, está en lo señalado en el epígrafe, esto es, el carácter constitutivo está sólo en la *función* que le ha conferido la ley a la inscripción, y únicamente en algunos casos, no en todos, mientras que en medida importante, relacionado con los *efectos* sustantivos y procesales, esa inscripción es declarativa, y aún agregaría, de modalidades especiales.

En Chile, RAFAEL MERY BERRISO, en su *Memoria de prueba* (10), hace la siguiente afirmación, que, a mi juicio, requiere examen detenido: «En nuestro Derecho, la inscripción tiene, por regla general, valor constitutivo.» Y anteriormente nos había dicho que «este carácter constitu-

(10) *Derecho Hipotecario*, pág. 264. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1958.

tivo se encuentra claramente determinado en el Mensaje del Ejecutivo al Congreso proponiendo la aprobación del Código civil», precisamente en aquel pasaje que hace la distinción entre el contrato y sus efectos personales y la inscripción, que es forma única de hacer la tradición» (11).

En Argentina, el profesor JOSÉ LUIS PÉREZ LASALA hace, por su parte, una aseveración con carácter ciertamente absoluto al expresarse así: «La inscripción, pues, viene a ser un elemento constitutivo del derecho real.» La frase es a la vez el término del párrafo 493, que tiene por nombre «Función de la inscripción en las enajenaciones inmobiliarias», lo que no deja de ser decisivo. Aclarado que el párrafo pertenece al capítulo de su obra dedicado a Chile (12).

Las notas sobre el sistema chileno contenidas en los epígrafes anteriores a éste anticipan y facilitan en buena parte la explicación que en seguida se dará para precisar lo que hay de cierto en esto y que requiere distinguir entre «*función*» y «*efectos*».

Por tanto, la inscripción del título con carácter de tradición del dominio y otros derechos reales, según lo dispone claramente el artículo 686, como ya se dijo todo ello al empezar este trabajo, conduce directamente a la constitución del derecho real respectivo, y a la inscripción se le confiere, por lo mismo, *carácter constitutivo en cuanto a su función*. (Por aclarado que esta inscripción constitutiva no produce efecto alguno por sí sola, por lo que debe descartarse que nos encontremos frente a una inscripción sustantiva; por el contrario, en su papel de tradición, requiere de un título traslaticio por disposición expresa del inciso primero del artículo 675, y que éste «sea válido respecto de la persona a quien se confiere», según lo establece el inciso segundo de la misma disposición y lo reiteran los artículos 677 y 678, que se adentran en el error en cuanto al título como razón de invalidez, sin contar que la tradición misma ha de contar con requisitos propios de validez en atención a los artículos 670 a 678.)

La inscripción constitutiva, con todo y para ser tal, no sólo presuponé su juego copulativo con el contrato, a fin de alcanzar la generación del derecho real, sino que, aún más, debe representar efectivamente una *protección*, de manera que se garantice tanto la existencia del derecho inscrito como lo relativo a su titularidad. Resultado de ello es que la inscripción constituirá una *presunción iuris et de jure* de dominio en favor del titular inscrito, que adquirió su derecho de quien figuraba en

(11) El «Mensaje» se reproduce íntegramente en el anexo respectivo, en lo que se refiere a Derecho Registral Inmobiliario.

(12) *Derecho Inmobiliario Registral*, págs. 602 y 603. Depelma. Buenos Aires, 1965.

el Registro como legitimado para transferir, siempre que haya obrado de buena fe.

Ahora bien, ¿qué sucede a este respecto en el *sistema legal chileno*? Nada más fácil que responder con epígrafes anteriores del presente trabajo destinado a caracterizar el sistema: «La inscripción no es prueba de dominio»; «La inscripción es requisito, prueba y garantía de la posesión de los inmuebles»; «La inscripción como justo título que habilita para adquirir por prescripción»; «Las inscripciones paralelas»; «Las llamadas inscripciones de papel»; «La prescripción adquisitiva o usucapión, único medio de probar el dominio», que, a su vez, distingue «prescripción según registro» y «prescripción contra registro o contra título inscrito».

Agréguese a lo anterior el epígrafe destinado al Conservador y sus principales funciones, en el cual se demuestra que el principio de la legalidad es demasiado feble, que el sistema de folio personal es fuente de innumerables vicios y defectos, que el Catastro consustancial del Registro no existe y que toda técnica moderna está ausente, todo lo cual hace que el sistema sea inadecuado y justamente inseguro.

La simple enunciación que precede economiza, pues, toda argumentación. La conclusión emerge sola: la inscripción, en cuanto a sus efectos, es *declarativa de carácter muy particular*, según está fijado por la ley.

Para terminar, recordemos que la inscripción en ciertos casos, ya tratados al empezar este trabajo, desempeña una función en todo ajena a la tradición o adquisición de un derecho real y se limita a la publicidad del respectivo derecho, manteniendo a la vez la historia de la propiedad raíz. Son los casos de los *artículos 688 y 689* del Código civil: el primero tratándose de la herencia, en el cual opera el modo de adquirir denominado sucesión por causa de muerte, y el segundo, cuando ha sido declarada la prescripción adquisitiva por sentencia judicial ejecutoriada, actuando otro modo diverso que la tradición. Digamos que la inscripción, en los casos señalados, es *simplemente declarativa o precusiva*, precisamente en cuanto a su función.

H. EL CONSERVADOR DE BIENES RAÍCES Y SUS PRINCIPALES FUNCIONES

Se intentará una síntesis de lo que podría denominarse Derecho Registral Inmobiliario formal o disposiciones de forma sobre la materia, lo cual puede contribuir a completar el conocimiento de lo sustantivo o material a que se ha hecho referencia anteriormente en los respectivos epí-

grafes. Me valdré de la división en letras para decir de cada cosa lo más elemental y en la forma más clara posible.

A) El Registro está *ORGANIZADO* en una oficina denominada Conservador de Bienes Raíces, existiendo una por cada *DEPARTAMENTO* del territorio nacional. Está a cargo de un funcionario, que toma el mismo nombre de la oficina y que es designado por el Presidente de la República a propuesta, en terna, por la respectiva Corte de Apelaciones.

Salvo el caso de contadas ciudades de mayor población, como Santiago y Valparaíso, la función registral se cumple paralelamente por el *Notario Público*, y si en el Departamento respectivo hay dos o más Notarios—caso muy frecuente—se distribuyen entre ellos los diferentes Registros, gobernándolos independientemente. Puede afirmarse, en consecuencia, que en Chile casi todos los Notarios son a la vez Conservadores, sea con funciones plenas, sea con funciones divididas.

Se deduce de lo dicho que nuestro sistema legal consagra la multiplicidad de Registros no sometidos a un control unitario y centralizado y a la vez distribuidos por circunscripciones territoriales. La organización del Registro escapa, pues, de la dependencia de un órgano del poder central.

B) Los *LIBROS* que tiene a su cargo y bajo su custodia el Conservador son *fundamentalmente tres*, agregándose otros, de carácter especial, que las leyes han ido creando, como el Registro de Comercio, el de prenda agraria, el de prenda industrial, el de prenda de cosa mueble que se vende a plazo, el de minas, el de vehículos motorizados, etc.

Los *LIBROS FUNDAMENTALES* son:

1. El *REPERTORIO*, en el cual se anotan los títulos que se presentan al Conservador para su inscripción, no pudiendo faltar en caso alguno dicha anotación, que es obligatoria para el Conservador, sea que se convierta en inscripción o no en el Registro respectivo. Es ajena, por tanto, a una función valorativa o de calificación por parte del Conservador. Esta «anotación presuntiva», así se denomina, «caducará a los dos meses si no se convirtiere en inscripción» (art. 15 del Reglamento).

2. El *REGISTRO* se compone de tres *LIBROS*. El *Registro de Propiedad*, el más importante de los tres, da cuenta de las traslaciones del dominio sobre inmuebles y de las inscripciones por vía de publicidad y para mantener la historia de la propiedad raíz, como quedó indicado al señalarse las funciones múltiples de las inscripciones. El *Registro de Hipotecas y Gravámenes* tiene por objeto la inscripción de las hipotecas, censos, derechos de usufructo, uso y habitación, fideicomisos, servidumbres y otros gravámenes. El *Registro de Interdicciones y Prohibiciones de Ena-*

jenar contiene las inscripciones que su mismo nombre está indicando, esto es, limitaciones a la capacidad de las personas y todo aquello que coarte o embarace el libre ejercicio del derecho de enajenar.

3. El *INDICE*, que es por Registro y que se confecciona cronológicamente y a la vez por orden alfabético de los nombres de los otorgantes indicándose, además, el nombre del fundo (art. 41 del Reglamento). Se llevará, además, un *INDICE GENERAL*, también por orden alfabético, «el cual se formará a medida que se vayan haciendo las inscripciones en los tres Registros» (art. 43 del Reglamento). En Santiago, por excepción, se lleva un Índice General por cada uno de los tres Libros.

C) De las inscripciones por los nombres de los titulares—o sea, por el sujeto y no por el objeto del derecho—se desprende que el sistema se adhiere al *FOLIO PERSONAL*. La identidad física del inmueble y, sobre todo, la exactitud y aun realidad de su descripción quedan relegadas a segundo plano. La especificación se hace por medio de los *DESLINDES* del predio, los cuales son ora vagos, ora equivocados, ora inexistentes, pudiendo a este respecto exhibirse la gama más variada que la imaginación pueda ser capaz de captar. Se suelen agregar por vía referencial otros datos, como el del *rol de avalúos* para efectos del pago del impuesto territorial y otros impuestos derivados, rol que tiene relación con un Catastro que lleva el Servicio Nacional de Impuestos Internos.

Tratándose de la *propiedad horizontal*, que tiene normas especiales, hay un remedo de folio real en el hecho, pues a pesar de seguirse haciendo referencia a la persona que detenta el título, reglas especiales obligan a la inscripción de un plano del suelo y del edificio, que es el oficial, usado y controlado por la autoridad administrativa o municipal, y que es exacto. Los deslindes, en este caso, coinciden con el plano necesariamente.

En la *subdivisión predial* también se obra con sujeción a un plano al que se hace referencia en la inscripción, por lo que la probabilidad de imperfección, al principio anotada, prácticamente desaparece.

Ch) El Registro es de *negocios jurídicos o títulos*, no de derechos. El sistema legal nos señala que «el Conservador inscribirá en el respectivo Registro los títulos que al efecto se le presenten» (art. 12 del Reglamento). Por lo mismo, se da publicidad a los actos y contratos que la ley dispuso inscribir; pero el Registro no configura titularidades reales, o sea, no garantiza los derechos reales sobre inmuebles. Como ha dicho la jurisprudencia, «se da publicidad al acto para hacerlo manifiesto y pueda ser conocido de todos...».

D) El *principio de la legalidad* está concebido mediante una función de calificación restringida y limitada, que es de cargo del Conservador. Se reduce a un mero examen externo de los títulos o de otras circunstancias que siendo de fondo aparecen sólo de la materialidad de los mismos.

El rechazo del título por el Conservador está contemplado por el Reglamento respectivo en el siguiente evento: «*Si la inscripción es en algún sentido legalmente inadmisibile.*» La misma disposición acto seguido da ejemplos relacionados con la norma recién reproducida, algunos ciertamente pueriles. Uno de los ejemplos pareciera ir más al fondo del problema aparentemente: «Si es visible en el título algún vicio o defecto que lo anule absolutamente» (art. 13).

La interpretación exacta de la disposición en comentario la proporciona una sentencia de la *Corte de Apelaciones de Santiago*, expresándose así: «Los vicios y defectos que le corresponde representar al Conservador deben aparecer de la simple lectura del título cuya inscripción se le pide. No observándose en el título presentado ningún vicio o falta de una formalidad ostensible, de aquellas que permitan al Conservador rehusar su inscripción, éste debe proceder a realizarla sin tardanza» (13).

Si la calificación jurídica es escasa e incompleta, la *calificación material* del predio, que comprende existencia, ubicación, extensión, deslindes, etc., no cuenta en el sistema. Todo está limitado a una confrontación con el título precedente que se cita, que de coincidir la literalidad de la descripción, basta y sobra.

E) La *impugnación de la calificación*, hecha por el Conservador, que ha rechazado la inscripción, se hace sólo por la *vía judicial*, descartándose, por tanto, la vía administrativa. El afectado recurrirá ante el Juez de Primera Instancia del Departamento respectivo, quien, «en vista de esta solicitud y de los motivos expuestos por el Conservador, resolverá por escrito y sin más trámite». Si el Juez denegare el reclamo, su resolución es *apelable* en la forma ordinaria (arts. 18 a 20 del Reglamento).

I. FUENTES NORMATIVAS DEL DERECHO REGISTRAL INMOBILIARIO CHILENO

Las normas legales que rigen la materia admiten una distinción, según se trate de las normas comunes, que es a lo que me he estado refiriendo, o bien de las reglas especiales contenidas en leyes que se han dictado para situaciones especiales, en atención a diversas razones, como ser, de territorio, de colonización, de remodelación urbana, de incapacidad de ciertas personas, etc., aunque, en general, con el fin de subsanar las graves consecuencias que acarrea un sistema que no da garantías.

A) *NORMAS COMUNES*.—Están en el Código civil, que empezó a regir el 1 de enero de 1857, y que en esta materia no ha sufrido modifi-

(13) Corte de Santiago, 13 marzo 1963. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 60, sección 2.ª, pág. 36.

cación alguna, salvo en cuanto a los plazos de prescripción adquisitiva, que se han reducido en varias oportunidades. Además, en el Reglamento del Conservador de Bienes Raíces, de 24 de junio de 1857, con modificaciones en 1931 y 1964: la primera para organizar mejor el Conservador de Bienes Raíces, en razón del volumen de trabajo, y la segunda para reglar la reconstitución de inscripciones que se hubieren destruido en todo o en parte con motivo de algún siniestro.

B) *NORMAS ESPECIALES CONTENIDAS EN DIVERSAS LEYES MODIFICATORIAS DEL SISTEMA COMUN.*—Podrían citarse al respecto cerca de 40 textos legales dictados en los últimos cuarenta años y que se refieren a variadas hipótesis, las cuales han de regirse preferentemente por estas normas especiales y no por las comunes.

No quiere decir esto que se organiza todo un sistema nuevo para cada uno de los casos especiales aludidos. No. Simplemente se salvan los inconvenientes de inseguridad que presenta la legislación común o bien se salvan errores provenientes de la ausencia del Catastro.

A veces se recurre a lo más simple: se declaran saneados los títulos en manos del adquirente, que lo hace con aplicación de alguna de estas leyes, dándose al propio tiempo oportunidad a los terceros con interés, incluidos los acreedores hipotecarios, para que dentro de ciertos plazos hagan valer sus derechos respectivos, pero sin afectar el dominio, que ha de quedar saneado en manos del adquirente.

En otros casos se corrigen vicios o defectos provenientes de parcelaciones erróneas o falsas y aun dolosas, como es el caso de la Ley 16741, de 8 de abril de 1967, que fija normas para el saneamiento de títulos de dominio y urbanización de poblaciones en situación irregular.

Si hemos de extraer *rasgos comunes* de toda esa legislación, y si en ésta se encuentran efectivamente consagrados *principios* fundamentales en materia registral, podríamos decir, en síntesis, lo siguiente:

1. Hay consagración de la inscripción constitutiva.
2. Los principios de legitimación y fe pública encuentran consagración amplia y evidente.
3. Son disposiciones representativas de lo enunciado en los números anteriores las siguientes, por vía de ejemplo: el artículo 43 de la Ley 16741, de 8 de abril de 1967, sobre saneamiento de títulos de dominio y urbanización de poblaciones en situación irregular, y el artículo 26 de la Ley 16585, de 12 de diciembre de 1966, sobre posesión y dominio libre de gravámenes de los bienes raíces que se adquieran por expropiación o por título gratuito desde que se inscriben en el Conservador.
4. En virtud de lo expuesto anteriormente se pueden señalar las afirmaciones específicas de los siguientes puntos:
 - a) Se presume de derecho que los títulos de dominio sobre el bien

raíz están saneados absolutamente, cualesquiera que sean los vicios de que puedan adolecer.

b) Practicada la inscripción se extinguen, por el solo ministerio de la ley, todos los derechos o acciones—sean reales o personales—que afectaban al predio respectivo.

c) Para todos los efectos legales se presume que el adquirente ha completado todos los requisitos legales necesarios según la ley para prescribir, sin que sea necesario cumplir esta prescripción ni alegarla.

ch) El inmueble adquirido es subrogado por su precio o valor para todos los efectos legales y por el solo ministerio de la ley. De modo que sobre dicho precio o valor podrán hacer valer sus derechos o ejercitar sus acciones los que pretendan dominio u otros derechos reales sobre el bien raíz.

Resumiendo lo dicho en esta letra B), existe un cúmulo considerable de leyes especiales dictadas a lo largo de varios decenios. La técnica legislativa se encuentra ausente o simplemente ha sido despreciada. Reunidas esas leyes representan un todo inorgánico asistemizado. Su estudio en conjunto es poco menos que imposible; sería preciso hacerlo ley por ley, paso a paso, explicando la *ratio legis* y la solución parcial que se dio en cada caso frente al defecto que acusaba el sistema general. En casos se advierte acierto legislativo, pero esporádicamente, por vía de emergencia y en medio de un contexto legal común de imposible convivencia lógica.

La *deducción* más importante en este momento es la siguiente: esas leyes son por sí mismas la mejor demostración de lo defectuoso y arcaico del sistema común registral inmobiliario, el cual, a sus imperfecciones originales agrega, indudablemente, su incapacidad para absorber los requerimientos de la propiedad moderna, evolucionada en Chile en los últimos decenios, y que, por supuesto, formula exigencias al Registro. Si algo positivo nos ofrece esta legislación paralela y de excepción, ello radicaría en dos puntos concretos: acierto parcial de soluciones y alguna capacidad de reacción reformista entre quienes responden de una legislación, a lo menos, adecuada.

III. JUICIO CRITICO

No es ésta precisamente la parte más extensa del presente trabajo, como no puede serlo si el razonamiento final, a manera de juicio crítico, va produciéndose insensiblemente a medida que discurre la mera descripción del sistema legal chileno en la materia que nos afana.

Me valdré, en beneficio de la precisión y de la claridad, de la enunciación que sigue:

1. En primer lugar, recordaré apreciaciones que hace un profesor ajeno al medio nacional, quien, por lo mismo, está premunido de imparcialidad. A mayor abundamiento tiene autoridad en la materia registral inmobiliaria, entre otras razones por haber publicado una excelente obra en cuya segunda parte aborda legislaciones de varios países (14). Dice respecto del *sistema legal chileno*:

- «No se conocen ni actúan los principios registrales», afirmación que si bien es admisible en términos generales, es, con todo, efectiva.
- «La entidad finca no tiene relevancia registral, pues las inscripciones se forman con los extractos de los títulos, que se van agregando como en los protocolos notariales», y luego cita, como fundamento, el artículo 34 del Reglamento. No es el aspecto único de relevancia que merece destacarse; con todo, es efectivo lo afirmado por el profesor argentino.
- «La arcaica legislación registral chilena contrasta con el nivel científico alcanzado por este país en las demás ramas del derecho.» Si, por mi parte, debo agradecer el juicio favorable emitido al final de la frase, al propio tiempo cabe admitir como efectivo lo afirmado en un principio.

2. Se trata de un sistema legal que ha llegado al estado de comprobarse—sin contradicción seria—su *ineficacia*, su *inseguridad* y, en una palabra, su *fracaso*. Lo afirmado se comprueba fácilmente al leer la descripción que se ha hecho en el presente trabajo y, si fuere necesario, del contenido de los varios ANEXOS que se incluyen al final. Lo puede reiterar en Chile, además, cualquier hombre de cátedra, del foro o bien que simplemente haya sido propietario de una finca y haya soportado, en mayor o menor medida, los efectos del sistema.

3. La proliferación de juicios reivindicatorios, o bien de nulidad de los títulos por variadísimas causas legales, derivan particularmente del hecho que *la inscripción registral inmobiliaria no acredita dominio*. Por lo mismo es que el Registro, tenido generalmente como instrumento de seguridad jurídica, ha sido sustituido por un mecanismo de consolidación de situaciones jurídicas adquiridas constituido por la prescripción adqui-

(14) JOSÉ LUIS PÉREZ LASALA: *Derecho Registral Inmobiliario (Su desarrollo en los países latinoamericanos)*, pág. 602, Depalma, Buenos Aires, 1965.

sitiva o usucapión, único medio de probar en Chile el dominio, como se ha dicho reiteradamente en este trabajo.

4. Consecuente con lo dicho en el número precedente, la inscripción es *sólo requisito, prueba y garantía de la posesión*; afirmación que, por lo demás, ha dado lugar a posiciones abiertamente contradictorias, o bien conflictivas o bien oscilantes, en todo caso, una vez más, inseguras.

5. El doble juego de *inscripciones paralelas* o bien la existencia de las llamadas *inscripciones de papel*, ambas anteriormente analizadas, no vienen a ser más que consecuencias o derivaciones de una estructura general inadecuada, haciéndose presente, una vez más, la inseguridad.

6. La ausencia de un *Catastro* consustancial del sistema registral inmobiliario permite señalar un defecto grave, que, a su vez, produce perniciosas consecuencias, afirmaciones que hoy no podrían contradecirse seriamente.

7. Igualmente afecta la eficacia, rapidez y seguridad de un sistema moderno la *ausencia de todas las técnicas* que hoy existen y que están en aplicación en muchos países, como ser el reemplazo de protocolos formales y excesivamente extensos por tarjetas adecuadas y la adopción del microfilm, la diapositiva y la computación, sin contar la instalación en un local *ad-hoc* con maquinaria y accesorios que correspondan a la función.

8. Falta absolutamente la *institucionalización del Registro* como *servicio público*, a base de una Dirección Nacional de Registro, que permitirá la unidad en la función directiva, la uniformidad de procedimientos y técnicas registrales y el perfeccionamiento profesional de los funcionarios respectivos. La citada Dirección dependería del Ministerio de Justicia. No es del caso dar por el momento pormenores. Puede adelantarse, sin embargo, que esta necesidad, que a su vez constituye una de las fallas esenciales del sistema, no llegará a cubrirse antes de librarse una lucha durísima con los actuales Conservadores o Notarios-Conservadores, según los casos, dado que se afectarían intereses creados.

9. No querría terminar esta parte destinada al JUICIO CRÍTICO sin antes reproducir párrafos de un trabajo hasta el momento inédito y que corresponde a una memoria de prueba, que motivé, apoyé y dirigí personalmente con el auxilio de material bibliográfico de mi biblioteca particular. El trabajo fue aprobado con la calificación máxima de mérito sobresaliente. Los autores son los hoy abogados ANTONIO BARRA ROJAS y DOMINGO HERNÁNDEZ EMPARANZA, este último doctorado recientemente en España con una tesis relativa al mismo tema, que para estos efectos amplió notablemente, y que le significó su grado de doctor con calificación de *cum laude*, raramente concedida. Esto, a su vez, le per-

mitió obtener una segunda beca en Francia, que es donde actualmente se encuentra.

Dicen en lo pertinente los citados BARRA y HERNÁNDEZ (15): «Los Conservadores de Bienes y Raíces en Chile son considerados *Auxiliares de Justicia*. En esta calidad son designados por el Presidente de la República, a propuesta en terna de la respectiva Corte de Apelaciones, y están sometidos a la *supervigilancia de los Tribunales Superiores de Justicia*.

»Por regla general, *los propios Notarios se desempeñan como Conservadores* en todo el territorio.

»En la práctica ocurre que salvo la intervención del poder público en su nombramiento y el *atenuado control* que sobre los Registradores ejerce el poder jurisdiccional, la satisfacción del *fin público* que les está entregado se diluye en la medida en que estos funcionarios desarrollan su actividad en forma semejante a la de cualquier *empresario privado*, que percibe por sus servicios una remuneración, representada por los derechos regulados en el respectivo Arancel, sin otra obligación en el plano financiero que la de pagar a sus empleados y mantener las condiciones mínimas de funcionabilidad (mobiliario, etc.). Los Aranceles establecidos a beneficio exclusivo de los Registradores, representativos de ingentes ingresos, hacen que dichos cargos sean sumamente codiciados, al par que posibilitan—teóricamente, al menos—la formación de un verdadero grupo de presión, *lo que dificulta la reforma del sistema así concebido*.

»Esta *organización de corte empresarial* limita las posibilidades del sistema, por cuanto, como *no existe la carrera funcionaria* ni la calificación por méritos, el único riesgo del Conservador es la eventual sanción por las faltas y abusos cometidos en el desempeño de la función y *no se estimula el perfeccionamiento profesional ni la competencia en dicho desempeño*.

»Las asociaciones profesionales tienden más bien a velar por las prerrogativas del gremio que a señalar las deficiencias de un régimen que reconocen en privado como inadecuado, pero a cuyo mejoramiento no han contribuido.

»Podrá alegarse en descargo que las limitaciones señaladas encuentran su origen en la *rigidez del marco legal*, que impide a los Conservadores realizar una labor más efectiva mediante la introducción—por ejemplo—de nuevas técnicas y métodos de registración. Pero hay un hecho objetivo que limita esta justificación: *ninguna iniciativa sería de*

(15) *Teoría general del Derecho Registral Inmobiliario (Análisis crítico y proposición para la reforma del sistema chileno)*. Memoria de prueba, págs. 264 y sigs. (Trabajo inédito.) Santiago de Chile, 1969.

reforma ha partido de estos grupos, que es de presumir son los más capacitados para ello, y las que se han planteado, al parecer, no han contado con su apoyo.

»Tampoco existe en nuestro país *ningún tipo de publicación especializada* que contribuya a realzar y mejorar el nivel científico de la disciplina, al estilo de las que se editan en muchos otros países, bajo el auspicio de los Registradores y de los Notarios, que generalmente abogan por el perfeccionamiento de los sistemas y su formulación científica.

»Por otra parte, las *múltiples oficinas del Registro*, distribuidas a lo largo del país, *no mantienen entre sí ni con respecto a un órgano central, la vinculación indispensable para obtener la uniformidad de procedimientos, adopción de técnicas comunes y promover el desarrollo de la institución.*

»Con el objeto de descongestionar las actividades del *Conservador de Bienes Raíces de Santiago*, el D. F. L. 247, de 20 de mayo de 1931, distribuyó su función entre *tres Conservadores*, cada uno de ellos a cargo de un Registro principal. Desde luego, el objetivo de aliviar las labores de estos funcionarios no se ha conseguido del todo, por cuanto el solo examen de los Protocolos permite comprobar que mientras el Conservador del Registro de Propiedad atiende un gran número de inscripciones, el Conservador del Registro de Prohibiciones efectúa sólo un reducido número de ellas y otorga un menor número de certificaciones. *No hay, pues, una equitativa división del trabajo, con lo que se resiente el cumplimiento de la función del Registro.* La interdependencia de un Registro con otro motiva dificultades que sólo han podido ser subsanadas con el esfuerzo personal y el considerable celo que han puesto en el desempeño de su cargo las personas que hasta ahora lo han servido, evitando con ello un descalabro seguro de la oficina» (16).

Hasta aquí el texto de la memoria de prueba de BARRA y HERNÁNDEZ. El idealismo, la sinceridad, el lenguaje claro y, sobre todo, el no estar envueltos en el enjambre de intereses creados y de amistades personales con los protagonistas coloca a los jóvenes—como BARRA y HERNÁNDEZ—en la situación excepcional y privilegiada de luchar por la verdad empujando por decirla (17).

Personalmente, al cabo de treinta y dos años de docencia en la Universidad de Chile, luego de haber publicado 14 volúmenes en mi espe-

(16) RENATO LEÓN ZENTENO: *Observaciones sobre el Registro Conservatorio de Bienes Raíces*, Memoria de prueba, pág. 28, Talleres Gráficos El Chileno, Santiago de Chile, 1947. RENATO LEÓN ZENTENO es actualmente Conservador de Bienes Raíces de Santiago, a cargo del Registro de Propiedad.

(17) Ninguno de los dos sobrepasaba la edad de veinticinco años cuando escribieron su trabajo excepcional, el único sistematizado y conducente a la reforma que se ha confeccionado en Chile.

cialidad y haber fundado y dirigido una Revista de Derecho Privado, todo ello con acento reformista y en compromiso abierto con la verdad y el interés nacional, no puedo menos que aceptar y hacer mía, en términos generales, la crítica de BARRA y HERNÁNDEZ, reproducida más arriba, haciendo votos, una vez más, por una pronta reforma.

IV. CONCLUSIONES

No pueden ser más breves y concisas. Si este Congreso, conforme a su convocatoria, va «EN BUSCA DE UNA PERFECCION DE LOS SISTEMAS Y DE LAS TECNICAS DE LA REGISTRACION DE LOS DERECHOS», hemos de concluir que por encima del perfeccionamiento de los sistemas y técnicas que han logrado cierto avance y cumplen satisfactoriamente sus funciones se encuentran, en grado de atención preferente, aquellos sistemas y técnicas que podríamos denominar abiertamente arcaicos, y que en el hecho son capaces de producir permanentemente consecuencias perniciosas en lo social, lo económico y lo jurídico.

Se desprende de lo anterior que han de tomarse las *providencias de cooperación técnica internacional* que conduzcan a la reforma legislativa en Chile y otros países que esperamos muchos y que dice relación con el sistema registral inmobiliario.

Deben, pues, iniciarse los contactos directos con las *autoridades nacionales* y *Universidades* de los países pertinentes—Chile entre ellos—para que con la debida asistencia técnica y el financiamiento que todo proyecto serio requiere culminen los estudios, que lleguen hasta la redacción de un *proyecto completo*, comprendidos todos los aspectos que intervienen en un sistema de esta naturaleza y que dándolos por sabidos no se detallan en esta oportunidad.

Este Congreso deberá *acordar*, pues, la *asistencia técnica necesaria* para las reformas pertinentes en los países que lo requieran, formándose, desde luego, un *COMITE PERMANENTE*, que organice en debida forma esta misión y logre, en definitiva, los resultados positivos que se esperan.

FERNANDO FUEYO LANERI
Profesor de Derecho Civil
Universidad de Chile

V. ANEXOS

ANEXO 1

*Mensaje del Ejecutivo al Congreso proponiendo la aprobación
del Código civil, 22 de noviembre de 1855*

(En la parte pertinente)

En cuanto al dominio, uso y goce de los bienes se han introducido novedades que tienden a importantes y benéficos resultados. Según el proyecto que os presento, la tradición del dominio de bienes raíces y de los demás derechos reales constituidos en ellos, menos los de servidumbre, deberá hacerse por inscripción en un Registro semejante al que ahora existe de hipotecas y censos, que se refundirá en él.

En cuanto a poner a la vista de todos el estado de las fortunas territoriales, el arbitrio más sencillo era hacer obligatoria la inscripción de todas las enajenaciones de bienes raíces, incluso las transmisiones hereditarias de ellos, las adjudicaciones y la constitución de todo derecho real en ellos. Exceptuáronse los de servidumbres prediales por no haber parecido de bastante importancia.

La transferencia y transmisión de dominio, la constitución de todo derecho real, exceptuadas, como he dicho, las servidumbres, exige una tradición, y la única forma de tradición que para esos actos corresponde es la inscripción en el Registro Conservatorio. Mientras ésta no se verifique, un contrato puede ser perfecto, puede producir obligaciones y derechos entre las partes, pero no transfiere el dominio, no transfiere ningún derecho real ni tiene respecto de terceros existencia alguna. La inscripción es la que da la posesión real efectiva, y mientras ella no se ha cancelado, el que no ha inscrito su título no posee: es un mero tenedor. Como el Registro Conservatorio está abierto a todos no puede haber posesión más pública, más solemne, más indisputable, que la inscripción. En algunas legislaciones, la inscripción es una garantía no sólo de la posesión, sino de la propiedad; mas para ir tan lejos hubiera sido necesario obligar a todo propietario, a todo usufructuario, a todo usuario de bienes raíces, a inscribirse justificando previamente la realidad y valor de sus títulos, y claro está que no era posible obtener este resultado sino por medio de providencias compulsivas, que producirían multipli-

cados y embarazosos procedimientos judiciales y muchas veces juicios contradictorios, costosos y de larga duración. No dando a la inscripción conservatoria otro carácter que el de una simple tradición, la posesión conferida por ella deja subsistentes los derechos del verdadero propietario, que solamente podrían extinguirse por la prescripción competente. Pero como no sólo los actos entre vivos, sino las transmisiones hereditarias están sujetas respecto a los bienes raíces a la solemnidad de esta inscripción, todos los referidos bienes, a no ser los pertenecientes a personas jurídicas, al cabo de cierto número de años se hallarán inscritos y al abrigo de todo ataque. La inscripción sería desde entonces un título incontestable de propiedad, obteniéndose así el resultado a que otros querían llegar, desde luego, sin que para ello sea necesario apelar a medidas odiosas, que producirían un grave secudimiento en toda la propiedad territorial.

Son patentes los beneficios que se deberían a este orden de cosas: la posesión de los bienes raíces, manifiesta, indisputable, caminando aceleradamente a una época en que inscripción, posesión y propiedad serían términos idénticos; la propiedad territorial de toda la República a la vista de todos, en un cuadro que representaría, por decirlo así, instantáneamente sus mutaciones, cargas y divisiones sucesivas; la hipoteca cimentada sobre base sólida; el crédito territorial vigorizado y susceptible de movilizarse.

La institución de que acabo de hablaros se aproxima a lo que de tiempo atrás ha existido en varios estados de Alemania y que otras naciones civilizadas aspiran actualmente a imitar. Sus buenos efectos han sido ampliamente demostrados por la experiencia.

Acerca de la posesión se ha creído conveniente adoptar una nomenclatura menos embarazosa y ambigua que la que al presente existe. Toda posesión es esencialmente caracterizada por la realidad o la apariencia del dominio; no es poseedor de una finca sino el que la tiene como suya, sea que se halle materialmente en su poder o en poder de otro que le reconoce como dueño de ella. Pero como los derechos reales son varios, el que no es poseedor del dominio puede serlo de un derecho de usufructo, de uso, de habitación, de un derecho de herencia, de un derecho de prenda o de hipoteca, de un derecho de servidumbre. El usufructuario no posee la cosa fructuaria, es decir, no inviste ni real ni ostensiblemente el dominio de ella; posee sólo el usufructo de ella, que es un derecho real y, por consiguiente, susceptible de posesión. Pero el arrendatario de una finca nada posee, no goza más que de una acción personal para la conservación de los derechos que le ha conferido el contrato. El que a nombre ajeno posee no es más que un representante del verdadero poseedor ni inviste más que la simple tenencia. Así, los términos posesión civil,

posesión natural, son desconocidos en el proyecto que os someto; las palabras posesión y tenencia contrastan siempre en él; la posesión es a nombre propio, y la tenencia, a nombre ajeno. Pero la posesión puede ser regular o irregular: aquélla adquirida sin violencia ni clandestinidad, con justo título y buena fe; la segunda, sin alguno de estos requisitos. Toda posesión es amparada por la ley, pero sólo la posesión regular pone al poseedor en el camino de la prescripción adquisitiva. Tal es el sistema del proyecto; sus definiciones señalan límites precisos a cada una de las dos especies de posesión, conservando siempre una y otra el carácter genérico, que consiste en la investidura de un derecho real.

ANEXO 2

Disposiciones legales fundamentales en las cuales descansa el sistema legal común chileno

A) CÓDIGO CIVIL CHILENO

Art. 670.—La tradición es un modo de adquirir el dominio de las cosas y consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro habiendo, por una parte, la facultad e intención de transferir el dominio y, por otra, la capacidad e intención de adquirirlo.

Lo que se dice del dominio se extiende a todos los otros derechos reales.

Art. 682.—Si el tradente no es el verdadero dueño de la cosa que se entrega por él o a su nombre, no se adquieren por medio de la tradición otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada.

Pero si el tradente adquiere después el dominio se entenderá haberse éste transferido desde el momento de la tradición.

Art. 683.—La tradición da al adquirente, en los casos y del modo que las leyes señalan, el derecho de ganar por la prescripción el dominio de que el tradente carecía, aunque el tradente no haya tenido ese derecho.

Art. 686.—Se efectuará la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en el Registro del Conservador.

De la misma manera se efectuará la tradición de los derechos de usufructo o de uso constituidos en bienes raíces, de los derechos de habitación o de censo y del derecho de hipoteca.

Acerca de la tradición de las minas se estará a lo prevenido en el Código de Minería.

Art. 693.—Para la transferencia, por donación o contrato entre vivos, del dominio de una finca que no ha sido antes inscrita exigirá el Conservador constancia de haberse dado aviso de dicha transferencia al público por medio de tres avisos publicados en un período del departamento o de la capital de la provincia si en aquél no lo hubiere, y por un cartel fijado durante quince días, por lo menos, en la oficina del Conservador de Bienes Raíces respectivo.

Se sujetarán a la misma regla la constitución o transferencia por acto entre vivos de los otros derechos reales mencionados en los artículos precedentes y que se refieren a inmuebles no inscritos.

Art. 700.—La posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él.

El poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifica serlo.

Art. 714.—Se llama mera tenencia la que se ejerce sobre una cosa no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño. El acreedor prendario, el secuestre, el usufructuario, el usuario, el que tiene el derecho de habitación, son meros tenedores de la cosa empeñada, secuestrada, o cuyo usufructo, uso o habitación les pertenece.

Lo dicho se aplica generalmente a todo el que tiene una cosa reconociendo dominio ajeno.

Art. 724.—Si la cosa es de aquellas cuya tradición deba hacerse por inscripción en el Registro del Conservador, nadie podrá adquirir la posesión de ella sino por este medio.

Art. 728.—Para que cese la posesión inscrita es necesario que la inscripción se cancele, sea por voluntad de las partes, por una nueva inscripción en que el poseedor inscrito transfiere su derecho a otro o por decreto judicial.

Mientras subsista la inscripción, el que se apodera de la cosa a que se refiere el título inscrito no adquiere posesión de ella ni pone fin a la posesión existente.

Art. 730.—Si el que tiene la cosa en lugar y a nombre de otro, la usurpa dándose por dueño de ella, no se pierde, por una parte, la posesión ni se adquiere, por otra, a menos que el usurpador enajene a su propio nombre la cosa. En este caso, la persona a quien se enajena adquiere la posesión de la cosa y pone fin a la posesión anterior.

Con todo, si el que tiene la cosa en lugar y a nombre de un poseedor inscrito se da por dueño de ella y la enajena, no se pierde, por una

parte, la posesión ni se adquiere, por otra, sin la competente inscripción.

Art. 2.505.—Contra un título inscrito no tendrá lugar la prescripción adquisitiva de bienes raíces o de derechos reales constituidos en éstos sino en virtud de otro título inscrito, ni empezará a correr sino desde la inscripción del segundo.

Art. 2.510.—El dominio de cosas comerciales que no ha sido adquirido por la prescripción ordinaria puede serlo por la extraordinaria, bajo las reglas que van a expresarse:

1.^a Para la prescripción extraordinaria no es necesario título alguno.

2.^a Se presume en ella de derecho la buena fe, sin embargo de la falta de un título adquisitivo de dominio.

3.^a Pero la existencia de un título de mera tenencia hará presumir mala fe y no dará lugar a la prescripción a menos de concurrir estas dos circunstancias:

1.^a Que el que se pretende dueño no pueda probar que en los últimos diez años se haya reconocido expresa o tácitamente su dominio por el que alega la prescripción.

2.^a Que el que alega la prescripción pruebe haber poseído sin violencia, clandestinidad ni interrupción por el mismo espacio de tiempo.

B) REGLAMENTO DEL CONSERVADOR DE BIENES RAÍCES

Art. 13.—El Conservador no podrá rehusar ni retardar las inscripciones; deberá, no obstante, negarse si la inscripción es en algún sentido legalmente inadmisibile, por ejemplo, si no es auténtica o no está en el papel competente la copia que se le presenta, si no está situada en el departamento no es inmueble la cosa a que se refiere, si no se ha dado al público el aviso prescrito en el artículo 58, si es visible en el título algún vicio o defecto que lo anule absolutamente o si no contiene las designaciones legales para la inscripción.

Art. 18.—La parte perjudicada con la negativa del Conservador recurrirá al Juez de Primera Instancia del Departamento, quien, en vista de esta solicitud y de los motivos expuestos por el Conservador, resolverá por escrito y sin más trámite lo que corresponda.

Art. 19.—Si manda el Juez hacer la inscripción, el Conservador hará mención en ella del decreto en que la hubiere ordenado.

Art. 20.—El decreto en que se niegue lugar a la inscripción es apelable en la forma ordinaria.

C) LEGISLACIÓN ESPECIAL

Ley 16585, 12-XII-1966. Art. 26.—Decláranse de utilidad pública todos los inmuebles necesarios para la construcción, ampliación e instalación de hospitales, consultorios, postas de auxilio y otros establecimientos destinados a proporcionar salud a la población. El Presidente de la República, a propuesta del Servicio Nacional de la Salud, del Servicio Médico Nacional de Empleados y de la Sociedad Constructora de Establecimientos Hospitalarios podrá expropiar para esas instituciones dichos bienes raíces utilizando el procedimiento establecido en el artículo 60 de la ley número 15840. Las referencias que tanto en dicha disposición como en la ley a que ella alude se hacen al Ministerio de Obras Públicas o a sus dependencias, se entenderán hechas al Ministerio de Salud Pública.

El Servicio Nacional de Salud tendrá sobre los bienes que adquiera para la construcción, ampliación o instalación de establecimientos hospitalarios por expropiación o a cualquier título oneroso, la posesión y el dominio, libre de gravámenes y limitaciones, desde que se inscriba a su favor en el Conservador de Bienes Raíces la expropiación o el título respectivo. Para todos los efectos legales se considerará que esta posesión es regular y de quince años ininterrumpidos, y que en relación con ella se encuentran cumplidos los demás requisitos legales necesarios para ganar por prescripción extraordinaria el inmueble de que se trate, sin que sea necesario alegar esta prescripción. Se presumirá de derecho, además, que los títulos de dominio sobre el inmueble están saneados absolutamente, sin que sea admisible prueba en contrario.

Practicada la inscripción de dominio a que se refiere el inciso anterior se extinguirán, por el ministerio de la ley, todos los derechos de los dueños o poseedores anteriores; todos los derechos reales; todos los embargos, derechos de retención y prohibiciones; todos los derechos de goce y cualesquiera acciones, relativos o que afecten al inmueble respectivo. Los Conservadores de Bienes Raíces, con el solo mérito de dicha inscripción de dominio, de oficio o a petición de parte, dejarán constancia de dichas extinciones mediante las anotaciones, inscripciones o subinscripciones que correspondan. La extinción de los embargos, derechos de retención y prohibiciones se producirá retroactivamente a la fecha del acto de expropiación o del perfeccionamiento del título de adquisición.

Las disposiciones del inciso segundo regirán en favor de quienes adquieran inmuebles del Servicio Nacional de Salud, pero subsistirán

con respecto a ellos los gravámenes o derechos reales y las prohibiciones que hubiere constituido el Servicio sobre dichos bienes.

El Servicio depositará en la cuenta corriente del Juzgado de Letras de Mayor Cuantía dentro de cuya jurisdicción estuviere situado el inmueble el valor de la expropiación o adquisición. Este valor subrogará, por ministerio de la ley y para todos los efectos legales, al inmueble expropiado o adquirido y sobre él podrán hacer valer sus derechos o ejercitar sus acciones los que pretendan dominio u otros derechos sobre el bien raíz o los titulares de créditos garantizados con hipotecas o de otros derechos reales o de cualesquiera otras acciones relacionadas con el inmueble. El depósito se hará en la cuenta corriente del Juzgado de turno, si dentro de la jurisdicción hubiere más de uno, o en la de cualquiera de los Juzgados dentro de cuyos límites jurisdiccionales estuviere situado el inmueble si éste, por su ubicación, perteneciere a varias de dichas jurisdicciones.

Practicada la inscripción de dominio a favor del Servicio Nacional de Salud, se acompañará certificado de gravámenes y prohibiciones de treinta años al Juzgado donde se hubiere hecho o donde se haga el depósito del valor de la expropiación o adquisición. Este certificado deberá estar otorgado con posterioridad a la inscripción de dominio que se hubiere practicado en favor del Servicio.

La adquisición del inmueble, el depósito a que se refiere el inciso quinto, en nombre del expropiado o tradente, y la nómina de las personas a cuyo favor aparezcan derechos en el certificado de gravámenes y prohibiciones, si esto último procediere, se notificará a todos los que tengan o pudieren tener interés por medio de un aviso publicado en el *Diario Oficial* de los días 1 ó 15 o del siguiente hábil si alguno de éstos fuere festivo, y de tres avisos publicados en el diario o periódico del departamento o de la capital de la provincia, si en aquél no lo hubiere, señalado por el Juez del Juzgado en cuya cuenta corriente se hubiere hecho el depósito. En los avisos se indicará la ubicación del inmueble expropiado o adquirido y el número y avalúo con que figure en el rol de avalúos de la Dirección de Impuestos Internos.

Transcurridos quince días de la última publicación, el Juzgado girará la cantidad depositada a favor del expropiado o tradente, siempre que en el certificado a que se refiere el inciso sexto no aparezcan constituidos derechos reales, gravámenes, embargos, prohibiciones o derechos a favor de terceros. En caso contrario, resolverá sobre la persona o personas en cuyo favor se girará el todo o parte de la cantidad depositada, pudiendo disponer giros parciales y mantener el depósito del resto.

El Juzgado resolverá conforme al procedimiento de los incidentes cualquier controversia que pudiere suscitarse entre el Servicio y el ex-

propiado o tradente en relación con el depósito y conforme al procedimiento sumario de las controversias que pudieren suscitarse entre el expropiado o tradente y los terceros o por éstos entre sí, en relación con el valor de dicho depósito. Será Juez competente para todos los efectos relacionados con este artículo el del Juzgado donde se hubiere hecho el depósito del valor de la expropiación o adquisición.

El hecho o la circunstancia de ser adquirido el inmueble para los fines que se indican en el inciso segundo quedará acreditado suficientemente con la declaración que haga al respecto en la escritura de expropiación o en el título de adquisición el representante del Servicio Nacional de Salud.

El Ministerio de la Vivienda y Urbanismo, sus servicios y las instituciones que se relacionan con el Gobierno a través de él, de acuerdo con el artículo 5 de la Ley número 16391, quedarán sometidos a las disposiciones de los incisos segundo y siguientes de este artículo para la adquisición de viviendas o de terrenos destinados a la construcción de viviendas urbanas y rurales y sus obras de equipamiento comunitario o desarrollo urbano en general, y a las prescripciones del artículo 52 de la Ley número 16391, en lo que éstas no sean contrarias a las normas que se dictan en los incisos precedentes.

Las disposiciones de los incisos segundo y cuarto regirán respecto de quienes adquieran inmuebles del Ministerio, sus servicios o instituciones, citados en el inciso precedente.

A las escrituras por las cuales se donen bienes raíces al Servicio Nacional de Salud será aplicable lo dispuesto en los incisos anteriores en cuanto fuere compatible. Si por resolución judicial ejecutoriada se dispusiere una medida que afecte al bien raíz donado, éste se entenderá subrogado, por el solo ministerio de la ley, por el valor de tasación fiscal vigente al momento de la donación.

Ley 16741, 8-IV-1968. Art. 43.—Los pobladores tendrán sobre el sitio que adquieran, de acuerdo con las disposiciones de esta ley, la posesión y el dominio, libre de gravámenes y limitaciones, desde que se inscriba a su favor en el Conservador de Bienes Raíces la escritura respectiva, no siendo obstáculo para que se practique la inscripción la existencia de embargos, prohibiciones u otras limitaciones similares. Para todos los efectos legales se considerará que esta posesión es regular y de quince años ininterrumpidos y que en relación con ella se encuentran cumplidos los demás requisitos legales necesarios para ganar por prescripción extraordinaria el inmueble de que se trata, sin que sea necesario alegar esta prescripción. Se presumirá de derecho, además que los títulos de dominio sobre el inmueble están saneados absolutamente, sin que sea admisible prueba en contrario.

Practicada la inscripción de dominio a que se refiere el inciso anterior, se extinguirán, por el solo ministerio de la ley, todos los derechos de los dueños o poseedores; todos los derechos reales; todos los embargos, derechos de retención y prohibiciones; todos los derechos de goce y cualesquiera acciones relativas o que afecten al sitio respectivo. Los Conservadores de Bienes Raíces, con el solo mérito de dicha inscripción de dominio, de oficio o a petición de parte, dejarán constancia de dichas extinciones mediante las anotaciones, inscripciones o subinscripciones que correspondan. La extinción de los embargos, derechos de retención y prohibiciones se producirá retroactivamente a la fecha del acto de perfeccionamiento del título de adquisición.

El precio o valor que el poblador pagare por el sitio respectivo subrogará, por el solo ministerio de la ley y para todos los efectos legales, al inmueble adquirido y sobre él podrán hacer valer sus derechos o ejercitar sus acciones los que pretendan dominio u otros derechos sobre el bien raíz o los titulares de créditos garantizados con hipotecas o de otros derechos reales o de cualesquiera otras acciones relacionadas con el inmueble.

Esta subrogación es sin perjuicio del privilegio establecido por el artículo 9.

ANEXO 3

Algunas citas jurisprudenciales de interés (18) (19)

A) SOBRE EL ARTÍCULO 686

Adquisición del dominio de un bien raíz.—Para la adquisición del dominio de un bien raíz no basta el título constituido por la escritura pública, sino que su tradición debe efectuarse por su inscripción en el Registro del Conservador.

C. Santiago, 8 junio 1911. R., t. 19, sec. 1.^a, p. 428.

C. Suprema, 29 noviembre 1945. R., t. 43, sec. 1.^a, p. 256.

Dominio de la cosa cuyo título de adquisición no se ha inscrito.—Mientras no se inscriba la escritura de venta del inmueble éste permanece en el dominio del vendedor, y si muere antes que dicha inscripción se realice, el dominio de la cosa se radica en sus herederos.

(18) Las sentencias están tomadas del Repertorio de Legislación y Jurisprudencia chilenas. Código civil. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1969.

(19) La inicial R significa *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, publicada por el Colegio de Abogados, Santiago de Chile.

C. Suprema, 24 octubre 1929. R., t. 27, sec. 1.^a, p. 956 (C. 4.^o, página 602).

No puede entablar acción reivindicatoria de un bien raíz quien no ha inscrito el título en el respectivo Conservador.

C. Iquique, 1 julio 1919. G., 1919, 2.^o sem., núm. 106, p. 540.

B) SOBRE EL ARTÍCULO 724

Inscripción y posesión.—Inscrito un bien raíz, la persona a cuyo nombre se hace la inscripción adquiere la posesión, pues tratándose de bienes cuya tradición se verifica por inscripción en el Registro del Conservador, la posesión se adquiere por este medio.

C. Suprema, 24 mayo 1921. R., t. 20, sec. 1.^a, p. 301.

Inscripción y dominio.—La inscripción de un bien raíz en el Registro del Conservador no es prueba de dominio, sino de posesión, y, por consiguiente, para acreditar que se es dueño por tradición de una cosa inscrita es necesario demostrar que la persona de quien el dominio se pretende era dueño de la misma cosa.

C. Chillán, 24 abril 1947. G., 1947, 1.^{er} sem., núm. 61, p. 385.

La inscripción exigida por la ley para perfeccionar en ciertos casos la posesión de bienes raíces u otros derechos reales no es por sí sola medio constitutivo de una posesión que no se tiene, sino requisito legal para solemnizar la tenencia con ánimo de señor, lo cual únicamente caracteriza la posesión.

Sin tenencia con ánimo de dueño no hay posesión y si bien es cierto que el artículo 724 exige inscripción especialmente respecto de ciertos bienes, no es menos evidente que esta formalidad es requerida en concurrencia con el hecho y circunstancias constitutivas de la posesión, tal como se halla definida en el artículo 700. Otra interpretación conduce al absurdo jurídico de que cualquier poseedor de propiedad no inscrito, aun cuando ejerza el pleno goce, tranquilo y no interrumpido de sus bienes, pueda perder su posesión porque otra persona sin conocimiento del poseedor verifica la inscripción de un título otorgado por tercero.

C. Santiago, 28 octubre 1943. R., t. 41, sec. 2.^a, p. 9.

C. Valparaíso, 10 septiembre 1946. R., t. 47, sec. 1.^a, p. 169.

C. Suprema, 17 mayo 1949. R., t. 46, sec. 1.^a, p. 499.

C. Suprema, 24 diciembre 1951. R., t. 48, sec. 1.^a, p. 581.

La inscripción de un inmueble en el Registro Conservatorio de Bienes Raíces sólo puede solemnizar hechos reales, de aquellos que la ley reconoce como auténticos y necesarios para verificar la prueba de la posesión. Dicha inscripción nunca puede servir para crear por sí sola

una situación engañosa, pues esto último significaría dar entero valor a los símbolos o fórmulas sin atender para nada a la verdad, que reproducen y divulgan, como ocurrirá en todos los casos en que un tercero se haga dar un título traslativo de dominio de alguien que no sea el verdadero dueño de un bien raíz para en seguida inscribirlo a su nombre y arrebatar la posesión a quienes legítimamente la habían adquirido y ejercitado hasta ese momento (inscripción de papel).

C. Valparaíso, 10 septiembre 1946. R., t. 47, sec. 1.^a, p. 169.

C. Santiago, 13 enero 1953. R., t. 50, sec. 2.^a, p. 17.

Para que la persona que solicita la inscripción de un inmueble no inscrito entre a gozar de todos los beneficios de la propiedad inscrita, es necesario que en el momento de hacerse la inscripción se encuentre efectivamente poseyendo el inmueble de que se trata.

C. Suprema, 17 mayo 1949. R., t. 46, sec. 1.^a, p. 499.

C. Suprema, 8 mayo 1959. R., t. 56, sec. 1.^a, p. 75.

Pluralidad de inscripciones, preferencia, posesión.—La posesión excluye toda otra posesión contradictoria, porque una misma cosa no puede ser poseída simultáneamente por dos o más personas. Por su naturaleza jurídica, la tenencia de una cosa con ánimo de señor y dueño es singular y no puede subsistir con otra posesión.

En consecuencia, inscrito un inmueble a nombre de dos personas es menester determinar cuál de las inscripciones debe prevalecer.

C. Suprema, 24 mayo 1921. R., t. 20, sec. 1.^a, p. 301.

C. Suprema, 3 diciembre 1926. R., t. 24, sec. 1.^a, p. 538.

C) SOBRE EL ARTÍCULO 728

Alcance del artículo 728 en relación con el 730.—La posesión inscrita no puede cesar sino por los únicos medios que establece expresamente la ley, o sea, cancelándose la inscripción por voluntad de las partes, por una nueva inscripción en que el poseedor transfiere su derecho o por decreto judicial. Esto excluye absolutamente la existencia de cancelaciones virtuales, esto es, las que pudieran producirse por la mera inscripción posterior de un título en el Registro Conservador sin llenarse las condiciones antedichas.

C. Suprema, 9 enero 1933. R., t. 30, sec. 1.^a, p. 206.

C. Suprema, 20 agosto 1946. R., t. 44, sec. 1.^a, p. 113.

C. Suprema, 26 noviembre 1946. G., 1946, 2.^a sem., núm. 34, página 198. R., t. 44, sec. 1.^a, p. 261.

En el sistema del Código civil, la posesión inscrita puede cesar no tan sólo por alguno de los medios que contempla el artículo 728, entre los

que se cuenta una nueva inscripción en que el poseedor inscrito transfiere su derecho a otro, sino también por la inscripción de un título traslativo de dominio que no deriva del poseedor inscrito, sino de un tercero que la enajena, en cuyo caso la persona a quien se enajena adquiere la posesión de la cosa y pone fin a la posesión inscrita anterior.

La ley admite que el poseedor inscrito pueda perder la posesión como consecuencia de la enajenación de la cosa por el usurpador seguido de la competente inscripción y, por consiguiente, esta inscripción no puede ser otra que la del título de enajenación derivada del usurpador, puesto que de eso trata el inciso segundo del artículo 730 del Código civil, y en ningún caso ha podido referirse la ley a una inscripción que proceda del poseedor inscrito, a que se refiere el artículo 728, en razón de que en el supuesto en que se coloca esa disposición no es él quien enajena la cosa, sino, por el contrario, el que la pierde, por obra del usurpador.

De otro modo, la disposición del inciso segundo del artículo 730 no tendría aplicación y estaría de más, porque se ocuparía de un caso ya previsto y resuelto por el artículo 728.

En tanto este último se refiere a la cesación de la posesión inscrita a virtud de una nueva inscripción, en que el poseedor inscrito transfiere su derecho a otro, el artículo 730 alude, en cambio, a la pérdida de la posesión por parte del poseedor inscrito, a virtud de la inscripción de un título de enajenación conferido a un tercero, por el que tenía la cosa en lugar y a nombre del poseedor inscrito.

La competente inscripción a que se refiere el inciso segundo del artículo 730 no puede ser otra que la que la ley establece como requisito esencial para adquirir la posesión de bienes raíces por virtud de un título traslativo de dominio, a saber, el registro del título, efectuado con las solemnidades legales por el funcionario competente, en el Conservador del departamento de la ubicación del inmueble que se transfiere.

C. Suprema, 23 junio 1928. G., 1928, 1.^{er} sem., núm. 67, p. 350. R., t. 26, sec. 1.^a, p. 241.

C. Talca, 19 junio 1933. R., t. 32, sec. 1.^a, p. 523.

C. Suprema, 23 octubre 1943. R., t. 41, sec. 1.^a, p. 275.

Si el usurpador del predio no tenía éste en lugar y a nombre del poseedor inscrito, la inscripción del comprador de dicho usurpador no cancela la del titular verdadero. El artículo 730 del Código civil es inaplicable, pues éste no legisla sobre el usurpador puro y simple, sino sobre el usurpador que antes tuvo la tenencia en lugar y a nombre de otro.

En consecuencia, el poseedor inscrito no pudo perder su posesión sin una inscripción que cancelara la suya, única competente para poner fin a la posesión inscrita (C. civil, art. 728); la inscripción del poseedor

subsiste después de la venta de la propiedad y la inscripción a nombre del comprador del que usurpó no está vinculada con aquélla, a la cual no ha cancelado.

C. Suprema, 18 julio 1963. R., t. 60, sec. 1.^a, p. 198.

Inscripciones paralelas independientes desde su origen; preferencia.

Inscrito un inmueble a nombre de dos personas es menester determinar cuál de las inscripciones debe prevalecer.

Adquiere posesión preferente el que inscribe primero, pues adquirida la posesión por la inscripción, el poseedor la conserva mientras no se cancele la inscripción por voluntad de las partes o por una nueva inscripción, en que el poseedor inscrito transfiera su derecho a otro, o por decreto judicial (art. 728). Por tanto, no habiéndose transferido la posesión por ninguno de estos medios, quien la tenía, la conserva y no la pierde por el hecho de que se inscriba la misma propiedad a nombre de otro.

C. Suprema, 24 mayo 1921. G., 1921, 1.^{er} semestre, núm. 61, p. 318. R., t. 20, sec. 1.^a, p. 301.

C. Concepción, 28 marzo 1927. G., 1927, 1.^{er} sem., núm. 112, página 469. R., t. 26, sec. 2.^a, p. 12.

La ficción que encierra la posesión inscrita no permite prescindir del carácter de hecho, de realidad que tiene la posesión, como quiera que, por definición, es la tenencia de una cosa con ánimo de señor y dueño o, si se quiere, el conjunto de actos que manifiestan el ejercicio de un derecho.

Por consiguiente, en presencia de dos poseedores inscritos, uno de los cuales sólo tiene la posesión teórica que da la inscripción, y otro, que une a ésta la posesión material, real y efectiva del inmueble, de acuerdo con los principios jurídicos y en equidad, debe reconocerse al último mejor derecho.

C. Suprema, 28 mayo 1942. R., t. 40, sec. 1.^a, p. 32.

C. Santiago, 28 octubre 1943. R., t. 41, sec. 2.^a, p. 9.

C. Santiago, 21 noviembre 1961. R., t. 58, sec. 1.^a, p. 371.

No surte los efectos atribuidos por la ley a las inscripciones verificadas con los requisitos legales, la que se hace por medio de carteles y publicaciones respecto de una propiedad que se hallaba antes inscrita, contraviniendo lo dispuesto en los artículos 728 del Código civil y 80 del Reglamento del Registro del Conservador de Bienes Raíces.

Estando vigente la inscripción legalmente hecha no puede ella tenerse como cancelada por otra inscripción practicada mediante carteles y publicaciones de avisos, como si el inmueble no estuviera inscrito.

C. Santiago, 8 enero 1927, 1.^{er} sem., núm. 90, p. 399. R., t. 26, sec. 2.^a, p. 1.

C. Concepción, 28 marzo 1927. G., 1927, 1.^{er} sem., núm. 112, p. 460. R., t. 26, sec. 2.^a, p. 12.

C. Suprema, 20 agosto 1946. G., 1946, 2.^o sem., núm. 9, p. 44, sec. 1.^a, p. 113.

CH) SOBRE EL ARTÍCULO 730

Inteligencia de la frase «competente inscripción»; inscripción desligada de la anterior.—El inciso segundo del artículo 730 se pone en el caso en que el mero tenedor del inmueble inscrito lo enajena a su nombre, y en este evento el adquirente, mediante la competente inscripción, adquiere para sí la posesión poniendo fin a la posesión anterior. Esta competente inscripción no puede ser únicamente la que emane del poseedor inscrito, por cuanto ese caso lo contempla el artículo 728 y no es dable suponer semejante redundancia. Por esto es forzoso concluir que la ley, al hablar de competente inscripción, se está refiriendo a aquella que se efectúa con las solemnidades legales por el funcionario competente en el Conservador del departamento de la ubicación del inmueble que se transfiere. La nueva inscripción así practicada tiene la virtud de cancelar la inscripción anterior que existe sobre la misma propiedad.

C. Suprema, 23 octubre 1943. R., t. 41, sec. 1.^a, p. 275 (C. 6.^o, p. 280).

C. Santiago, 28 octubre 1943. R., t. 41, sec. 2.^a, p. 9.

C. Santiago, 29 agosto 1945. R., t. 43, sec. 2.^a, p. 65.

C. Suprema, 5 enero 1949. R., t. 46, sec. 1.^a, p. 311.

Aunque se reconozca que la persona que invoca la prescripción tiene título inscrito, éste no le da la posesión legal que se requiere para prescribir si no deriva del poseedor inscrito. De consiguiente, no queda cancelada la primitiva inscripción.

C. Suprema, 24 mayo 1921. G., 1921, 1.^{er} sem., núm. 61, p. 318. R., t. 20, sec. 1.^a, p. 301.

C. Suprema, 15 diciembre 1921. G., 1921, 2.^o sem., núm. 103, p. 473. R., t. 21, sec. 1.^a, p. 351.

C. Suprema, 5 agosto 1929. R., t. 27, sec. 1.^a, p. 453.

C. Suprema, 9 enero 1933. R., t. 30, sec. 1.^a, p. 206.

Inscripción practicada por medio de avisos relativamente a un inmueble ya inscrito.—Como la competente inscripción, a que se refiere el inciso segundo del artículo 730, no es únicamente la que puede emanar del poseedor inscrito, sino la que se practica con los requisitos exigidos por el Reglamento del Conservador de Bienes Raíces, infringe aquella disposición la sentencia que declara que la inscripción practicada por medio de avisos no habilita para adquirir la posesión de un inmueble ya inscrito ni hace cesar la posesión del anterior poseedor inscrito.

C. Suprema, 5 enero 1949. R., t. 46, sec. 1.^a, p. 311.

D) SOBRE EL ARTÍCULO 924

Prueba de la posesión inscrita; aplicación de los artículos 924 y 925.—Aunque el artículo 925 del Código civil determina la manera cómo deberá probarse la posesión del suelo, este artículo debe armonizarse con los preceptos que consignan los artículos 923 y 924. Estudiados los tres en conjunto, se llega a la conclusión lógica de que el que tiene título de dominio inscrito a su favor se halla preferentemente amparado por la ley con respecto al mero poseedor material, de suerte que el primero no necesita justificar que ha ejecutado los hechos positivos que el indicado artículo 925 puntualiza u otros semejantes, porque la inscripción constituye para él pleno y seguro resguardo, de modo que probada ella, queda también probada, *ipso facto*, su posesión.

De lo contrario, no tendría aplicación práctica el artículo 923, en cuanto autoriza la presentación en juicios posesorios de los títulos de dominio cuya existencia sea susceptible de ser demostrada sumariamente, y carecería, asimismo, de significado el artículo 924, en cuanto dispone que mientras la inscripción subsista y con tal que haya durado un año completo, no es admisible ninguna prueba de posesión con que se pretenda impugnarla. Es evidente que el legislador, al hablar de otras pruebas de posesión, no puede referirse sino a las de posesión material, que contempla el artículo 925.

El fundamento legal de estos principios se encuentra asentado en los artículos 724 y 728 del Código civil, que establecen que si la cosa es de aquellas cuya inscripción debe hacerse por inscripción en el Registro del Conservador, nadie podrá adquirir la posesión de ella sino por este medio, y que mientras subsista la inscripción, el que se apodera de la cosa a que se refiere el título inscrito, no adquiere posesión de ella ni pone fin a la posesión existente.

Aclara toda duda la intención o espíritu de la ley, claramente manifestado en la historia fidedigna de su establecimiento. En el mensaje con que se propuso la aprobación del Código al Congreso dice, al hablar de la inscripción, que es ella la que da la posesión real efectiva, y encomiando más adelante las ventajas y felices resultados de la institución del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, expresa la manifiesta conveniencia de propender a su desarrollo hasta que llegue una época en que la inscripción, título público e incontrarrestable del dominio, al abrigo de todo ataque, se identifique con los términos posesión y propiedad.

Tratándose de un inmueble sujeto al régimen de la propiedad raíz inscrita, la inscripción otorga el goce de la posesión a favor de la persona a cuyo nombre se encuentra inscrita la propiedad con exclusión de

toda otra persona. Mientras esa posesión favorecida por la inscripción haya durado un año completo, por lo menos, no es admisible ninguna prueba de posesión con que se pretenda impugnarla, cumpliéndose así lo prescrito en el artículo 924, que es la disposición que debe aplicarse tratándose de un bien raíz inscrito, y no el artículo 925.

C. Suprema, 26 diciembre 1907. R., t. 5, sec. 1.^a, p. 217.

C. Suprema, 24 mayo 1921. R., t. 20, sec. 1.^a, p. 301 (C. 5.^o, p. 302).

C. Suprema, 20 septiembre 1921. G., 1921, 2.^o sem., núm. 47, página 189. R., t. 21, sec. 1.^a, p. 137.

La inscripción del título de dominio no es suficiente prueba de la posesión del suelo cuando no se justifica haber ejecutado algún acto de aquellos a que sólo da derecho el dominio. Por consiguiente, el querellante, que sólo invoca la posesión legal derivada de la inscripción, carece de la condición jurídica primera y esencial de la posesión tranquila y no interrumpida durante un año completo anterior a la fecha del acto de molestia o embarazo opuesto a ella por otra persona, que la ley exige para poder entablar una acción posesoria.

C. Concepción, 25 octubre 1875. G., 1875, núm. 2652, p. 1222.

C. Valparaíso, 4 diciembre 1903. R., t. 1, 2.^a parte, p. 321.

C. Tacna, 23 octubre 1906. R., t. 4, sec. 2.^a, p. 86.

E) SOBRE EL ARTÍCULO 925

Prueba de los inmuebles no inscritos o cuya inscripción no ha durado un año completo.—La posesión de los inmuebles no inscritos o cuya inscripción es ineficaz o no ha durado un año completo no se prueba de acuerdo con el artículo 924, sino de acuerdo con el artículo 925.

C. Suprema, 5 enero 1935. G., 1935, 1.^{er} sem., núm. 1, p. 49. R., t. 32, sec. 1.^a, p. 213.

C. Chillán, 3 agosto 1945. R., t. 42, sec. 2.^a, p. 74 (C. 3.^o, p. 76).

C. Suprema, 28 marzo 1955. R., t. 52, sec. 1.^a, p. 36.

F) SOBRE EL ARTÍCULO 926

Querella de restitución deducida por el condueño de un predio contra otro con quien formó sociedad, por haber inscrito el último el predio a nombre de ésta no estando facultado para ello.—Procede una querella de restitución fundada en perturbación de la posesión inscrita deducida

por el condueño de un predio contra su condueño, con quien celebró un contrato de sociedad, valiéndose de ese contrato, sin estar facultado para efectuar la inscripción.

C. Santiago, 14 enero 1925. G., 1925, 1.^{er} sem., núm. 92, p. 448.

G) REGLAMENTO DEL CONSERVADOR DE BIENES RAÍCES

Vicios y ausencia de formalidades que autorizan al Conservador para rehusar o retardar las inscripciones.—El deber del Conservador de Bienes Raíces de practicar sin retardo las inscripciones solicitadas radica en la circunstancia de que sus funciones en la constitución de la propiedad inmueble son eminentemente pasivas y no se extienden al examen de la validez y eficacia de los títulos que se le presentan. Los vicios y defectos que le corresponde representar deben aparecer de la simple lectura del título cuya inscripción se le pide. No observándose en el título presentado ningún vicio o falta de una formalidad ostensible, de aquellas que permitan al Conservador rehusar su inscripción, éste debe proceder a realizarla sin tardanza.

C. Santiago, 13 marzo 1963. R., t. 60, sec. 2.^a, p. 36.

ANEXO 4

Ensayo de bibliografía nacional sobre Derecho Registral Inmobiliario

(En Chile: «Teoría de la posesión inscrita», «Adquisición de derechos reales por inscribir en el Conservador de Bienes Raíces» y otros nombres de acuerdo con el actual sistema legal)

1. ABELIUK M., René: *Contrato de Promesa*. Imprenta Fantasía, s/fecha. Santiago de Chile (aproximadamente 1969).
2. ALEGRE ARAYA, Heriberto: *Impugnación de la escritura pública*. Memoria de prueba. Valparaíso (Chile), 1944.
3. ALESSANDRI BEZA, Arturo: *La nulidad y rescisión en el Derecho Civil chileno*. Memoria de prueba. Santiago de Chile, 1949.
4. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo: *Del traspaso del derecho de hipoteca en el pago con subrogación*, en "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo XXI, pág. 5. Santiago de Chile, 1924.
5. — *De la responsabilidad del legatario de especie gravada con prenda o hipoteca*, en "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo XXIV, pág. 99. Santiago de Chile, 1927.
6. — *Prescripción de bienes inscritos. Alegato* (Informe "in-voce"). Imprenta Balcells y Cía. Santiago de Chile, 1924.
7. — *La inscripción no es requisito, garantía ni prueba de la posesión de los bienes raíces*. Memoria de prueba. Santiago de Chile, 1926.

8. ALVAREZ MUÑOZ, Carlos: *El dominio o prueba horizontal*. Memoria de prueba. Concepción (Chile), 1962.
9. ANDUEZA L., Juan: *La división horizontal del dominio*, en "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo XXXI, pág. 25. Santiago de Chile, 1934.
10. ARELLANO ALARCÓN, Juan: *De la constitución, posesión y prescripción de las servidumbres*. Memoria de prueba. Santiago de Chile, 1949.
11. BALTRA CORTÉS, Alberto: *Ensayo de una teoría general de los actos inoponibles*. Memoria de prueba. Santiago de Chile, 1935.
12. BARRIGA ERRÁZURIZ, Gonzalo: *A propósito de un reciente fallo que reconoce la validez de la venta del inmueble hecha sin previa tasación ni remate público al acreedor a cuyo favor estaba hipotecada*, en "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo XXVII, pág. 135. Santiago de Chile, 1930.
13. BELMAR CUEVAS, Eduardo: *Sobre la utilidad de la posesión viciosa*, en "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo XLV, pág. 27. Santiago de Chile, 1948.
14. BOTTACI LATRILLE, Carlos: *La prescripción entre comuneros*. Memoria de prueba. Santiago de Chile, 1942.
15. BRAVO WALKER, José: *La propiedad inscrita*. Memoria de prueba. Santiago de Chile, 1925.
16. BRUCHER ENCINA, Luis: *Generalidades sobre la tradición y sus efectos*. Memoria de prueba. Santiago de Chile, 1931.
17. BULNES ALDUNATE, Luz: *Interrupción civil de la prescripción adquisitiva*. Memoria de prueba. Santiago de Chile, 1955.
18. CLARO SOLAR, Luis: *El Registro Minero como título original de las minas*, en "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo XXI, pág. 51. Santiago de Chile, 1924.
19. CLARO VIAL, José: *La posesión inscrita ante la doctrina y la jurisprudencia*. Memoria de prueba. Santiago de Chile, 1935.
20. CONSEJO DE DEFENSA DEL ESTADO DE CHILE: *Efectos del derecho que reconoce la validez de los títulos sobre la Propiedad Austral*, en "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo XXXVII, pág. 313. Santiago de Chile, 1940.
21. — *Naturaleza jurídica de las concesiones fiscales*, en "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo XXXV, pág. 127. Santiago de Chile, 1938.
22. CONTRERAS A., Luis E.: *De la renuncia de la prescripción*, en "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo XLIII, pág. 86. Santiago de Chile, 1946.
23. COUSIÑO MAC-IVER, Luis: *Corpus et animus*. Memoria de prueba. Santiago de Chile, 1924.
24. CRUZ DONOSO, José: *La usurpación de bienes raíces*. Memoria de prueba. Santiago de Chile, 1941.
25. CHÁVEZ ZAMBRANO, Horacio: *Del saneamiento del dominio de la pequeña propiedad rural ante la doctrina y la jurisprudencia*. Memoria de prueba. Concepción (Chile), 1948.
26. DÁVILA IZQUIERDO, Oscar: *Posesión y prescripción de inmuebles inscritos. Alegato* (Informe "in-voce"). Imprenta Cervantes. Santiago de Chile, 1928.
27. DEL REAL CORREA, Octavio: *Estatuto jurídico de los empleados de Notarías, Conservadores y Archiveros judiciales*. Memoria de prueba. Santiago de Chile, 1962.
28. DEL RÍO RODRÍGUEZ, Diego: *De la accesión de posesiones*. Memoria de prueba. Santiago de Chile, 1964.
29. DELPIANO DEL RÍO, Luis: *La prescripción adquisitiva de la pequeña propiedad agrícola*.
30. DÍAZ CRUZAT, Andrés: *El conflicto posesorio*. Memoria de prueba. Santiago de Chile, 1959.
31. DÍAZ MIERES, Luis: *Derecho notarial chileno*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1965.

32. DÍAZ SANHUEZA, Alfonso: *La fe pública y el Derecho Notarial*. Memoria de prueba. Santiago de Chile, 1957.
33. FERNÁNDEZ P., Arturo: *De la tasación de inmueble para su adjudicación en pago al acreedor hipotecario*, en "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo XIV, pág. 155. Santiago de Chile, 1917.
34. FREDERES, Jorge: *Estudio crítico de la jurisprudencia de los artículos 2.498 a 2.513 del Código civil (De la prescripción con que se adquieren las cosas)*. Memoria de prueba. Santiago de Chile, 1965.
35. FREDERES LILLO, Miguel: *El saneamiento del dominio de la pequeña propiedad agrícola*. Memoria de prueba. Santiago de Chile, 1966.
36. FUEYO LANERI, Fernando: *Derecho Civil*, tomo V, vol. II. Contratos preparatorios. Doctrina general del contrato preparatorio. Contrato de promesa de celebrar contrato. Contrato de opción. Contrato de corretaje o mediación. Cláusula compromisoria. Imprenta y Litografía Universo. 2.^a edición. Valparaíso (Chile), 1964.
37. — *La Ley núm. 16.640, de 28 de julio de 1967, sobre Reforma Agraria en cuanto afecta a las normas de Derecho Común*, en "Revista de Derecho Privado", núm. 7, pág. 89. Santiago de Chile, 1967.
38. GALLEGOS VALLEJOS, Luis: *Interrupción de la prescripción adquisitiva*. Memoria de prueba. Temuco (Chile), 1949.
39. GONZÁLEZ CASTILLO, Miguel: *Contra título inscrito hay prescripción extraordinaria*. Memoria de prueba. Santiago de Chile, 1916.
40. GONZÁLEZ MORENO DE MATURANA, María Teresa: *El título putativo en la posesión*. Memoria de prueba. Santiago de Chile, 1957.
41. GUTIÉRREZ, José Ramón: *¿Es transmisible o transferible la posesión según nuestro Código civil?*, en "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo X, página 17. Santiago de Chile, 1914.
42. GUZMÁN CRUZAT, Ismael: *Manual práctico de estudio de títulos*. Memoria de prueba. Santiago de Chile, 1942.
43. HERRERA SILVA, Jorge: *Nuestro sistema posesorio inscrito*. Memoria de prueba. Santiago de Chile, 1936.
44. INFANTE PÉREZ-COTAPOS, Oscar: *Estudio crítico de la Jurisprudencia del Párrafo XIII, del Título XXIII, del Libro Cuarto del Código civil (De la rescisión de la venta por lesión enorme)*. Memoria de prueba. Santiago de Chile, 1958.
45. LAGOS LAGOS, Moisés: *Consideraciones sobre la posesión y especialmente sobre la de los bienes raíces*, en "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo XXIII, pág. 119. Santiago de Chile, 1926.
46. LANYON S., Luis: *El Registro Conservatorio de Bienes Raíces*. Memoria de prueba. Santiago de Chile, 1939.
47. LARRAÍN VELASCO, Florencio: *Del Registro Conservatorio de Bienes Raíces*. Memoria de prueba. Santiago de Chile, 1933.
48. LEÓN HURTADO, Avelino: *Influencia del Derecho Público en la propiedad privada inmobiliaria*, en "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo LVIII, página 111. Santiago de Chile, 1961.
49. LEÓN ZENTENO, Renato: *Observaciones sobre Registro de Bienes Raíces*. Memoria de prueba. Santiago de Chile, 1947.
50. LIRA, Alejandro: *Contra título inscrito. Alegato* (Informe "in-voce"). Imprenta Barcelona. Santiago de Chile, 1917.
51. — *El Régimen de la inscripción conservatoria. Alegato* (Informe "in-voce"). Dirección General de Prisiones. Talleres Gráficos. Santiago de Chile, 1927.
52. — *Régimen de la inscripción conservatoria*. Memoria de prueba. Santiago de Chile, 1927.
53. LÓPEZ MICHELSON, Alfonso: *La posesión en el Código civil de Bello*. Memoria de prueba. Santiago de Chile, 1936.
54. LOYOLA BUSTAMANTE, Arnaldo: *Doctrina general de los Derechos Reales*. Memoria de prueba. Santiago de Chile, 1954.

55. MEDINA PÉREZ, José: *La buena fe en la doctrina, la legislación y la jurisprudencia*. Memoria de prueba. Concepción (Chile), 1950.
56. MENA ARROYO, Eduardo: *Manual práctico de la Ley de Pisos y Departamentos*. Memoria de prueba. Santiago de Chile, 1945.
57. MÉNDEZ EYSSAUTIER, Héctor: *De la alegación de la prescripción*, en "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo XLIII, pág. 101. Santiago de Chile, 1946.
58. MERY BERISSO, Rafael: *Derecho Hipotecario*. Memoria de prueba. Santiago de Chile, 1958.
59. MEWES, Humberto: *La prueba del dominio de los bienes adquiridos por la tradición*. Memoria de prueba. Valparaíso (Chile), 1912.
60. MIGLIARO WASEMANN, Mario: *Del Registro de Vehículos Motorizados*. Memoria de prueba. Santiago de Chile, 1954.
61. MISERRE ADDALA, Salvador: *Suspensión de la prescripción adquisitiva*. Memoria de prueba. Concepción (Chile), 1953.
62. MUÑOZ LÓPEZ, Silvia: *Estudio crítico de la jurisprudencia. De la prescripción en general*. Memoria de prueba. Santiago de Chile, 1964.
63. OBERG YÁÑEZ, Héctor: *De las inscripciones mediante minutas en el Registro del Conservador de Bienes Raíces*. Memoria de prueba. Santiago de Chile, 1949.
64. OSUNA GÓMEZ, F. José: *Del contrato real y de la promesa de contrato real*. Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1947.
65. OTÁROLA AQUEVEQUE, Waldo: *De las reinscripciones en el Registro Conservatorio de Bienes Raíces*. Concepción (Chile), 1947.
66. PINEDO NAVARRETE, José Ignacio: *Estudio crítico de la jurisprudencia del Código civil en materia de tradición de bienes raíces (arts. 686, 687 y 688 del Código civil)*. Memoria de prueba. Santiago de Chile, 1959.
67. POMÉS ANDRADE, Alberto: *La mera tenencia*. Memoria de prueba. Santiago de Chile, 1966.
68. RAMÍREZ FRÍAS, Tomás: *Carta a don Humberto Trucco*, en "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo VII. Santiago de Chile, 1909.
69. RAPOSO ARRIAGADA, Enrique: *De las inscripciones en el Conservador de Bienes Raíces*. Memoria de prueba. Santiago de Chile, 1937.
70. RIBALTA PUIG, Luis: *De la prescripción adquisitiva extraordinaria*. Memoria de prueba. Santiago de Chile, 1956.
71. RICHARDS ABARCA, Anita: *La mala fe en el Código civil*. Memoria de prueba. Santiago de Chile, 1961.
72. RUBIO HODGES, Aldo: *Solemnidades en los actos jurídicos*. Memoria de prueba. Concepción (Chile), 1944.
73. RUEDA BENAVIDES, Roberto: *Rasgos principales de la constitución de la propiedad inmueble en nuestro país*. Memoria de prueba. Santiago de Chile, 1929.
74. SALAS ARAYA, Mariano: *Síntesis de las teorías sobre la posesión*. Memoria de prueba. Santiago de Chile, 1950.
75. SANJUEZA CRUZ, Alberto: *De la prescripción del derecho de Herencia*. Memoria de prueba. Santiago de Chile, 1950.
76. SANTA CRUZ SERRANO, Víctor: *El instrumento público*, en "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo XXXVIII, pág. 142, y tomo XXXIX, páginas 5 y 33. Santiago de Chile, 1941 y 1942.
77. SONAKE, Carlos: *Teoría de la posesión inscrita dentro del Código civil chileno*. Memoria de prueba. Santiago de Chile, 1920.
78. SILVA FERNÁNDEZ, Pedro: *Instrucciones de la Excelentísima Corte Suprema a los Notarios. Conservadores de Bienes y Raíces y Archiveros sobre autorización para llevar o admitir algún funcionario al servicio de sus oficinas y acerca de las imposiciones provisionales a los mismos*, en "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo LXII, pág. 65. Santiago de Chile, 1965.

79. SILVA VERGARA, Hernán: *Algunos aspectos de la promesa de contrato*. Memoria de prueba. Santiago de Chile, 1956.
80. SOLAR VARELA, Maximiliano: *El artículo 688 del Código civil, su doctrina y jurisprudencia*. Memoria de prueba. Santiago de Chile, 1961.
81. TEZANOS PINTO, Pablo de: *Comentario del Mensaje del Código civil*. Memoria de prueba. Valparaíso (Chile), 1944.
82. TOLOSA CHÁVEZ, Alfredo: *De la enajenación y gravámenes de los bienes raíces de la mujer casada ante la jurisprudencia*. Memoria de prueba. Concepción (Chile), 1948.
83. TRUCCO FRANZINI, Humberto: *Teoría de la posesión inscrita*, en "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo VI, pág. 131. Santiago de Chile, 1910.
84. UNDURRAGA OSSA, Sergio: *Estudio sobre la propiedad de los edificios dividida por pisos y departamentos*. Memoria de prueba. Santiago de Chile, 1965.
85. URREJOLA ROZAS, Sergio: *De la cláusula en que el comprador se hace cargo de las deudas hipotecarias*. Memoria de prueba. Santiago de Chile, 1955.
86. URRUTIA, Leopoldo: *De los derechos del acreedor sobre la cosa hipotecada*, en "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo XXII, pág. 26. Santiago de Chile, 1925.
87. — *Vulgarización sobre la posesión ante el Código civil chileno*, en "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo XXXI, pág. 5. Santiago de Chile, 1934.
88. URRUTIA HONORATO, Hernán: *Prontuario para el estudio de títulos de dominio de inmuebles*. Memoria de prueba. Santiago de Chile, 1940.
89. VALENZUELA ENCINA, Humberto: *La anotación en el Repertorio que lleva el Conservador de Bienes Raíces*. Memoria de prueba. Santiago de Chile, 1941.
90. VALLEJOS FERDINAND, Osvaldo: *Las formalidades esenciales en el Código civil, o Teoría general de los actos solemnes en el Derecho*. Memoria de prueba. Santiago de Chile, 1963.
91. VERDUGO ALVAREZ, Julio: *Del título en la posesión*. Memoria de prueba. Padre Las Casas (Chile), 1944.
92. VERGARA VICUÑA, José: *Nuestro régimen de escrituras públicas*, en "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo LX, pág. 134. Santiago de Chile, 1958.
93. VODNOVIO H., Drago: *Las acciones posesorias comunes*. Memoria de prueba. Santiago de Chile, 1958.
94. WILLIAMS IBÁÑEZ, Juan: *Teoría de la posesión en nuestro Código civil*. Memoria de prueba. Santiago de Chile, 1930.

JURISPRUDENCIA

Resoluciones y sentencias

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

POR MANUEL AMORÓS GUARDIOLA,
TIRSO CARRETERO GARCÍA y
EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO

REGISTRO DE LA PROPIEDAD

4. DESISTIENDO EL REGISTRADOR, AL QUE SE PIDE INFORME EN EL RECURSO GUBERNATIVO, DE LA APRECIACIÓN DE UN DEFECTO, PUESTO EN NOTA DE CALIFICACIÓN POR SU ANTECESOR, QUE TAMBIÉN INFORMÓ, Y DADO POR TERMINADO EL RECURSO POR EL PRESIDENTE DE LA AUDIENCIA, EN VISTA DE TAL DESISTIMIENTO, NO PROCEDE LA APELACIÓN ANTE LA DIRECCIÓN POR EL NOTARIO RECURRENTE, PORQUE EL RECURSO, AUNQUE SEA A EFECTOS EXCLUSIVAMENTE DOCTRINALES, CONFORME AL ARTÍCULO 112 «IN FINE» DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO, REQUIERE EL MANTENIMIENTO DE LA NOTA POR EL REGISTRADOR, CIRCUNSTANCIA QUE NO SE DA CUANDO EL SUCESOR DEL QUE LA PUSO ACCEDE A RECTIFICARLA, CONFORME AL ARTÍCULO 116 DEL MISMO REGLAMENTO.

Resolución de 10 de octubre de 1972 («B. O. del E.» de 20 de octubre).

Antecedentes de hecho.—Por escritura autorizada en Vigo, por el Notario don Luis Solano Aza, el 8 de septiembre de 1969, la viuda e hijos de don Román Fernández Morais aprobaron la partición de bienes convenida por los mismos, protocolizándose el oportuno cuaderno particional, en cuyo inventario figuraba bajo el número 12, situada en el Ayuntamiento de Puenteareas, lugar de Curuxeira, una «casa deshabitada de planta baja. Superficie de 35 metros cuadrados. Linda: Derecha, entrando,

carretera; izquierda, herederos de Benjamín Quintero; frente, carretera de Las Nieves, y trasera, el declarante. Su valor, 3.000 pesetas».

Presentada en el Registro de la Propiedad de Puenteareas primera copia del anterior documento fue calificado con nota que en la parte referente a la citada finca dice así: «Se suspende la inscripción por el defecto de no aparecer previamente inscrita, sin que pueda practicarse su matriculación, conforme al artículo 205 de la Ley Hipotecaria, por no constar en el documento presentado las circunstancias esenciales de la adquisición anterior hecha por el causante ni el título por el que éste adquirió dicha finca y sin que se hayan presentado otros documentos para acreditarlo (párrafo segundo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria y párrafos cuarto y quinto del artículo 298 de su Reglamento). No se toma anotación preventiva de suspensión por no haberse solicitado. Puenteareas, 8 de abril de 1972.»

El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que el artículo 298 del Reglamento Hipotecario, después de la reforma de 1959, dice que, «conforme al artículo 205 de la Ley Hipotecaria, pueden inscribirse sin el requisito de la previa inscripción: 1.º, los documentos comprendidos en su artículo 3 que sean anteriores en más de un año a la fecha en que se solicite la inscripción, aunque el derecho respectivo no conste en ningún otro documento»; que, por tanto, resulta evidente que la escritura presentada es inscribible, ya que fue autorizada el 8 de septiembre de 1969 y se presentó para su inscripción dos años y cuatro meses después, provocando la nota de 8 de abril de 1972, y que, posiblemente, el error se deba a la duda suscitada a veces sobre si la partición de herencia es o no título idóneo para la inmatriculación, por lo cual, para que la Dirección se pronuncie sobre este punto, sugiere al Registrador y él proyecta recurrir del Auto presidencial si procediere, aunque sólo sea a efectos exclusivamente doctrinales o los interesados subsanen el defecto.

El Registrador informó: Que en las inscripciones de inmatriculación, realizadas al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, su párrafo segundo exige que en el asiento que se practique se expresen las circunstancias esenciales de la adquisición anterior; que, efectivamente, no es necesario que esta adquisición anterior figure en ningún otro documento cuando ha pasado un año desde la fecha de aquel que se inscribe, pero esto no quiere decir que tal antecedente no sea necesario y debe invocarse; que el artículo 298 del Reglamento Hipotecario es de rango inferior que el 205 de la Ley Hipotecaria, que desarrolla, el cual debe interpretarse de la forma amplia señalada, pero sin prescindir de lo que dispone; que la necesidad de expresar las circunstancias especiales de la adquisición anterior, entre ellas el nombre de la persona de quien adquirió la finca el causante, es también preciso para que el Registrador se asegure de que no estaba ya inmatriculada, y en ello debe procederse con criterio riguroso; que de seguirse la opinión del recurrente podría originarse una doble inmatriculación y constituiría un medio de eludir los procedimientos de reanudación del tracto sucesivo; que por la descripción que se hace, la finca podría ser confundida con otra del inventario al no aportarse para evitarlo documentación complementaria de cualquier registro fiscal, amillaramiento o catastro; que el defecto señalado puede subsanarse con una simple instancia del interesado, que no supone prácticamente gasto alguno, y que no ha basado su calificación en la naturaleza jurídica de la partición, por lo que no procede entrar en esta cuestión.

Trasladado el titular de la oficina, se pidió informe al Registrador interino, quien lo emitió en el sentido de que, teniendo en cuenta la dificultad en la identificación de la finca cuestionada, ha extremado el rigor en su localización en los libros registrales y no habiendo aparecido inscrita accede a «rectificar en todo la nota recurrida» en mérito al primer

fundamento alegado por el recurrente, desistiendo, en consecuencia, del defecto señalado en la calificación, por lo que estima improcedente el recurso, incluso a efectos exclusivamente doctrinales.

El Presidente de la Audiencia, en vista de lo anterior, dio por terminado el recurso, ordenando se comunicase su decisión al recurrente, el cual se alzó de la resolución presidencial para que la Dirección se pronuncie sobre los distintos problemas, tanto sustantivos como procesales, planteados en el recurso interpuesto.

La Dirección General de los Registros rechaza esta alzada (1), acordando confirmar el Auto apelado en base a la siguiente doctrina:

Doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado.—

El recurso gubernativo, a efectos exclusivamente doctrinales, admitido por el último párrafo del artículo 112 del Reglamento Hipotecario, requiere indudablemente, al igual que el regulado con carácter ordinario en la Ley y Reglamento Hipotecario, el mantenimiento de la nota calificadora por parte del Registrador, por lo que al aparecer en el presente expediente que el funcionario que sucedió al frente del Registro al autor de la nota ha accedido en su informe a rectificar la misma en su totalidad, con aceptación de los argumentos alegados por el recurrente, es evidente que falta tan fundamental presupuesto para la procedencia del recurso y debe darse el mismo por terminado, tal como dispone el Auto presidencial recurrido, de acuerdo con lo ordenado en el artículo 116 del Reglamento Hipotecario.

COMENTARIO.—Podemos separar en él dos apartados: uno, referente a la cuestión procesal, única abordada por el Presidente de la Audiencia y la Dirección, y que condujo a uno y otra a dar por terminado el recurso sin resolver sobre el fondo; otro, referente a la cuestión de fondo, en la que no se entró, y que es una de tantas derivadas de la interpretación del artículo 205 de la Ley Hipotecaria y de su integración con los concordantes de su Reglamento. Por razones de congruencia con la Resolución procuraremos ser tan breves como neutrales en este segundo apartado.

A) El mantenimiento de la nota de calificación negativa como presupuesto procesal del recurso gubernativo.

La doctrina de la Dirección se reduce a considerar como presupuesto procesal del recurso gubernativo el mantenimiento de la nota que deniega o suspende la inscripción por el Registrador que emite informe, sea o no el que puso la nota y se trate del primer informe obligado en el recurso o de otro posterior pedido para mejor proveer. En la Resolución no se dice expresamente que el informe pedido al Registrador interino fuese el que para mejor proveer autoriza el artículo 124 del Reglamento, pero es preciso deducirlo así porque el primer informe exigido por el artículo 115 ya había sido emitido por el mismo Registrador que calificó el documento y puso la nota recurrida. La tesis mantenida por el Presidente de la Audiencia y transformada en doctrina jurisprudencial por el único considerando de la Resolución es que la actitud de allanamiento del Registrador que emite informe para mejor proveer, acordado conforme al artículo 124, sea o no el mismo que informó primero, lleva consigo todas las consecuencias del artículo 116. No pueden negarse las ventajas de esta doctrina, aunque debe reconocerse que roza el espíritu y casi la letra de los textos reglamentarios, que parecen partir de una muy diversa naturaleza y consecuencias del informe pedido de acuerdo con el artículo 116, y del informe para mejor proveer, a que se refiere el 124.

Antes de aventurar juicio crítico sobre la doctrina sentada veamos si la Resolución encuentra su apoyo en jurisprudencia anterior de la Direc-

(1) VISTOS Los artículos 112 y 116 del Reglamento Hipotecario y las Resoluciones del Centro Directivo de 9 de agosto y 16 de diciembre de 1955 y 3 de febrero de 1966

ción haciendo una breve referencia a las Resoluciones citadas en el vistos.

En la Resolución de 9 de agosto de 1955, el titular de una anotación preventiva de demanda en juicio ordinario ante un Juzgado de Primera Instancia recurría contra la calificación del Registrador, que admitiendo y calificando favorablemente un mandamiento del Juzgado especial de responsabilidades políticas practicó la cancelación por caducidad de aquella anotación preventiva. Es fácil ver que el problema es totalmente distinto al planteado en el recurso de que tratamos. Entonces se trataba de la posibilidad de recurrir contra la calificación favorable del Registrador por quien se estima perjudicado por esa calificación favorable (el titular de la anotación, perjudicado por su cancelación) y, por tanto, de lo más opuesto al recurso a meros efectos doctrinales, que cabe imaginar. Ahora estamos ante una apelación en la que el recurso, a meros efectos doctrinales, llega a su máxima pureza, porque el Notario apelante sólo aspira a obtener de la Dirección lo que ya tiene desde que el nuevo Registrador ha considerado inscribible la escritura que autorizó, y el Presidente de la Audiencia dio por terminado el recurso.

En la Resolución de 16 de diciembre de 1955 se trataba de la calificación desfavorable de una escritura de partición, en la que un nieto comparecía en representación de su padre premuerto, dándose por existente el derecho de representación en la sucesión testada en Cataluña (antes de la Compilación), lo que el Registrador de Tarrasa niega. Por traslado del Registrador que calificó, el informe se da por el nuevo Registrador de Tarrasa, que disiente de la nota y se allana al recurso, basándose en opiniones distintas sobre los requisitos de la preterición, aunque estima conveniente que informe también el Registrador que había extendido la nota. Este informa, en efecto, defendiéndola; el Presidente de la Audiencia la revoca, y la Dirección, sin entrar en el fondo, resuelve la apelación interpuesta por el Registrador que calificó, en el sentido de no reconocer a éste personalidad para recurrir, conforme a los artículos 122 y 116 del Reglamento, ya que reconocer personalidad a persona distinta del titular de la Oficina donde han de verificarse las operaciones registrales podría dar lugar a situaciones anómalas, afirmando también que el Registrador apelante no trata de proteger interés legal alguno.

La Resolución de 3 de febrero de 1966 estuvo planteada así: La Entidad CIPARSA, perjudicada por dos certificaciones del Ayuntamiento de Isla Cristina relativas al acuerdo municipal de resolución de adjudicaciones de parcelas para edificar, cuya inscripción fue denegada por el Registrador de Ayamonte (que no apeló del auto presidencial, contrario a su calificación), apeló ante la Dirección, y ésta resolvió que dicha Entidad carece de personalidad para apelar, porque, conforme al artículo 126 del Reglamento, sólo están legitimados para ello los recurrentes que entablaron el recurso y el Registrador. Con ellos nos quedamos sin doctrina jurisprudencial sobre cuestión tan interesante como la ejecutividad del acto administrativo ante el Registro.

Como vemos, las tres Resoluciones sólo coinciden en referirse al supuesto procesal, cuya falta impide más frecuentemente entrar en el fondo del asunto: la falta de personalidad para recurrir o para apelar; pero sólo la segunda se encuentra cercana a nuestro problema, aunque con una diferencia notable. Entonces el allanamiento procedía del Registrador informante, que era distinto del autor de la nota; en nuestro caso, el autor de la nota informa manteniendo su calificación negativa y el allanamiento proviene de un sucesor, al que también se ha pedido informe, al parecer para mejor proveer. ¿Existe idéntica *ratio*, que permita extender la total normativa del artículo 116 al informe para mejor proveer?

Debemos recordar la vieja cuestión sobre cuál debe ser el Registrador informante en el caso de cambio de titular en el período de tiempo que transcurre entre la nota y el informe. Se dudó mucho, pero las Resolu-

ciones de 21 de noviembre de 1889 y 23 de marzo de 1926 decidieron que quien debe informar es el Registrador que calificó, aunque hubiese pasado a otro Registro. Todavía MORELL Y TERRY, en 1927 (vigente ya el Reglamento de 1915), no solamente recogía la Resolución de 1889, sino que afirmaba que aunque el Reglamento se limitaba a decir que debía informar el Registrador, es natural que éste sea el mismo que calificó, pero—añade—hubiese sido conveniente expresarlo.

No procede entrar en las variadas razones que pudieron existir para el cambio de criterio que representa el Reglamento vigente. Cabe defender este cambio como un reflejo, aunque tardío, de la evolución histórica, que vino a configurar el cargo del funcionario europeo sobre la base romano-canónica de los *officia* impersonales, de las magistraturas orgánicas concebidas como centros abstractos de competencia totalmente independientes de las personas de sus titulares, frente al tono privatístico y personal de las relaciones feudales vasallo-señor (2). Pero es más fácil que influyeran razones fundamentalmente prácticas, y acaso entre ellas, la de ampliar las oportunidades de allanamiento. Con el nuevo criterio se dejaba un tanto desairado al Registrador calificador; al impedirle justificar y defender su nota se originaba cierta incongruencia con la concesión al Notario de personalidad para recurrir a efectos exclusivamente doctrinales y se recortaba el volumen de la jurisprudencia registral; pero, sin duda, las ventajas del cambio se estimaron decisivas.

El vigente texto reglamentario es claro. El informe se pide al titular del Registro en el momento de llegar a éste tal petición. Si el cambio de titular se produce precisamente dentro de los quince días del artículo 115, es claro que el saliente podrá remitir su informe antes de cesar e incluso allanarse e inscribir al amparo del artículo 116, aunque creemos que no podrá hacer la comunicación de allanamiento dejando el documento sin inscribir, a menos que medie expreso consentimiento del Registrador entrante.

¿Cuál será el Registrador que tiene personalidad para apelar? La Resolución de 16 de diciembre de 1955 se la negó al Registrador saliente, que había puesto la nota y que la había defendido en informe para mejor proveer, porque el Registrador al que correspondía dar el informe básico del artículo 115 se había allanado. Parece entonces que el Registrador legitimado para apelar es el que dio el informe básico y no el titular del Registro o, al menos, no sólo el titular del Registro en el momento de recibirse en éste la notificación del auto presidencial. Posiblemente, el Registrador informante deba tener personalidad para apelar, porque debe haber un momento decisivo en el recurso que haga el papel de *litis pendencia* (*litis contestatio*), y este momento, si pensamos en el mero carácter de recurso de reposición que tiene la fase anterior al informe del Registrador (la comunicación de allanamiento viene a ser una resolución favorable en reposición complicada), no puede ser otro que el de remisión del informe básico del Registrador. Refuerza este criterio la normativa referente a las costas (art. 130): éstas pueden corresponder al Registrador que extendió la nota o al que sostuvo su procedencia y, por tanto, resulta absurdo negar personalidad para recurrir al informante (que, en definitiva, sostuvo la procedencia de la nota) cuando ya no sea titular al notificarse el auto presidencial.

Hemos hecho todas estas consideraciones porque, en cierto modo, nos conducen a la postura del Notario apelante, que mantuvo la tesis de que una vez entablada definitivamente la controversia, por el enfrentamiento del escrito de recurso con el informe básico primero, ambas partes enfrentadas tenían derecho a una resolución sobre el fondo, que no podía

(2) EDUARDO G. DE ENTERRÍA *La Administración española*. Alianza Editorial, 1972, páginas 103 y sigs.

ser eludida trasladando al segundo informe (para mejor proveer) las consecuencias previstas en el artículo 116, y tenían también derecho a apelar de un auto que daba por terminado el recurso en base a una interpretación del Reglamento Hipotecario, a su juicio, incorrecta.

Acaso la Resolución se haya excedido al trasladar el momento de «litis pendencia» al informe para mejor proveer; acaso se haya dado excesiva importancia al argumento manejado en último lugar en la Resolución de 1955 (en el que se hace personaje protagonista al Registrador actual de la Oficina «donde han de verificarse las operaciones registrales, porque se podría dar lugar a situaciones anómalas dando papel principal a los anteriores); acaso por este camino no haya más remedio que dar igual sentido también al informe para mejor proveer pedido en la apelación. Pero la verdad es que tan pronto como se sustrajo el informe al Registrador calificador estaba iniciada una tendencia en la que es difícil detenerse.

Posiblemente, el mejor camino *lege ferenda*, para evitar muchos problemas del recurso gubernativo, sea sustituir el retorcido recurso de reposición, que ocultan los artículos 114 a 116 del Reglamento Hipotecario, por las normas más simples, razonables y prácticas de los artículos 55 a 57 del Reglamento del Registro Mercantil; de esta manera, aunque se mantuviera la doble instancia, además de la reposición, que es otra cuestión discutible, se eliminaban gran número de los problemas que han quedado apuntados, porque todo el recurso quedaría centrado sobre el acuerdo del artículo 57.

B) El desarrollo reglamentario del artículo 205 de la Ley Hipotecaria. Si la obstinación del Notario recurrente es digna de alabar por su valentía al reclamar una resolución sobre el fondo con el riesgo de perder lo que ya el allanamiento del Registrador interino le había concedido; en la cuestión de fondo el recurso en sí es criticable:

a) Por la forma en que se confunden, en el escrito de interposición, el defecto claramente reflejado en la nota (falta de constancia de las circunstancias esenciales de la adquisición anterior en el documento o en otros presentados al efecto) con el problema de la interpretación más o menos amplia que haya de darse a las palabras «títulos públicos» en el artículo 205 de la Ley, al que para nada hacía referencia la nota. Si, como parece, el recurrente confiaba en que esta segunda cuestión sería el objeto del recurso (si es título inmatriculador, al amparo del 205, la escritura de partición de herencia) para que la Dirección decidiese, no se percató a tiempo de que la nota iba por otro camino y su impugnación le resultó insuficiente, pues no basta alegar pura y simplemente el párrafo primero del artículo 298 para dejar sin virtualidad ninguna la exigencia legal de expresar las circunstancias esenciales de la adquisición anterior.

b) Por el indudable perjuicio que supone para el instrumento público el aprovechar la mediocre redacción del artículo 298, 1.º, del Reglamento Hipotecario para llevar las, ya de por sí benevolentes, normas de los artículos 172 a 174 del Reglamento Notarial al extremo de despreocuparse totalmente del apartado de antetítulos de la escritura, sin percatarse de que, cualquiera que sea la tolerancia ocasional de la legislación hipotecaria para la inmatriculación por títulos públicos, es en ese apartado donde se condensa la eficacia de la escritura referente a los negocios jurídicos de disposición (3).

(3) Estoy convencido de que al prestigio del Notariado francés ha contribuido mucho el apartado de «orígenes de la propiedad», en el que se relacionan las transmisiones anteriores de los treinta años últimos, con indicación de los títulos y titulares sucesivos. Como el Notario se responsabiliza del contenido de este apartado, resulta que merced al juego de la prescripción y de la transmisión nudo *consensu* una escritura con apartado de orígenes treintenales no está tan distante como parece del título real del Acta Torrens. El Notariado español ha preferido seguir el camino contrario, y en una evolución claudicante desde la normativa de la Instrucción de Cárdenas hasta

Las discusiones en torno a los requisitos para la inmatriculación basada en título público de cierta antigüedad o con fehaciencia de su antetítulo son tan antiguas como enojosas; anteriores y posteriores al traslado de parte del artículo 20 al 205 de la Ley. Una inexplicable falta de coordinación y diálogo entre el legislador fiscal y el hipotecario fue la causa de todas las ambigüedades que se han venido produciendo en torno a esta modalidad de inmatriculación, y la fatigosa coordinación del artículo 205 con sus concordantes del Reglamento nunca acaba, como el recurso demuestra. Posiblemente, el problema sea insoluble y por ello la Dirección ha tenido en cuenta los inconvenientes de entrar a decidir sobre el fondo una vez que el problema concreto había quedado despejado.

ROCA SASTRE llega a enumerar hasta ocho manifestaciones o variantes en este medio de inmatriculación y en su análisis tiende a la postura disgregadora, haciendo del medio inmatriculador establecido en el artículo 205 de la Ley uno de ellos, uno más, el primero, y aunque en el artículo se contengan normas de aplicación general a los restantes. Dentro de esta primera variante, las posiciones respecto a la constancia en el documento inmatriculador mismo de la fehaciencia del acto adquisitivo del transferente y de las circunstancias esenciales de tal adquisición ha originado también muchas discusiones, y ROCA se coloca en posición intermedia entre LA RICA y SANZ, considerando «conveniente» que el Notario haga constar la exhibición del antetítulo. En cambio, al tratar de la tercera variante (documento público de más de un año de antigüedad: art. 298, 1.º, del Reglamento), aunque dice que se trata de una manifestación semejante a la primera, añade que tiene la particularidad importante de no requerirse acreditar ni hacer constar de modo alguno la adquisición del transferente (4). Esta frase avalaba en cierto modo la posición del Notario recurrente, pero no anda desacertado el Registrador al defender que cualquiera que sea la interpretación generosa que reglamentariamente se haya dado al artículo 205 de la Ley no cabe prescindir de lo que dispone. Frente a la tesis disgregadora, el Registrador mantiene la unitaria, según la cual hay un solo medio de inmatriculación por título público centrado en el artículo 205, aunque luego el Reglamento haya establecido varios sustitutivos o sucedáneos para el requisito de la fehaciencia del antetítulo. De esta manera, la antigüedad del año es un sucedáneo del antetítulo fehaciente; se puede prescindir del documento-antetítulo, no hace falta ni exhibirlo al Notario ni aportarlo al Registrador, incluso puede no existir, pero sigue siendo preciso dar cumplimiento en el asiento y, por tanto, en el título al apartado 2.º del artículo 205: expresión de las circunstancias esenciales de la adquisición anterior, lo que, a fin de cuentas, coincide, pura y simplemente, con lo que, en todo caso, exige al Notario el artículo 174 del Reglamento Notarial.

T. C. G.

los tolerantes artículos 172 a 174 del Reglamento Nacional, se llega a querer considerar excesivos éstos y suprimir totalmente el apartado de títulos al amparo del artículo 298 del Reglamento hipotecario

(4) *Derecho hipotecario*, 1968, III, pág. 394

5. INSTITUIDA HEREDERA UNIVERSAL EN NUDA PROPIEDAD, TRAS VARIOS LEGADOS E INSTITUCIÓN DE HEREDEROS EN USUFRUCTO Y EN PROPIEDAD, UNA COMUNIDAD RELIGIOSA PARA CONSTITUIR CON LOS BIENES DE LA HERENCIA UNA FUNDACIÓN PARA ESCUELA DE CAPACITACIÓN INDUSTRIAL O AGRARIA, CUYA SEDE HABRÁ DE ESTAR EN LA CASA DE UNA FINCA DE LA TESTADORA, QUE ÉSTA PROHÍBE COMPLETAMENTE DESMEMBRAR, PARCELAR Y VENDER EN TODO O EN PARTE, PARA ASÍ ATENDER A LOS FINES PARA QUE SE DEJA, E INSCRITA DICHA FINCA EN EL REGISTRO CON TAL PROHIBICIÓN EN VIRTUD DE LA ESCRITURA PARTICIONAL, NO SON INSCRIBIBLES UNAS ESCRITURAS DE PARCELACIÓN DE LA MISMA Y VENTA DE LAS PARCELAS SEGREGADAS HECHAS POR LOS ALBACEAS CON AUTORIZACIÓN DE LA COMUNIDAD RELIGIOSA, Y AMPARADOS EN OTRA CLÁUSULA TESTAMENTARIA EN LA QUE SE LES FACULTA PARA VENDER BIENES DE LA HERENCIA, INCLUSO INMUEBLES, SI FUESE NECESARIO, PARA PAGOS E IMPUESTOS DE LA TESTAMENTARÍA, PORQUE TALES VENTAS NO SE ACOMODAN A LA CLARA VOLUNTAD DE LA TESTADORA, QUE AL ESTABLECER SOBRE DICHA FINCA LA PROHIBICIÓN DE DISPONER DABA A ENTENDER QUE PRIMERAMENTE DEBÍAN VENDERSE PARA DICHOS PAGOS OTROS BIENES MUEBLES O INMUEBLES DEL CAUDAL.

Resolución de 15 de noviembre de 1972 («B. O. del E.» de 25 de noviembre).

Antecedentes de hecho.—Doña Elena Ruiz de Azcárraga y San Martín, sin sucesión forzosa, otorgó testamento en Madrid el 17 de junio de 1963 ante el Notario de la capital don Luis Sierra Bermejo, en el que tras ordenar varios legados instituyó heredero universal en nuda propiedad en el remanente de todos sus bienes, con la obligación de ofrecer perpetuamente determinados sufragios y obras piadosas, a la Comunidad de Padres Salesianos, que debería constituir con ellos «una fundación, que se denominará 'Nuestra Señora de Valvanera', para Escuela de Capacitación Industrial o Agraria, con el fin de que se capacite moral y materialmente a los jóvenes de Ceniceros y Uruñuela, provincia de Logroño, siendo preferidos los primeros. La sede de esta Escuela tiene que ser en la misma casa de la finca de Somalo, Torremontalvo (Logroño). Queda prohibida completamente la desmembración de lo que hoy constituye Somalo, ni parcelarlo ni venderlo en todo o en parte, para así atender a los fines para que se deja» (cláusula quinta); en la cláusula 11 se dice que «es voluntad de la otorgante que cuantos legados tenga ordenados y dispues-

tos en este testamento, así como la institución de herederos en usufructo y en propiedad, comprendida en la cláusula cuarta a favor de sus hermanos, se entiendan libres de cargas y de toda clase de gastos e impuestos, el importe de los cuales será abonado por el albaceazgo con cargo a los bienes de la herencia»; en el citado testamento se faculta a los albaceas para «vender bienes de cualquier clase, incluso inmuebles si fuera necesario, para pagos e impuestos de la testamentaria» (cláusula octava); la testadora falleció el 16 de diciembre de 1965 bajo el anterior testamento, y el 12 de diciembre de 1966 se autorizó en Madrid, por el Notario don Juan Vallet de Goytisolo, escritura de manifestación y adjudicación de bienes de la herencia de la causante en que se daba cumplimiento a su última voluntad, escritura que se inscribió en el Registro de la Propiedad; el 8 de agosto de 1967 se otorgó en Bilbao, ante el Notario don José Antonio Torrente Secorun, otra escritura, mediante la cual el reverendo padre Emilio Hernández García, Inspector provincial de la Congregación Salesiana, con poder del Rector Mayor de la misma, conforme al artículo 56 de sus Constituciones, que se mencionaba, autorizó a los albaceas testamentarios de la repetida causante para que «ambos, juntos o por separado con poder del otro, parcelen y vendan en todo o en parte, a quienes les pareciere, por los precios y en las condiciones que exige la finca número 83—del inventario particional—, heredad de regadío en Campillo u Olivar Grande, sita en Somalo, jurisdicción de Torremontalvo», que pertenecía a la nombrada Congregación por el anterior título indicado y que formaba parte del complejo denominado Somalo, destinado a atender los gastos de la Fundación «Nuestra Señora de Valvanera»; en el referido poder del Rector Mayor de la Congregación Salesiana, reverendo padre don Renato Ziggiotti, incorporado mediante testimonio a la anterior escritura de autorización, se dice que «en la sesión del Capítulo Superior o Consejo Generalicio de dicha Sociedad, celebrada el 7 de diciembre de 1961, bajo su presidencia, en la Casa Madre de Turín, se tomó el siguiente acuerdo, que el declarante con este acto convierte en ejecutivo: Conforme al artículo 56 de nuestras Constituciones se autoriza al declarante, y por medio de éste su poder general al reverendo señor don Emilio Hernández García, Inspector o Provincial de la Inspectoría Salesiana de San Francisco de Sales, con residencia en Bilbao, Deusto (España), y a sus legítimos sucesores *pro-tempore* en dicho cargo, para que en relación con los bienes muebles e inmuebles pertenecientes a la Congregación Salesiana dentro de los límites de dicha Inspectoría o Provincia Religiosa, en nombre y representación del mandante, en el modo más amplio y completo como en Derecho se requiere, pueda ejecutar determinados actos, entre los cuales no figuran los de parcelación y segregación». El 18 de agosto de 1967 se otorgó en Logroño, ante el Notario don José de Granda y Martínez, escritura de división material de finca rústica para su venta a varios compradores en escrituras posteriores, mediante la cual, debidamente autorizado, el albacea don Alejandro Ruiz de Azcárraga y San Martín, «no habiendo aportado los herederos nudo propietarios ni los usufructuarios el efectivo necesario para los pagos e impuestos de la testamentaria, usando de sus facultades y utilizando las autorizaciones y licencias conferidas», divide la finca número 83 del inventario de la escritura de partición de doña Elena Ruiz de Azcárraga y San Martín, va señalada, en 14 parcelas para su venta posterior a los colonos que la venían cultivando, y por escrituras posteriores otorgadas ante el mismo Notario desde dicha fecha—18 de agosto de 1967—hasta el 21 de los mismos mes y año, el citado albacea vendió a los mencionados colonos las parcelas correspondientes.

Presentados en el Registro de la Propiedad de Logroño primera copia de la expresada escritura de división material, junto con posteriores escrituras de compraventa y los demás documentos complementarios, fue-

ron calificados en la primera división material con la siguiente nota: «Denegada la inscripción del precedente documento, el cual fue presentado con la escritura de poder que se dirá, por observarse en él los siguientes defectos: 1.º El poder dado por el reverendo padre Emilio Hernández García, en representación de la Sociedad de San Francisco de Sales, a favor de don Ricardo y don Alejandro Ruiz Azcárraga y San Martín, mediante escritura otorgada en Bilbao el 8 de agosto de 1967, ante el Notario don José Antonio Torrente Secorun, contiene las facultades de parcelar y vender en todo y en parte a quienes les pareciere, por los precios y las condiciones que exige, la finca número 83, heredad regadío en Campillo u Olivar Grande, sita en Somalo, jurisdicción de Torremontalvo .», y del testimonio incorporado en dicha escritura de poder resulta que el reverendísimo sacerdote doctor don Renato Ziggotti, en su calidad de Rector Mayor de la Sociedad de San Francisco de Sales, vulgo Congregación Salesiana o Salesianos de Don Bosco, en ejecución del acuerdo, convertido en dicho acto en ejecutivo, adoptado en sesión del Capítulo Superior o Consejo Generalicio de dicha Sociedad celebrado el 7 de diciembre de 1961, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 56 de las Constituciones de referida Sociedad, se autorizó al reverendo señor don Emilio Hernández García y a sus legítimos sucesores *pro-tempore* en dicho cargo para que en relación con los bienes muebles o inmuebles pertenecientes a la expresada Congregación Salesiana, dentro de los límites de dicha Inspectoría o Provincia Religiosa, en el modo más amplio y completo, como en Derecho se requiere, pueda ejecutar diversos actos, amplios y concretos, que se enumeran bajo los números 1, 2, 5, 7, 8 y 10 del referido testimonio inserto, entre los cuales no figura comprendida la expresada facultad de parcelar o segregar que exige la Ley y que es objeto del documento que se califica. Como asimismo tampoco se insertan ni se acompañan las Constituciones de la expresada Congregación para su calificación de si el poder y facultades conferidas corresponden única y exclusivamente al Capítulo Superior o Consejo Generalicio. 2.º Porque la finca que en dicho documento se parcela para su venta en Olivar Grande o Campillo, llamada en el Catastro «Campillo», polígono 4, parcela 1 A-B, de 10 hectáreas, 7 áreas y 4 centiáreas, según el Catastro, y 10 hectáreas, 24 áreas y 85 centiáreas, según el Registro, y cómo formando parte del complejo Somalo-Torremontalvo se inscribió el 4 de junio de 1969 al tomo 587 del Archivo, libro 3 del Ayuntamiento de Torremontalvo y Somalo, folio 237, finca número 304, inscripción primera, en usufructo a favor de don Alejandro Ruiz de Azcárraga y San Martín, y pasando dicho usufructo, al faltar don Alejandro, a sus hermanos, doña Julia, doña Mariana y don Ricardo Ruiz de Azcárraga y San Martín, y en nuda propiedad y como heredero nudo propietario, con la facultad de convertirse en pleno dominio al extinguirse el usufructo del último de los usufructuarios instituidos, se inscribió a favor de la Comunidad de Padres Salesianos, cuya inscripción, que fue motivada por la escritura otorgada en Madrid el día 12 de diciembre de 1966, ante su Notario don Juan Vallet de Goytisolo, con motivo del fallecimiento de la excelentísima señora doña Elena Ruiz de Azcárraga y San Martín, se practicó con la prohibición de enajenar, desmembrar o parcelar, ni en todo ni en parte, dicha finca, prohibición impuesta por dicha excelentísima señora en su testamento otorgado en Madrid el 17 de julio de 1963, ante el Notario don Luis Sierra Bermejo, prohibición establecida por la testadora con objeto de que la Comunidad de Padres Salesianos cumpla con las fincas que integran el complejo Somalo-Torremontalvo ..., los fines que la testadora fijó en su referido testamento, siendo la cláusula quinta de éste del siguiente tenor literal: «Quinta. Instituye como heredero en nuda propiedad del remanente de todos sus bienes a la Comunidad de Padres Salesianos, cuya nuda propiedad se convertirá en pleno dominio al extinguirse el usufructo, con

la obligación de ofrecer perpetuamente los siguientes sufragios en el mes de noviembre, o sea, las 30 misas, una por cada uno de los difuntos que señala en su testamento. Dispone la testadora que por la expresada Orden se constituya, una vez consolidado el pleno dominio, con los bienes que le correspondan, una Fundación, que se denominará 'Nuestra Señora de Valvanera', para Escuela de Capacitación Industrial o Agrícola, con el fin de que se capacite moral y materialmente a los jóvenes de Ceniceros y Uruñuela, provincia de Logroño, siendo preferidos los primeros. La sede de esta Escuela tiene que ser en la misma casa de la finca de Somalo-Torremontalvo—Logroño—. Queda prohibida completamente la desmembración de lo que hoy constituye Somalo, ni parcelarlo ni venderlo en todo o en parte, para así atender a los fines para que se deja. Todos los ornamentos religiosos que tiene en su casa de Somalo, como los cuadros religiosos, serán para la misma Comunidad instituida heredera, con igual prohibición de enajenar. También se obliga a la Comunidad heredera de dar a perpetuidad una limosna con la fecha del día de la muerte de la testadora a los pobres que existan en la lista oficial de los Ayuntamientos de Ceniceros y Uruñuela, no pudiendo aumentar el número de ellos, y la limosna será de 25 pesetas cada uno.» Y si bien el primero de los defectos es subsanable, el segundo no lo es, por lo que no procede tomar anotación preventiva.

Como consecuencia de la anterior nota también se denegó la inscripción de trece escrituras de compraventa de las diferentes parcelas en que se había dividido la finca principal, según notas de calificación muy similares a la primera.

El Notario autorizante interpuso recurso gubernativo contra la primera calificación, y alegó: Que como las calificaciones de las escrituras de venta no eran más que una consecuencia de la previa denegación de la de división material, bastaba recurrir contra la nota puesta en dicha escritura para que si se resolvía revocándola, automáticamente pudiesen inscribirse las que se habían otorgado con posterioridad; que con referencia a la citada calificación, el propio Registrador que deniega por insuficiencia del poder ha inscrito en la misma oficina de Logroño agrupaciones y segregaciones contenidas en la escritura de 12 de diciembre de 1966, autorizada por el Notario señor Vallet, que fue presentada en el Registro acompañada de un testimonio que se archivó en él, autorizado el 11 de diciembre de 1962 por el Notario don Ignacio Nart Fernández, en el que es de suponer figurasen las Constituciones, Estatutos o Capítulos de la Congregación Salesiana, puesto que no los echó de menos el Registrador; que habiendo, por tanto, constatación registral de las omisiones que señala el funcionario calificador como defecto *subsanable* por el cual *deniega* la inscripción, no deben ser consideradas defecto de ninguna clase; que la denegación de inscripción por el defecto insubsanable de contravenir la prohibición de la testadora la parcelación y venta de la finca Olivar Grande o Campillo, una, ni la mejor ni la peor, de las que forman el complejo Somalo, obliga a la interpretación del testamento de la finada, doña Elena Ruiz de Azcárraga y San Martín; que el testamento, acaso la más pura de las manifestaciones del principio de autonomía de la voluntad, se define por la doctrina y la jurisprudencia (sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1965) como un «acto o negocio jurídico solemne, en principio unilateral y esencialmente revocable, otorgado por persona capaz con la intención seriamente declarada de producir para después de la muerte de su autor consecuencias eficaces en derecho con mandatos inequívocos para regular la sucesión»; que el testamento, sin dejar de ser un acto, es un régimen—el de la sucesión *mortis causa*—ordenador de todas las relaciones jurídicas en las que el difunto estuviera implicado y a las que lícitamente pudiera llegar el influjo de su voluntad; que la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero

de 1952 dice que la voluntad del testador «es ley de la sucesión sólo en cuanto se mantenga dentro de los límites materiales y formales permitidos por el ordenamiento jurídico, de suerte que si tal limitación es rebasada y se actúa frente a una prohibición legal será nulo lo actuado, conforme prescribe el artículo 4 del Código civil»; que cuando el contenido del testamento es diáfano sin dejar lugar a dudas, no cabe más interpretación que la literal (art. 675 del Código civil), pero «cuando las cláusulas son ambiguas, oscuras o contradictorias (sentencia de 2 de junio de 1950) se impone la interpretación esclarecedora (sentencias de 4 de junio de 1959 y 21 de febrero de 1962); que el párrafo cuarto de la cláusula quinta del testamento de doña Elena Ruiz de Azcárraga y San Martín dice que «queda prohibida completamente la desmembración de lo que hoy constituye Somalo»; que ante esta cláusula lo primero que hay que averiguar es lo que debe entenderse por «hoy»; que la interpretación de referirse la testadora al tiempo de hacerse el testamento debe rechazarse, puesto que con posterioridad segregó y vendió varias parcelas especialmente fértiles; que referida la expresión hoy al tiempo de la muerte de la testadora —momento en que todo el testamento adquiere su plena validez—, hay que tener también en cuenta la cláusula undécima, en que se dispone que «es voluntad de la otorgante que cuantos legados deja ordenados en este testamento, así como la institución de herederos en usufructo y en propiedad comprendidos en la cláusula cuarta a favor de sus hermanos, se entiendan libres de cargas y de toda clase de gastos e impuestos, el importe de los cuales será abonado por el albaceazgo con cargo a los bienes de la herencia»; que no distingue la testadora, ni por consiguiente se debe distinguir, si esos bienes de la herencia sobre los que deben recaer los gastos e impuestos de la misma sean o no de los que forman parte del complejo Somalo, reforzando esta interpretación la facultad conferida a los albaceas en la cláusula octava para «vender bienes de cualquier clase, incluso inmuebles, para pago de gastos e impuestos de la testamentaria» sin hacer ninguna exclusión; que forzosamente se debe entender que lo dispuesto en las cláusulas octava y undécima limitan la extensión de la prohibición contenida en la cláusula quinta, porque de no satisfacerse el impuesto sucesorio no hubieran podido heredarse los bienes relictos al óbito de doña Elena Ruiz de Azcárraga y San Martín ni se podrían haber inscrito en el Registro de la Propiedad, que está obligado a pedir la justificación del pago de los impuestos y archivar las cartas justificativas de haberse hecho efectivo; que en el párrafo tercero de la repetida cláusula quinta ordena la testadora que por la Congregación Salesiana «se constituya, una vez consolidado el pleno dominio con los bienes que le correspondrán, una Fundación» benéfico-docente denominada «Nuestra Señora de Valvanera», con los fines, deberes y obligaciones que detalla; que el primer párrafo de la misma cláusula quinta «instituye como heredero en nuda propiedad del remanente de todos sus bienes a la Comunidad de Padres Salesianos, cuya nuda propiedad se convertirá en pleno dominio al extinguirse el usufructo, con la obligación de ofrecer perpetuamente» determinados sufragios, obligándose igualmente a la Comunidad por el párrafo sexto a dar perpetuamente una limosna en la fecha en que muriese la testadora a los pobres de los Ayuntamientos de Ceniceros y Uruñuela; que así como en el párrafo tercero de esta cláusula aplaza la testadora la creación de la Fundación hasta el momento en que el último usufructo se consolide con la nuda propiedad, las obligaciones piadosas deben cumplirse desde que ocurra el fallecimiento de la causante hasta el final de los tiempos, por lo que los sacerdotes que digan los sufragios han de percibir su limosna y estipendio no de la nuda propiedad improductiva, sino de la propiedad plena cuando se consoliden con ella los usufructos; que en la calificación de la escritura de partición de 12 de diciembre de 1966 no se hace reserva ni salvedad alguna sobre prohibi-

ciones de desmembrar, ni de enajenar, ni otra limitación que advierta a quienes basados en dicho título transmitan, adquieran, graven, modifiquen o realicen cualquier acto o negocio jurídico sujetos a inscripción; que, sin embargo, en las escrituras de parcelación, las 14 otorgadas ante el recurrente, el mismo Registrador de la Propiedad, en nota por él suscrita el 12 de enero de 1970, afirma haber practicado la inscripción primera de la finca 304, obrante al folio 237 del tomo 587 del Archivo General del Registro de la Propiedad de Logroño, libro tercero de Torremontalvo, con la prohibición de enajenar, desmembrar o parcelar ni en todo ni en parte, resultando extraño que apareciendo las inscripciones de las fincas del complejo Somalo, sin limitación ni reserva alguna, aparezcan posteriormente con una prohibición de enajenar, desmembrar o parcelar; que ello hace suponer que los primitivos asientos pudieron haber sido rectificadas por el propio Registrador, haciendo uso liberal y amplísimo de los preceptos del título VII de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento; que, además, la prohibición de enajenar impuesta por la testadora para cuantos bienes constituyen la Fundación pugna abiertamente con el número 2 del artículo 785 del Código civil, según el cual no surtirán efecto las disposiciones que contengan prohibición perpetua de enajenar, y que en la misma dirección el artículo 27 de la Ley Hipotecaria afirma que las prohibiciones de enajenar y disponer se harán constar en el Registro y producirán efecto si están impuestas por el testador en disposiciones de última voluntad «siempre que la legislación vigente reconozca su validez», por lo que *a sensu contrario* no serán inscribibles las que no sean legales, como es, por ejemplo, la prohibición perpetua de enajenar, que no sirve para nada, aunque indebidamente se inscriba en el Registro de la Propiedad, según entiende la doctrina hipotecarista más solvente.

El Registrador informó: Que le asombra y considera ofensiva la afirmación del recurrente de que las inscripciones de las fincas integrantes del complejo Somalo fueron practicadas «sin limitación ni reserva alguna», apareciendo posteriormente una prohibición de enajenar, desmembrar o parcelar; que las referidas inscripciones se practicaron con la indicada prohibición, según figuraba en el testamento de la causante, y si en las notas puestas al pie del título que se inscribió no se hicieron constar dichas limitaciones fue por no ser procedente, ya que en las citadas notas sólo se ponen los pactos o condiciones por los que se suspenda o deniegue la inscripción; que la Comunidad Salesiana aceptó la herencia con todas las cargas impuestas por la testadora, obligándose con el capital y bienes heredados a cumplir los fines señalados en el testamento; que si bien la causante autorizaba a los albaceas para vender bienes de todas clases, incluso inmuebles, para hacer frente a los gastos e impuestos de la testamentaria, esta autorización no puede extenderse a los bienes integrantes del complejo Somalo-Torremontalvo, teniendo en cuenta el carácter terminantemente prohibitivo de la disposición testamentaria; que, por tanto, si en la sucesión de la expresada señora no había efectivo suficiente pudieron haberlo aportado los interesados y en último término vender valores mobiliarios, ya que vendiendo éstos el quebranto ocasionado hubiera sido muy inferior al producido al vender bienes inmuebles de regadío, en continua revalorización, dándose además el caso curioso de que primero fueron satisfechos los derechos reales y con posterioridad se vendieron las fincas para atender al pago de los mismos; que el poder dado por el reverendo padre Emilio Hernández García, a favor de don Francisco y don Alejandro Ruiz de Azcárraga y San Martín, contiene facultades de parcelar y vender, pero no para segregar o parcelar; que no han sido presentadas en el Registro directamente ni incorporadas a ningún otro documento, ni como complementario, las Constituciones de la Congregación Salesiana para poder calificar si las facultades conferidas corresponden única y exclusivamente al Capítulo Superior o Consejo Gene-

ralicio, sin que la opinión del recurrente pueda sustituir a dichas Constituciones, las cuales no se exigieron al inscribir la herencia por tratarse de un acto adquisitivo, sin que del testimonio autorizado el 11 de diciembre de 1962 por el Notario don Ignacio Nart Fernández, incorporado parcialmente en la escritura de don Juan Vallet de fecha 12 de diciembre de 1966, resulte tener facultades para parcelar o segregar el reverendo padre Emilio Hernández García, el cual no ha intervenido en segregación o parcelación alguna con anterioridad a las denegadas, pues las recogidas en la partición hereditaria de doña Elena Ruiz de Azcárraga y San Martín fueron realizadas por ella en su testamento; que en cuanto a las alegaciones del recurrente respecto a los límites permitidos por el ordenamiento jurídico, estima que el testamento de doña Elena Ruiz de Azcárraga y San Martín está dentro de los límites permitidos por el mismo; que sus cláusulas son claras y no dejan lugar a dudas, por lo que desde el momento en que ocurrió el óbito de la expresada señora todos los bienes integrantes del llamado complejo Somalo-Torremontalvo quedaron sujetos, excepto las parcelas que en dicho testamento legaba la finada a varias personas, a todas las prohibiciones y limitaciones impuestas, con objeto de que dichos bienes pudieran destinarse a los fines que en última voluntad se fijaban, y con tales prohibiciones y limitaciones fue aceptada la herencia por los interesados, sin que los albaceas pudieran vender fincas integrantes del expresado complejo, y que, finalmente, hace constar que las notas a que se refiere el recurrente—de 4 y 24 de junio de 1969—de poca información podían servir a los adquirentes en las escrituras cuya inscripción se denegó con fecha 12 de enero de 1970, ya que estas escrituras se otorgaron el año 1967, o sea, antes de inscribirse la testamentaria.

El Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador en cuanto al primer defecto, por entender suficientemente facultado al reverendo padre Emilio Hernández García para representar a la Congregación Salesiana, y confirmó el segundo, dados los claros términos de la cláusula testamentaria de doña Elena Ruiz de Azcárraga y San Martín, que prohíbe la desmembración del complejo Somalo, que destina a una Fundación benéfica de carácter agro-industrial.

El Notario recurrente se alzó de la decisión presidencial, y a sus anteriores argumentos en cuanto al defecto subsistente agregó: Que al no existir en la herencia dinero suficiente para el pago de los impuestos ni aportarlo los herederos se planteaba la cuestión de si era más conveniente vender bienes o valores, y dado que también éstos irían a parar en su momento a la Congregación Salesiana para la Fundación que se establecía, se optó, de acuerdo todos los interesados, por la venta de una pequeña parte del complejo Somalo, ya que el momento coyuntural no aconsejaba la venta de acciones y que, en definitiva, la primera perjudicada si esto se hacía sería la propia Fundación.

La Dirección General resuelve la apelación interpuesta por el Notario recurrente, acordando confirmar el auto apelado y las notas del Registrador, éstas en cuanto al segundo defecto, único objeto de la apelación (1), en base a la siguiente doctrina:

Doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado.—Para inscribir las 14 escrituras de compraventa que se han autorizado se requiere previamente la inscripción de la de segregación y parcelación realizada por los albaceas, y en su consecuencia corresponde examinar el único defecto de que se ha apelado, a saber, si la prohibición impuesta por la causante en su testamento—cláusula quinta—de no poder enajenar, desmembrar o parcelar ni en todo ni en parte el conjunto de fincas

(1) Vistos los artículos 675, 781, 785, 901, 905 y 910 del Código civil, primero de la Ley Hipotecaria, las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1929, 5 de julio de 1947, 14 de febrero de 1952 y 22 de junio de 1954.

rústicas y urbanas que constituye la heredad denominada Somalo, y que tiene su reflejo en los libros registrales, no ha de tenerse en cuenta en el caso debatido, dado que la misma testadora autoriza en la cláusula octava del citado testamento a los propios albaceas para vender bienes de cualquier clase, incluso inmuebles si fuese necesario, para pago de gastos e impuestos de la testamentaria, y para este menester se parcelaron y enajenaron las fincas cuya inscripción se solicita.

Queda fuera del debate de este recurso la cuestión apuntada por el Notario recurrente sobre la posible ineficacia de la cláusula prohibitiva de enajenar, en cuanto que al no establecerse ningún límite temporal podría vulnerar lo ordenado en el artículo 785, 2.º, del Código civil, pues dado que se extendió el asiento correspondiente, mientras no se declarase en su caso su inexactitud, de conformidad con el artículo 1, 3.º, de la Ley Hipotecaria, se halla bajo la salvaguardia de los Tribunales y produce todos sus efectos, y como, además, y aparte de lo anterior, la ineficacia de la prohibición, sería a partir del segundo grado o bien una vez constituida la Fundación, situación que todavía no se ha producido, la cuestión se ha de centrar exclusivamente en la interpretación de la voluntad de la testadora para saber si su intención era dar primacía en términos absolutos a lo ordenado en la cláusula octava de su testamento o si, por el contrario, las facultades que en la misma confiere a los albaceas han de ceder frente a la prohibición contenida en la cláusula quinta del mismo testamento.

Según establece el artículo 675 del Código civil, toda disposición testamentaria habrá de entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que era otra la voluntad del testador, y en caso de duda se observará la que sea más conforme con su intención, y por eso el Tribunal Supremo, al interpretar este precepto, indica en reiterada jurisprudencia que habrá que examinar todas y cada una de las cláusulas testamentarias y relacionarlas unas con otras, a fin de que pueda observarse y cumplirse lo realmente querido por el causante.

Entre las facultades que competen al albacea ocupa una posición preeminente la de interpretar el testamento, función que ha de procurar adaptándose a la real voluntad del *de cuius* y sin mixtificaciones que pudieran desvirtuarla, y por eso cuando los albaceas, dentro del plazo legal y sin agotar siquiera el de la prórroga que la testadora había establecido, liquidaron el patrimonio relicto y otorgaron la escritura el 12 de diciembre de 1966 adjudicaron al heredero—en cumplimiento de lo ordenado en la cláusula octava del testamento de la causante—la nuda propiedad de todas las fincas rústicas y urbanas que se comprenden en el conjunto de Somalo, con la prohibición de disponer establecida y sin que para el pago de los gastos e impuestos de la testamentaria se vendiese ninguno de los inmuebles que forman parte del mismo, por entender seguramente los albaceas, y en esto actuaron correctamente, que al existir otro tipo de bienes, tanto muebles como inmuebles, era a éstos a los que primeramente habría que acudir, y en su caso enajenar, para cumplir con la reserva hecha en el apartado XII de la escritura de partición y sólo en último término a aquellos a que la testadora había dado un destino determinado, con lo que quedaban perfectamente armonizadas las dos cláusulas testamentarias.

Aun cuando con la formalización de la escritura particional queda agotado el poder conferido por la testadora a los albaceas, pues es reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo al aplicar el artículo 910 del Código civil que las atribuciones de los mismos cesan cuando los herederos aprueban las operaciones divisorias y toman posesión de los bienes integrantes del caudal hereditario—como aquí ha sucedido—, al estar pen-

diente de realización, tal como se recoge en el apartado XII de la mencionada escritura, el cumplimiento de lo ordenado en la cláusula undécima del testamento de la causante y realizar su misión los albaceas, dentro de la prórroga que les fue conferida, siguen ostentando la personalidad para poder actuar, y en su consecuencia las escrituras de parcelación y venta otorgadas producirían todos sus efectos si no hubiese sido porque no se acomodaron a la clara voluntad de la testadora, que estableció sobre esos inmuebles una prohibición de disponer.

COMENTARIO.—I) En el segundo considerando explica la Resolución por qué no entra ni puede entrar en la cuestión de la validez o ineficacia de la cláusula prohibitiva de enajenar Somalo impuesta por doña Elena Ruiz de Azcárraga. Aunque sus razones son aceptables dejaremos apuntadas dos observaciones, que no llegan a ser reparos:

a) Es cierto que una Resolución de 25 de junio de 1904 extendió el artículo 785, 2.º, del Código fuera del campo donde está situado (sustituciones fideicomisarias), y precisamente uno de los argumentos para ello fue el supuesto propósito del legislador, «inspirado en las leyes desamortizadoras», de impedir para lo sucesivo la amortización de la propiedad inmueble. Pero no es menos cierto que en la legislación desvinculadora, desamortizadora, enemiga de los fideicomisos, etc., tan del gusto del siglo XIX, confluyen gran variedad de motivaciones concretas independientes, que si se pretenden unificar en exceso es a riesgo de confundir problemas un tanto diversos. Por ello entender en sentido absoluto el rechazo de prohibiciones de enajenar de dicho apartado, sacándola de sus confines propios, la sustitución fideicomisaria, puede llevar a algún confusiónismo, como vemos al hablar el considerando de que la ineficacia de la prohibición sería a partir del segundo grado, lo cual no es del caso. Cada «mano muerta» tenía su problema particular y la prohibición perpetua de enajenar conectada con una Fundación benéfico-docente, que se deja a cargo de una Comunidad religiosa, presenta una estructura muy diferente de la prohibición de enajenar, tan parcamente regulada como sucedáneo o como refuerzo de la sustitución fideicomisaria familiar, que obsesionaba a los autores del Código.

El origen principal de las dudas planteadas en torno a la prohibición de parcelar y vender el complejo inmobiliario Somalo se encuentra en la cláusula testamentaria, que retrasa la constitución de la Fundación hasta el momento de consolidación del pleno dominio al fallecimiento de los hermanos de la testadora, herederos usufructuarios. El considerando parece inclinarse a la eficacia de la prohibición en el período anterior a la constitución de la Fundación y a la ineficacia de la misma una vez constituida la Fundación, aunque no explica el fundamento de esta distinción, que parece ser el dar por agotado el margen que concede el artículo 781 con los llamamientos usufructuarios, por aplicación del 787. Acaso habiendo un llamamiento en nuda propiedad a favor de una persona jurídica, con la obligación por ésta de constituir una Fundación, toda aplicación al caso de la normativa de los artículos 781, 785 y 787, de cualquier manera que sean interpretados, nos conduzca a resultados poco razonables, máxime cuando la voluntad de la testadora era prohibir la desmembración de Somalo para así atender a los fines para que se deja, haciéndose de esa finca la sede o establecimiento de la escuela de la Fundación.

b) Entender que inscrita la prohibición de enajenar queda ésta bajo la salvaguardia de los Tribunales y que la declaración de ineficacia de la prohibición, que abra el Registro a las enajenaciones que se hagan, no puede hacerla por sí el Registrador ni la Dirección en recurso gubernativo, entrando a calificar la prohibición misma, es, sin duda, correcto;

pero no conviene perder de vista, aunque sólo sea para aconsejar gran cuidado antes de inscribir una prohibición de enajenar, que no siempre resulta fácil encontrar las dos partes necesarias para obtener una resolución judicial contenciosa. Si, en nuestro caso, el albacea, los herederos usufructuarios y la Comunidad de Padres Salesianos están de acuerdo en la ineficacia de la cláusula testamentaria prohibitiva, ¿a quién demandarán para que los Tribunales declaren la ineficacia y ordenen la cancelación?

Este problema nos conduce también al mismo punto muerto que el anterior, derivado del acoso largo tiempo en que los Salesianos habían de estar como nudos propietarios sin constituir aún la Fundación y sin que los órganos de representación de ésta (Patronato) tuviesen el control de la Administración (Protectorado). En último término, la posible incidencia de la legislación desamortizadora sobre la voluntad de la fundadora, la apreciación de si toda la finca de Somalo era imprescindible para sede de la escuela de capacitación o si los fines de la Fundación aconsejaban la parcelación y venta de parte, así como el procedimiento de venta, en su caso, conforme a la legislación de establecimientos benéfico-docentes, tenían cerrado el paso por la cláusula de no establecer la Fundación hasta la consolidación del pleno dominio en la Comunidad Salesiana.

II) El último considerando, también *obiter dictum*, viene a conceder facultades residuales a los albaceas contadores-partidores, aun cuando se hayan hecho las operaciones divisorias y hayan tomado posesión de los bienes los herederos, si concedida prórroga a aquéllos está pendiente de realización alguna cláusula testamentaria. Las sentencias citadas en el vistos se refieren todas a este problema. La de 22 de febrero de 1929 determinó que el plazo de duración del albaceazgo es de aplicación a los contadores partidores. La de 5 de julio de 1947 desestimó el recurso de casación interpuesto contra una sentencia en la que se había declarado la remoción de un albacea contador-partidor, con otros pronunciamientos accesorios referentes a una venta hecha por el mismo, cuya improcedencia fue causa de la remoción; aunque guarde mayor analogía con nuestro caso, no hay en ella nada útil para el encuadre jurisprudencial del mismo. La sentencia de 14 de febrero de 1954 estimó que la aprobación por los interesados de las operaciones particionales ponen término a la testamentaria y al albaceazgo, sin que sea lícito practicar nuevas operaciones, que modifiquen o sustituyan las ya aprobadas, aunque se hayan concedido prórrogas judiciales para una función que está ya finalizada. Y la de 22 de junio del mismo año, en lo que de ella quiere traer a colación el vistos, viene a disponer que habiéndose terminado el albaceazgo, y sin perjuicio de las responsabilidades que al albacea proceda exigir, no pueden prosperar las reclamaciones que contra él se dirijan para ejecutar la voluntad del testador, ya que en tal situación corresponde ejecutarla a los herederos. Las cuatro, pues, reflejan la reiterada jurisprudencia enemiga de las facultades residuales de los albaceas, a que el considerando final se refiere.

III) En definitiva, la Dirección confirma la nota, en cuanto al único defecto objeto de la apelación, porque entiende que no existe contradicción alguna entre la cláusula en que se faculta a los albaceas para vender bienes de la herencia, incluso inmuebles si fuera necesario, para pagos e impuestos de la testamentaria, y la cláusula de prohibición de parcelar y vender la finca de Somalo, ya que existiendo otros bienes eran éstos los que primeramente había que enajenar, respetando esta cláusula.

Es cierto que terminando aquí quedan sin tocar los problemas más interesantes que el caso suscita y que hacen referencia a la cláusula de fundación, al sometimiento de ésta a un término incierto (fallecimiento

de los usufructuarios), a la posibilidad o conveniencia de que la Fundación naciese sobre la nuda propiedad de Somalo, a pesar de las disposiciones testamentarias, si bien sometida en su funcionamiento al término inicial incierto y al solo efecto de que la legislación vigente sobre fundaciones (2) permitiese, desde luego, encontrar un cauce más despejado para compaginar la voluntad de la testadora con el texto literal de sus disposiciones, que el que los preceptos del Código civil sobre prohibiciones de disponer y sustituciones fideicomisarias permite. Pero aunque siempre me gusta en estos comentarios plantear (más que resolver) problemas marginales relacionados con la Resolución, aun no directamente tocados por ella, creo que en este caso no procede desbordar más el ámbito de los considerandos.

T. C. G.

(2) Véase BUENAVENTURA CAMY: *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, vol II, págs 401 a 434, en especial pág 420

6. HIPOTECA MOBILIARIA: CONFORME AL ARTÍCULO 2 DE LA LEY DE 16-XII-1954, NO PUEDE CONSTITUIRSE HIPOTECA MOBILIARIA SOBRE BIENES QUE YA ESTUVIEREN HIPOTECADOS, ENTRE LOS QUE SE INCLUYEN, POR ENTRAR A FORMAR PARTE DEL GRAVAMEN, LOS BIENES O ELEMENTOS SOMETIDOS AL PACTO DE EXTENSIÓN DE HIPOTECA INMOBILIARIA DEL ARTÍCULO 111 DE LA LEY HIPOTECARIA.

Resolución de 16 de noviembre de 1972 («B. O. del E.» de 29 de noviembre).

A) *Antecedentes de hecho.*—Por escritura otorgada en Madrid el 22 de noviembre de 1965, ante el Notario don Pedro Taracena Taracena, la Entidad «Grumetal, S. A.», hipotecó, a favor del Banco de Crédito Industrial, una finca que le pertenecía, sita en Zaragoza, Utebo, carretera de Logroño, kilómetro 11, en garantía de un préstamo de 31.800.000 pesetas, concedido al amparo de lo prevenido en el apartado a) del artículo segundo del Decreto-Ley de 19 de julio de 1962, artículo octavo de la Ley de 28 de diciembre de 1963 y Ordenes de la Presidencia del Gobierno de 1 de febrero de 1964 y 3 de julio del mismo año, teniendo en cuenta un plan de inversiones presentado por la Sociedad hipotecante, por un total de 79.550.000 pesetas, distribuido en diversas partidas, entre las cuales figuraba la tercera, referente a maquinaria nacional, por un total de 11.500.000 pesetas, y la sexta, referente a maquinaria extranjera, por valor de 23.000.000 de pesetas; obligándose expresamente «Grumetal, S. A.», a no utilizar los fondos del préstamo que concertaba para la adquisición de equipo o maquinaria extranjera, de conformidad con lo dispuesto en la Orden de la Presidencia del Gobierno de 15 de enero de 1965; que en la referida escritura de préstamo hipotecario constan las siguientes cláusulas: «Séptima.—Aparte de con la responsabilidad ilimitada de todos sus bienes que, como deudor, contrae la Sociedad prestataria, se garantiza especialmente el cumplimiento de las obligaciones dimanadas del presente contrato, en la forma siguiente: A) Con la hipoteca voluntaria que en favor del Banco constituye la Compañía mercantil «Grumetal, S. A.», sobre la finca de su propiedad relacionada en el apartado A) del antecedente tercero de la parte expositiva, demarcada en el Registro de la Propiedad de Zaragoza con el número 2.550, cuya descripción del terreno damos por reproducida. La hipoteca así constituida lo es en seguridad de la devolución de 31.800.000 pesetas del capital del préstamo concertado, más sus intereses correspondientes pactados en la cláusula sexta, con la extensión de tres anualidades que autoriza el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, y en solvencia de 3.180.000 pesetas que se fijan para responder de costas y gastos, comprendiendo, además de esta finca mencionada, cuantos terrenos, edificios, obras y elementos industriales la integran,

aparezcan o no inscritos registralmente todas las nuevas obras o mejoras y ampliaciones que se realicen en ella y la maquinaria y utillaje que pueda serle incorporado en el futuro, pues por pacto expreso dicha carga real se extiende a todo cuanto mencionan los artículos 109, 110 y 111 de la Ley Hipotecaria y 215 de su Reglamento. Octava.—Pese al expreso pacto de extensión de hipoteca establecido en la cláusula anterior, con la amplitud en la misma prevenida, a fin de que los libros del Registro de la Propiedad reflejen fielmente el estado físico y la situación real de la finca sobre la que tal gravamen se ha constituido, la Sociedad prestataria se obliga, caso de que al Banco así le interese, a inscribir, describiéndola con todo detalle, cualquier obra e instalación realizada o que se realice en la finca hipotecada y que no aparezca en la descripción que de la misma se ha transcrito, especialmente en cuanto construya, adquiera e instale a virtud del cumplimiento del plan de inversión detallado en el antecedente segundo, y que se da en este momento por íntegramente reproducido, a fin de que todo ello quede expresamente inscrito como afectado por la hipoteca que se ha constituido. Para el caso de que no se cumpliera por la Sociedad prestataria la obligación establecida en el párrafo anterior, y sin perjuicio de las responsabilidades que puedan dimanarse de su incumplimiento en orden a la rescisión de este contrato, podrá el Banco solicitar la inmatriculación en el Registro de la Propiedad de las nuevas obras e instalaciones con los dichos efectos hipotecarios, a cuyo fin la Sociedad prestataria le apodere irrevocablemente para que en nombre suyo pueda otorgar los actos declarativos; que la hipoteca causó la inscripción 6.ª de la finca número 2.550 del Registro número 3 de Zaragoza; que con posterioridad se inscribió la declaración de una serie de obras nuevas a las que se extendió la hipoteca; que la finca hipotecada, acogida a los beneficios del Polo de Desarrollo Industrial localizado en Zaragoza, fue agrupada con otra—la número 2.988—, construyéndose sobre la nueva formada varias edificaciones para la instalación de la correspondiente factoría, inscribiéndose esta agrupación y la nueva declaración de obra el 20 de febrero de 1970; que por escritura autorizada en Madrid el 15 de diciembre de 1970, ante el Notario don Manuel Ramos Armero, la Entidad «Grumetal, S. A.», reconoció adeudar, por suministro de mercancías, a la Compañía «Nederlans Verkoopkantoor Voor Walscrijproducten (N. V. W.)», Sociedad Anónima Holandesa», la cantidad de 15.388.327,87 pesetas, en garantía de cuya devolución, intereses de dos años al 4 por 100 y un millón de pesetas más para costas y gastos, constituyó hipoteca mobiliaria a favor de la Sociedad acreedora, sobre la maquinaria que en dicha escritura se describe, instalada en la fábrica propiedad de la Entidad deudora, en su factoría de Utebo, Zaragoza, carretera de Logroño, kilómetro 11, destinada a la fabricación de boterío; que en la referida escritura, «Grumetal, S. A.», estuvo representada por don Juan Villaró Tarragó, como Presidente de su Consejo de Administración y Consejero Delegado, haciendo uso de las facultades conferidas en escritura otorgada en Madrid el 5 de diciembre de 1964, ante el Notario don Alberto Ballarín Marcial, acreditando dicho señor estar en el ejercicio de su cargo, mediante escritura de protocolización de acuerdo otorgada ante el Notario de Zaragoza don Gerardo Molpeceres Rodríguez, el 15 de junio de 1970, en la que consta incorporada certificación expedida por don Joaquín Gimeno Martínez, Vicepresidente y Secretario accidental del Consejo de Administración y Junta general de dicha Sociedad, de fecha 15 de junio citado, en la que se certifica la continuidad del ejercicio del cargo de Presidente por el señor Villaró Tarragó, con las facultades acordadas en la Junta general extraordinaria de los días 2 y 3 de noviembre de 1964, que fueron objeto de la delegación de facultades que constan en la escritura mencionada; que la Sociedad «Nederlans Verkoopkantoor Voor Walscrijproducten» (N. V. W.), fue representada por don Enrique Fuentes

Cruz, como Director-Gerente de «Proma, S. A.»—quien disponía de las necesarias facultades «para la gestión de la Compañía, de acuerdo con las limitaciones señaladas por la Ley»—, Entidad a la que la Compañía holandesa había otorgado el correspondiente poder para actuar en su nombre; que por acuerdo de Junta general extraordinaria de accionistas de «Grumetal, S. A.», celebrada el 9 de septiembre de 1971, se revocaron los poderes y delegación de facultades que tenía conferidos don Juan Villaró Tarragó, inscribiéndose la correspondiente escritura en el Registro Mercantil, y que en virtud de mandamiento librado el 24 de septiembre de 1971 por el Juez de Primera Instancia del Juzgado número 2 de Zaragoza, por providencia de la misma fecha, se tuvo por solicitada la declaración de suspensión de pagos de «Grumetal, S. A.», cuyo mandamiento se presentó en el Registro el 27 del citado mes de septiembre.

Presentada en el Registro de Hipoteca Mobiliaria de Zaragoza primera copia de la escritura de 15 de diciembre de 1970, de reconocimiento de deuda y constitución de hipoteca mobiliaria, antes relacionada, fue calificada con la siguiente nota «Presentado el precedente documento y complementado posteriormente, con un acta autorizada el 18 de octubre de 1969, por el Notario de Madrid don Fernando Fernández Savater, por la que se protocolizan acuerdos de la Sociedad «Comercial Proma, S. A.»; con un testimonio literal de la escritura de constitución de la misma Sociedad, expedido el 21 de febrero de 1964, por el mismo Notario, ambos documentos legalizados con fechas 24 y 25 de septiembre del corriente año, y con otra acta autorizada el 24 del mismo mes de septiembre, por el Notario de Madrid don Manuel Ramos Armero, «de acuerdo con lo que dispone el artículo segundo de la Ley de Hipoteca Mobiliaria de 16 de diciembre de 1954, se deniega la inscripción de la hipoteca mobiliaria a que el mismo se refiere, por el defecto insubsanable» de que la finca en que está instalada la maquinaria ha sido hipotecada por la Sociedad «Grumetal, S. A.», a favor del «Banco de Crédito Industrial, S. A.», en escritura otorgada el 22 de noviembre de 1965, ante el Notario de Madrid don Pedro Taracena Taracena, que causó la inscripción 6.ª, de la finca número 2.440, al folio 73 del tomo 196 del archivo, libro 53 de Utebo, y aunque la maquinaria no consta descrita en la inscripción de dicha finca, resulta de la inscripción de la hipoteca referida que, por pacto expreso, ésta se extiende «a los elementos industriales que la integran, aparezcan o no inscritos registralmente, a todas las obras nuevas o mejoras y ampliaciones que se realicen en ella y a la maquinaria y utillaje que pueda serle incorporado en el futuro, pues, por pacto expreso, dicha carga real se extiende a todo cuanto mencionan los artículos 109, 110 y 111 de la Ley Hipotecaria y 215 de su Reglamento. Se aprecian, además, los defectos subsanables siguientes: a) Que se halla caducado el poder con que actúa don Juan Villaró Tarragó y que no es suficiente el de don Enrique Fuentes Cruz, por tratarse de un Gerente, que, al tener la condición de mero mandatario, sus poderes son limitados a los términos en que están conferidos.» Zaragoza, 18 de octubre de 1971.

Don Manuel Bergareche Piñón, Presidente de «Comercial Proma, S. A.», interpuso recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: Que la escritura cuestionada no infringe el artículo segundo de la Ley de Hipoteca Mobiliaria, ya que, dado su sentido exacto y técnico y la interpretación restrictiva que hay que dar a todo precepto limitativo, lo que prohíbe dicho artículo es únicamente que se pueda constituir hipoteca mobiliaria sobre bienes ya gravados con otra hipoteca de igual clase; que aun no estimándolo así, el pacto de extensión de la hipoteca inmobiliaria a la maquinaria, que no aparece descrita en los libros del Registro de la Propiedad, es absolutamente contrario al principio de especialidad (e igualmente sería contrario a la posi-

bilidad de gravar con hipoteca bienes (futuros), ya que como derecho real sujeta y recae directa e inmediatamente sobre bienes y derechos reales existentes y determinados; que en puridad de doctrina, técnicamente no puede confundirse ni identificarse el bien que queda hipotecado por recaer la hipoteca directa e inmediatamente sobre él, con aquellos a que por la Ley o por pacto se extiende la hipoteca, ya que una cosa es el estar un determinado bien mueble gravado directamente con una hipoteca mobiliaria y otra muy distinta el estar el mismo bien afectado por una extensión pactada en una hipoteca inmobiliaria; que si es lógico que doctrinal y prácticamente las partes integrantes, o sea, los elementos a los que materialmente se extiende la hipoteca, se consideren no sólo afectados, sino más bien hipotecados, ya existan en el momento de hipotecar la finca, ya se integren en ella después, no pudiendo, en consecuencia, ser objeto de prenda ni hipoteca mobiliaria, no ocurre lo mismo con las llamadas pertenencias, a cuya especie corresponde la maquinaria objeto de discusión, ya que estos bienes o pertenencias no quedan, en sentido estricto, hipotecados, sino más bien afectados por la extensión objetiva de la hipoteca, pudiendo distinguirse en ésta aquellos bienes que ya estaban destinados a la finca al tiempo de ser hipotecada y aquellos otros que se instalan en la misma después, ya que para los primeros sería necesario el consentimiento del acreedor hipotecario inmobiliario para desafectarlos, mientras que con relación a los segundos, tanto su afección como su desafección se hace unilateralmente por voluntad del propietario de la finca hipotecada, materializada en el hecho de su incorporación o separación; que, en cuanto al segundo defecto, por escritura de 18 de octubre de 1971, otorgada por el recurrente ante el Notario de Madrid don Manuel Ramos Armero, el compareciente ratificó lo hecho por don Enrique Fuentes Cruz, vigente aún el asiento de presentación de la escritura de hipoteca mobiliaria discutida, y por lo que se refiere a los poderes y facultades de don Juan Villaró Tarragó, los estima suficientes, por serle aplicable la doctrina de los Administradores, conforme a lo declarado por la Resolución de 24 de junio de 1968, y que como fundamentos de derecho alegaba los artículos segundo de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión; 109, 110 y 111 de la Ley Hipotecaria; 215 de su Reglamento; el principio de especialidad consagrado en nuestro Ordenamiento jurídico positivo inmobiliario; la imposibilidad de constituir hipoteca sobre bienes futuros, indeterminados y contingentes, recogida en forma indirecta en nuestro Ordenamiento jurídico; el artículo cuarto del Código civil; las normas sobre el mandato; la Resolución de 24 de junio de 1968, y el artículo 73 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria, en relación con el 44 y demás concordantes—especialmente los 53, 54 y 55—del Reglamento del Registro Mercantil.

El Registrador de Hipoteca Mobiliaria de Zaragoza dictó acuerdo considerando legitimado para interponer el recurso al señor Bergareche Piñón y manteniendo su calificación por los siguientes fundamentos: Que el artículo segundo de la Ley de Hipoteca Mobiliaria claramente dice que no puede constituirse esta clase de garantía «sobre bienes que ya estuviesen hipotecados», sin que quepa, por consiguiente, la alegación del recurrente, según la cual la frase transcrita hace referencia sólo a la hipoteca inmobiliaria, quedando, por tanto excluida de su ámbito la hipoteca inmobiliaria, va que al emplear la Ley esa expresión escueta sin complemento ni calificativo alguno que limite su significado, indica que ha querido usar ese término en toda su amplitud; que de querer limitar la prohibición sólo a la segunda hipoteca mobiliaria en relación con otra de igual clase, tendría que haberlo dicho expresamente; que de no entenderlo así carecería de sentido la iustificación que se hace en la exposición de motivos de dicha Ley de la prohibición que establece el artículo comentado; que la colisión y el confusionismo que la Ley trata de eludir con el pragmatismo de esa norma se darían tanto si la primera hipoteca

fuese mobiliaria como si fuese inmobiliaria, porque al haber pedido la Sociedad deudora la suspensión de pagos, de admitirse el título cuya inscripción se ha denegado, concurrirían sobre la maquinaria los dos créditos hipotecarios; que de no estimarlo así quedaría, además, incompleto el artículo 75 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria, pues así como contempla en su párrafo tercero el supuesto de una hipoteca inmobiliaria que es segunda en relación con otra mobiliaria, debería haber contemplado el supuesto contrario, y al no hacerlo, es porque esta hipótesis es irrealizable a la vista del artículo segundo de la Ley; que de igual modo no tendría razón de ser el apartado cuarto del artículo 85 de la misma Ley, cuando impide que se haga efectiva una hipoteca mobiliaria inscrita después de otra inmobiliaria convenida con el pacto del artículo 111 de la Ley Hipotecaria, y ordena la suspensión del procedimiento incoado y que se pongan los hechos en conocimiento del Juzgado de Instrucción correspondiente para la actuación del artículo 1.862 del Código civil; que tal interpretación es la sostenida por la doctrina jurídica más solvente; que el principio de especialidad, fundamental ciertamente en nuestra Ley Hipotecaria, hace referencia a la finca en sí, pero no a sus partes integrantes ni a sus pertenencias, que podrán no figurar descritos en la inscripción de la finca, como reconoce la jurisprudencia; que, aun no admitiéndolo así, la alegación del recurrente carece de importancia, porque más que dirigirse a la impugnación de la calificación constituye una crítica del artículo 111 de la Ley Hipotecaria, que podrá ser tenida en cuenta por el legislador futuro, pero que no afecta al Registrador, que tiene que acatar dicha estipulación en cuanto permitida por la Ley, tomando en consideración lo que conste en los asientos del Registro, sin que pueda prescindir de su contenido por hallarse bajo la salvaguardia de los Tribunales y producir todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud; que tampoco cabe admitir la alegación de que así como las partes integrantes o inmuebles por incorporación quedan irrevocablemente afectas a la hipoteca por el simple hecho de su unión a la finca, las pertenencias sólo quedan vinculadas si por estar a la sazón en la finca son incluidas en la hipoteca por pacto expreso e individualizadamente, pudiendo ser, las incorporadas después, desafectadas de la ejecución hipotecaria por actos jurídicos unilaterales del dueño de la finca, porque esta tesis, verdadera en cuanto se refiere a las partes integrantes, se aparta, por lo que se refiere a las pertenencias, de la lógica interna del instituto de la accesión, que es un simple hecho o acto objetivo que podrá o no realizar el dueño, pero que en todo caso trasciende y es independiente de su voluntad, estableciendo, además, una distinción de los efectos de la accesión, respecto a una y otra clase de bienes—partes integrantes y pertenencias—, que no tiene razón de ser dentro de dicha institución; que tampoco puede ser tenido en cuenta el argumento según el cual es distinto que una cosa esté hipotecada o que se extienda a ella la hipoteca, puesto que esta distinción no tiene base alguna en la interpretación gramatical, histórica y sistemática de la legislación aplicable al caso planteado; que la hipoteca inmobiliaria a que la nota de calificación se refiere está constituida a favor del «Banco de Crédito Industrial», Entidad de derecho público en cuya actividad sólo encaja lo que hace referencia a la promoción de industrias, por lo que la maquinaria pasa a primer plano en relación con la finca en que se halla instalada; que en ella la concesión del préstamo y la determinación de su cuantía se hizo teniendo en cuenta, además de la finca, dos partidas referentes a maquinaria que a la sazón ni pertenecía al acreedor ni estaba colocada en la finca, todo lo cual obliga a considerar que al establecer el pacto expresado de extensión de la hipoteca a la maquinaria se quiso sujetar al gravamen la maquinaria futura, por lo que no puede ahora el mismo deudor desvincular esa maquinaria de la hipoteca inmobiliaria a que por pacto la afectó; que no pueda admitirse la alega-

ción del recurrente de que las pertenencias que no estén individualizadas en la escritura de constitución de hipoteca, así como las que se incorporen después a la finca, aunque exista el pacto del artículo 111 no se comprenden en la hipoteca hasta el momento de la ejecución y sólo si entonces están en la finca, pudiendo, por tanto, desafectarlas antes que el dueño unilateralmente, bien mediante el hecho de su separación o bien mediante un acto formal de segregación, porque todo ello es contrario a la doctrina de la accesión de lo dispuesto en el apartado cuarto del artículo 85 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y porque la desafectación de la maquinaria daría derecho al acreedor para ejercitar la acción de devastación o habría de ser denegada al implicar en el supuesto de segregación una cancelación de la hipoteca que requeriría el consentimiento del acreedor; que aun no prosperando las razones aducidas, siempre resultará que toda la argumentación del recurrente está basada en dar por sentado, sin demostrarlo, que la maquinaria no constituye una parte integrante de la finca, sino una pertenencia de ésta, cuando la realidad es que ni en el Registro ni en la escritura presentada hay base alguna en que apoyar esta suposición; que, en cuanto al segundo de los defectos apreciados, no se hace en el escrito de interposición del recurso alegación alguna en contrario, sino que más bien se reconoce, en parte, su procedencia, puesto que para subsanarlo ha sido otorgada la escritura a que dicho escrito se refiere, razón por la cual no procede ahora entrar a examinar dicho defecto ni calificar de nuevo la escritura en cuanto a este extremo hasta que fuere otra vez presentada y sin que proceda tampoco la anotación preventiva que expresamente se solicita, porque, además de las razones anteriores, lo impide el carácter insubsanable atribuido al primero de los defectos apreciados; que, en cuanto a la vigencia de los poderes y facultades de don Juan Villaró Tarragó, como su nombramiento de Presidente del Consejo de Administración de «Grumetal, S. A.», tuvo lugar en la primera Junta general celebrada por dicha Sociedad el mismo día de su constitución —30 de enero de 1962—, le es aplicable lo que dispone el artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas, en razón de lo cual su cese se produjo *ex lege* el 30 de enero de 1967, sin que, por lo demás, sea apreciable en este caso la doctrina de los Administradores de hecho, admitida por la Resolución de 24 de junio de 1968, establecida para supuestos excepcionales; que si bien es cierto que con posterioridad a la fecha de caducidad dicho Administrador otorgó una escritura de ampliación de capital que causó la inscripción tercera, es de tener en cuenta que en ella no actuaba como representante de la Sociedad, sino como mandatario designado expresamente por la Junta, que fue la que acordó la ampliación, y que aunque se pudiera aplicar en este caso la doctrina de los Administradores de hecho, resulta que don Juan Villaró Tarragó, al tiempo en que autorizó la escritura calificada, era efectivamente Presidente del Consejo de Administración de la Sociedad, pero no Consejero-Delegado, que fue el cargo con que figuraba en dicha escritura, para lo que no tenía facultades, al estar en este aspecto caducados sus poderes, y la Dirección General confirma el defecto insubsanable de la nota del Registrador y revoca el único subsanable que ha sido objeto de apelación, en virtud de la siguiente doctrina:

B) *Doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado.* Vistos los artículos 109, 110 y 111 de la Ley Hipotecaria y 215 de su Reglamento; 2, 75 y 85 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria de 16 de diciembre de 1964, y 11, 71 y 72 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Considerando que la primera de las cuestiones planteadas en este expediente consiste en determinar si es posible constituir hipoteca mobiliaria sobre maquinaria industrial instalada en una finca que estaba ya hipotecada a su vez con el pacto de que la hipoteca se extendería a los elementos industriales que la integran, aparezcan o no inscritos registra-

mente, a la maquinaria y utillaje que pueda serle incorporada en el futuro y, en general, a cuanto mencionan los artículos 109, 110 y 111 de la Ley Hipotecaria y 215 de su Reglamento.

Considerando que, conforme al artículo segundo de la Ley de 16 de diciembre de 1954, no podrá constituirse hipoteca mobiliaria entre otros que menciona sobre bienes que ya estuvieren hipotecados, lo que se justifica en la exposición de motivos que precede a la Ley, con el fin de dar a la nueva institución la mayor sencillez y seguridad posibles y evitar situaciones que conducirían a colisiones de derechos y que en el momento de la ejecución crearían un confusiónismo perjudicial para el buen desarrollo de ambas hipotecas, sin que se deseche la posibilidad de que en ulteriores reformas legislativas pueda llegar a ser aconsejable la supresión de estas prohibiciones.

Considerando que no parece pueda aceptarse la tesis del recurrente, que sostiene que la prohibición del artículo segundo de la Ley hace referencia sólo a las hipotecas mobiliarias anteriores, y deja excluido de su ámbito el caso de la hipoteca inmobiliaria, dado que en ésta no hay más que una afectación de bienes—pues, aparte de que esto último no es rigurosamente exacto, ya que el artículo 111 de la Ley Hipotecaria extiende mediante pacto la hipoteca a los elementos que enumera, que entran en su consecuencia a formar parte del gravamen—, la distinción establecida no aparece reflejada en el primero de los artículos citados, que se manifiesta en términos generales y amplios, sin hacer excepción alguna en concordancia con lo que el legislador ha indicado en la exposición de motivos.

Considerando que el artículo 75, 3, de la Ley de Hipoteca Mobiliaria confirma lo anteriormente expuesto, al contemplar y resolver la colisión entre una hipoteca mobiliaria anterior y otra inmobiliaria posterior con pacto de extensión a los elementos señalados en el artículo 111 de la Ley Hipotecaria, mientras que no se contempla el supuesto contrario, sin duda, porque no puede tener lugar a causa de la prohibición establecida en el artículo segundo de la Ley.

Considerando que la misma orientación aparece reflejada dentro del sistema legal, en el artículo 85, 4, al ordenar la suspensión del procedimiento incoado para hacer efectiva una hipoteca mobiliaria cuando se haya acreditado, mediante certificación registral, que los mismos bienes se encuentran ya sujetos a otra hipoteca inmobiliaria inscrita con anterioridad a la que motivó el procedimiento, e incluso establece la obligación de poner en conocimiento del Juzgado de Instrucción esta circunstancia a los efectos de la responsabilidad criminal prevenida en el artículo 1.862 del Código Civil, sanción que no tiene otro fundamento que el haber vulnerado la prohibición contenida en el artículo segundo de la Ley de 16 de diciembre de 1954.

Considerando, en cuanto a los defectos calificados como subsanables en el apartado a) de la nota del Registrador, uno de ellos lo acepta tácitamente el recurrente, mediante la presentación del documento subsanatorio correspondiente, que habrá de ser calificado en su día de acuerdo con el artículo 117 del Reglamento Hipotecario, y en cuanto al otro, el relativo a la falta de poder con que actúa don Juan Villaró, dado que su nombramiento como Administrador, según pone de relieve en su informe el funcionario calificador, no tuvo lugar en el acto constitutivo, sino por acuerdo de la primera Junta general, no está sujeto a la limitación del plazo de cinco años que para el ejercicio de su cargo señala el artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas, y, al menos, por esta causa—única alegada—, su mandato no estaba caducado.

C) COMENTARIO.—Dado que el derecho real de hipoteca no está limitado a los bienes inmuebles, ya que también pueden ser objeto del mismo los bienes de naturaleza mueble, la práctica ofrece constantemente una serie de problemas derivados de la necesaria concordancia entre los Registros inmobiliario y mobiliario. El juego expansivo de la hipoteca inmobiliaria—artículos 109 a 113 de la Ley Hipotecaria y 215 de su Reglamento (1)—comprende, mediante pacto expreso, los bienes muebles accesorios de la finca, que por su propia naturaleza pueden ser objeto de otras formas de garantía real, como la hipoteca mobiliaria.

Pueden producirse así una serie de colisiones para cuya solución se exige, en aras de la seguridad jurídica, la clara determinación de prioridades o rangos entre los gravámenes hipotecarios sobre bienes inmuebles con pacto expreso de extensión a los muebles y los que garantizan mediante hipoteca mobiliaria—como ocurre en el presente caso—los derechos del proveedor de la maquinaria. A tal finalidad responde el artículo 75 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria, desarrollado por los artículos 24 y 31 de su Reglamento (2), que contemplan el supuesto de constitución de hipoteca mobiliaria y de las operaciones de necesaria realización, para que esta hipoteca sea preferente a cualquier otra hipoteca inmobiliaria o gravamen que se inscriba posteriormente con pacto de extensión sobre los bienes muebles ya hipotecados. Pero a diferencia de lo que ocurre con la hipoteca inmobiliaria, en la que la prioridad y prelación respecto de los gravámenes hipotecarios posteriores se encuentra claramente determinada por los artículos 17, 24 y 25 de la Ley Hipotecaria, y 1.927, 2, del Código civil, para que la hipoteca mobiliaria tenga preferencia respecto de cualquier otro gravamen hipotecario posterior se necesita la constancia, por nota al margen, de la inscripción de dominio del inmueble de haberse inscrito la hipoteca mobiliaria. De ahí que la prioridad de esta hipoteca mobiliaria dependa no de su inscripción, sino de la nota marginal, sin la cual los titulares de aquélla no gozarán de preferencia respecto de las hipotecas inmobiliarias posteriores y podrán, en consecuencia, resultar perjudicados en sus derechos si se produce la colisión entre ambas clases de hipoteca.

En el caso inverso, concurrencia de hipoteca inmobiliaria con pacto de extensión a los bienes muebles del artículo 111 de la Ley Hipotecaria con hipoteca mobiliaria posterior, el artículo 2 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria establece un criterio tajante, no es posible la concurrencia porque no es posible la hipoteca, que es lo que nos viene a decir dicho precepto al señalar que «tales hipotecas no pueden constituirse, es decir, inscribirse, sobre bienes que ya estuvieren hipotecados». Por ello, y como

(1) ROCA SASTRE, en su *Derecho Hipotecario*, tomo IV-I, pág. 483, sistematiza dichos preceptos de la Ley en el siguiente sentido: La hipoteca se extiende mediante pacto expreso: 1) A los objetos muebles que se hallen colocados permanentemente en la finca hipotecada, bien para su adorno, comodidad o explotación, o bien para el servicio de alguna industria, siempre que puedan separarse sin quebranto de la materia o deterioro del objeto, 2) A los frutos cualquiera que sea la situación en que se encuentren, 3) A las rentas vencidas y no satisfechas al tiempo de exigirse el cumplimiento de la obligación garantizada, sin que el anticipo de rentas vencidas pueda perjudicar, en ningún caso, al acreedor hipotecario, 4) A los terrenos agregados, siempre que no lo sean por accesión natural; y 5) A la nueva construcción de edificios donde antes no los hubiere.

(2) El artículo 75 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria dispone que "se hará constar la constitución de la hipoteca al margen de la inscripción de dominio del inmueble a favor del que hipoteca. Extendida esa nota marginal, la hipoteca mobiliaria será preferente, en cuanto a dichos bienes, respecto a cualquier hipoteca inmobiliaria o gravamen que se inscriba posteriormente con pacto de extensión a los mismos.

Con olvido de que los Registros de la Propiedad y los de Hipoteca Mobiliaria pueden ser independientes en algunos distritos hipotecarios como Madrid, Barcelona, Valencia y Sevilla—artículo 2 del Reglamento—, el artículo 24 del mismo impone al Registrador el hacer constar la inscripción de hipoteca de establecimiento mercantil, por nota al margen de la inscripción de propiedad del inmueble en que el establecimiento se halle instalado, y análoga norma contiene el artículo 31 de dicho Reglamento respecto de las explotaciones agrícolas o forestales.

ocurre en el presente caso, el contrato de hipoteca otorgado será radicalmente nulo por aplicación de lo dispuesto en el artículo 4 del Código civil.

Ahora bien, la cuestión de fondo es la de considerar si en la hipoteca inmobiliaria con pacto de extensión puede el deudor hipotecante desafectar los bienes muebles o elementos accesorios incorporados a la finca con posterioridad a la constitución de aquélla, y a los que se extiende la hipoteca en virtud del pacto expreso. Si se admite la solución afirmativa no cabe duda que tales bienes podrán ser objeto de hipoteca mobiliaria posterior; en caso contrario, esta última hipoteca no podrá constituirse, por aplicación del artículo 2 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria.

En nuestro Derecho, y salvo los casos en que el hipotecante carezca de título dominical sobre los bienes, como ocurrirá cuando los haya adquirido con pacto de reserva de dominio, es indudable la aplicación de los principios de sujeción e integridad de la hipoteca, previstos en los artículos 104 y 122 de la Ley Hipotecaria, que exigen que el deudor hipotecante no pueda en ningún caso proceder a la desafectación de bienes muebles a los que se extienda la hipoteca inmobiliaria. Ello no quiere decir que el deudor hipotecante carezca de facultades dispositivas sobre los bienes muebles a que se extiende la hipoteca, pero este vínculo continuará cualquiera que sea la persona de su poseedor, y en el caso de que el acreedor resulte perjudicado, porque se trate de bienes o elementos de difícil persecución, el acreedor hipotecario tendrá siempre la facultad, prevista en el artículo 117 de la Ley Hipotecaria, de acudir al Juez de Primera Instancia para que dicte providencia mandando al propietario hacer o no hacer lo que proceda para evitar o remediar el daño o para situar al inmueble en administración judicial si el propietario continuare en el abuso.

Finalmente, la Dirección nos dice en el último de sus considerandos, con relación al defecto subsanable advertido por el Registrador, que no es aplicable el artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas al nombramiento de Presidente del Consejo de Administración, ya que tal designación no tuvo lugar en el acto constitutivo, sino por acuerdo de la primera Junta general, por lo que no está sujeto a la limitación del plazo de cinco años. En definitiva, esta doctrina es reflejo de la mantenida con anterioridad—Resolución de 8 de junio de 1972—, que considera que la Ley de Sociedades Anónimas sólo ha querido limitar la vigencia del nombramiento de Administrador hecho en el acto constitutivo, para lo que señala un plazo de ejercicio no superior a los cinco años, aunque puedan ser indefinidamente reelegidos. Entendemos que el artículo 72 citado deja a salvo que la Junta General pueda libremente señalar a los Administradores plazos de actuación superiores a los cinco años, ya que éste solamente actúa como tope para los designados en el acto constitutivo. Pero como se hizo constar en el comentario a la Resolución de 8 de junio de 1972 (3), en los supuestos en que en los Estatutos no se especifique plazo de actuación de los administradores, requisito, por otra parte, no exigido por el Reglamento del Registro Mercantil para la inscripción, debe tener lugar la aplicación del legal de cinco años, sobre todo para evitar las situaciones de permanencia al frente de la Sociedad—sin perjuicio del derecho de separación que corresponde a la Junta—, y que transcurrido dicho plazo de cinco años surgirá la figura de los administradores de hecho—gestores de negocios ajenos—, que, como indicó la Resolución de 24 de junio de 1968, responden a la necesidad de la existencia de un órgano que esté al frente de la vida social para evitar que ésta quede paralizada.

E. F. C.

7. EXCESOS DE CABIDA: LAS CERTIFICACIONES DE DOMINIO EXPEDIDAS POR EL ESTADO Y OTRAS ENTIDADES DE CARÁCTER PÚBLICO PARA INSCRIBIR FINCAS QUE LES PERTENEZCAN TIENEN LA EXCLUSIVA FINALIDAD DE SER MEDIOS SUPLETORIOS DE INMATRICULACIÓN. NO PUEDEN UTILIZARSE PARA LA CONSTANCIA REGISTRAL DE LOS EXCESOS DE CABIDA, POR IMPLICAR ÉSTOS UNA RECTIFICACIÓN DE LA MEDIDA SUPERFICIAL DE FINCAS YA INSCRITAS.

Resolución de 20 de noviembre de 1972 («B. O. del E.» de 4 de diciembre).

A) *Antecedentes de hecho.*—El Estado adquirió, en virtud de adjudicación por débitos a la Hacienda, una finca urbana con parte edificada y jardín, sita en la calle Jesús, número 8, de Sos del Rey Católico, que fue inscrita en el Registro con una superficie de 148 metros cuadrados. Con motivo de diversas actuaciones administrativas se vino en conocimiento de que la parte edificada media 164,10 metros cuadrados, y la superficie descubierta ocupada por el jardín, 143,15 metros cuadrados, que hacen un total de 307,25 metros cuadrados, y que como consecuencia de ello el Jefe de la Sección del Patrimonio del Estado en la Delegación de Hacienda de Zaragoza expidió certificación acreditativa del referido extremo, a fin de que se practicara la oportuna rectificación en la inscripción del inmueble.

Presentado en el Registro el anterior documento fue calificado con la siguiente nota: «No verificada la rectificación de la medida superficial de la finca a que se refiere el precedente documento por no ser aplicable con sólo el documento presentado ninguna de las reglas contenidas en el número 5 del artículo 298 del Reglamento Hipotecario. El defecto se considera subsanable y no se ha tomado anotación preventiva por no haberse solicitado.»

El Abogado del Estado de Zaragoza interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que parece ser que se ha producido en el Registrador una confusión en los preceptos aplicables, puesto que el artículo 298 del Reglamento Hipotecario desarrolla el 205 de la Ley y no el 206, que lo está por los 303 a 307 del propio Reglamento; que se trata de una rectificación que debe hacerse mediante un título de igual naturaleza que el que sirvió para practicar la inscripción; que la certificación que se presentó en el Registro contiene todos los extremos necesarios para que se realice la rectificación pretendida, que se refiere sólo a la cabida; que de no aceptarse ese criterio no comprende cómo habría de rectificarse una inscripción a favor del Estado; que basta leer los artículos 201 a 204 de la Ley Hipotecaria para advertir su inaplicabilidad al presente caso; que si la certificación del funcionario que tiene a su

cargo la administración de la finca fue suficiente para que ésta ingresase en los libros registrales, es claro que otro documento igual debe servir para rectificar cualquier error padecido en aquélla; que aun suponiendo aplicable el artículo 298 del Reglamento Hipotecario, la conclusión sería la misma, puesto que las certificaciones administrativas son documentos fehacientes, y que conforme al principio jurídico de que «quien puede lo más puede lo menos», recogido en la sentencia de 10 de marzo de 1903, el documento es inscribible, puesto que la rectificación de una inscripción es menos que la práctica de este asiento.

El Registrador informó: Que la certificación presentada no está expedida conforme a lo dispuesto en el artículo 206 de la Ley Hipotecaria, ya que no se expresan en ella todas las circunstancias establecidas en el 303 de su Reglamento, alguna de carácter inexcusable, como es el título de adquisición de la finca con la mayor extensión superficial que realmente tiene o, en su caso, la formal afirmación de no existir título de dominio inscrito o inscribible, según resulta de la Resolución de 19 de octubre de 1955; que tales omisiones afectan a la validez de la certificación calificada sobre la base de considerarla expedida con arreglo al artículo 206 de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento, según lo dispuesto en el artículo 98 del propio texto reglamentario; que las certificaciones de dominio libradas por el Estado, provincia o municipio, aun formalmente extendidas, sólo tienen virtualidad inmatriculadora de inmuebles conforme se deduce del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, constituyendo un procedimiento excepcional si se carece de otro título inscribible para el ingreso de la finca en el Registro, según pone de relieve la citada Resolución de 19 de octubre de 1955; que en cuanto a la fehaciencia de la certificación, una cosa es que el título, en su aspecto formal, reúna los requisitos legales exigidos, y otra, que en su aspecto material contenga los requisitos o circunstancias que deben concurrir para su inscripción; que en el primer aspecto no ha puesto ningún obstáculo para que se practique la inscripción, pese al silencio de la legislación hipotecaria sobre la procedencia del medio empleado para hacer constar en el Registro el exceso de cabida de fincas inmatriculadas; que no obstante ha suspendido la práctica del asiento solicitado, por no justificarse en el documento presentado ni en otro complementario que el exceso de cabida que se desea registrar se halle comprendido en alguno de los supuestos establecidos en el número 5 del artículo 298 del Reglamento Hipotecario, único procedimiento posible para extender el asiento pretendido; que es evidente la existencia de una inexactitud registral, consistente en la expresión de una medida superficial que no corresponde a la realidad, por lo que según la Resolución de 28 de febrero de 1951 debe rectificarse conforme al título VI de la Ley Hipotecaria y de su Reglamento, destinados a restablecer la concordancia entre el Registro y la realidad jurídica extrarregistral; que con arreglo a reiterada jurisprudencia, consignada la medida superficial de una finca en el asiento de inmatriculación, para subsanar el error es necesario demostrar la verdadera cabida, sin que baste la simple afirmación de los interesados (Resoluciones de 14 de marzo de 1876, 22 de noviembre de 1893, 30 de noviembre de 1910, 14 de marzo de 1944, 22 de noviembre de 1949 y 26 de enero de 1955); que la doctrina sentada por más reciente jurisprudencia señala que en el número 5 del artículo 298 se ha recogido reiterada jurisprudencia del Centro directivo que facilita la rectificación de la medida superficial de fincas inscritas cuando existan linderos fijos, se acredite la extensión con datos catastrales o se trate de pequeñas cabidas en relación con la registrada, siempre que no haya duda acerca de la identidad de los predios y se excluya la posibilidad racional de perjuicio a los colindantes; que en el presente caso no se dan tales circunstancias, pues no existen linderos fijos; se trata de una diferencia importante en relación con la cabida inscrita; no se

acredita el exceso con datos catastrales y existe, por tanto, la posibilidad de perjuicio a terceros; que de lo expuesto se infiere que no procede registrar directamente el exceso de cabida, sino que hay que valerse de alguno de los medios establecidos en el artículo 200 de la Ley Hipotecaria; que el Estado tiene reconocidos determinados privilegios, como es el uso de la certificación de dominio para la inscripción de sus bienes cuando carezca de título inscribible; que el título utilizado para la inmatriculación no fue una certificación de dominio, sino la expedida por el Tesorero de Hacienda en procedimiento administrativo de apremio, de acuerdo con el artículo 26 del Reglamento Hipotecario, y que resulta del título presentado el error existente no arranca del mismo, sino de la primera medición de la finca, seguramente puesto de manifiesto en la correspondiente diligencia practicada, conforme a lo ordenado en el artículo 118 del Reglamento del Patrimonio del Estado, para depurar la situación física y jurídica del inmueble.

El Jefe de la Sección del Patrimonio del Estado, en informe solicitado por el Presidente de la Audiencia, al amparo del artículo 115 del Reglamento Hipotecario, indicó que deducida petición de compra de la finca objeto de este expediente se iniciaron las actuaciones previstas en la Ley de Patrimonio del Estado y su Reglamento, en la que, entre otras, el Arquitecto del Servicio de Valoración, al evacuar su informe, manifiesta que el total solar del inmueble es de 307,25 metros cuadrados, y la Dirección General del Patrimonio del Estado, en vista de ello y de que sólo se encuentran inscritos 148 metros cuadrados, ordena en 17 de febrero de 1970 que se proceda por la Delegación de Zaragoza a la inscripción de la diferencia de superficie, para lo que se expidió la certificación de dominio calificada, que tras una serie de vicisitudes se entregó a la Abogacía del Estado con la documentación suficiente por si consideraba necesario interponer el recurso procedente, indicando a continuación una serie de fundamentos legales similares a los expuestos por el recurrente en defensa de la inscripción del exceso de cabida.

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario, y la Dirección General confirma el auto apelado y la nota del Registrador en virtud de la siguiente doctrina:

B) *Doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado.* Vistos los artículos 2, 3, 199, 200 y 206 de la Ley Hipotecaria; 18, 298 y 303 a 307 del Reglamento para su ejecución; 43 y 44 de la Ley del Patrimonio del Estado de 15 de abril de 1964, y 87 y siguientes de su Reglamento de 5 de noviembre de 1954; las Resoluciones de este Centro de 14 de marzo de 1944, 12 y 14 de diciembre de 1953, 19 de octubre de 1955 y 19 de enero y 24 de noviembre de 1960.

Considerando que la cuestión planteada por el presente recurso consiste en determinar si la certificación administrativa de dominio es título suficiente para hacer constar en el Registro de la Propiedad la mayor cabida de una finca inscrita ya a nombre del Estado.

Considerando que las certificaciones de dominio expedidas por el Estado y otras Entidades de carácter público para inscribir fincas que les pertenezcan fueron introducidas en la legislación hipotecaria española por Reales Decretos de 19 de junio de 1863 y 11 de noviembre de 1864, aunque entonces tales normas facultaban únicamente para obtener inscripciones de posesión como medio supletorio de inmatriculación, carácter que conservan actualmente, conforme se desprende de los artículos 199, letra c), y 206 de la Ley Hipotecaria.

Considerando que de acuerdo con esta finalidad exclusivamente inmatriculadora, atribuida desde su origen a las certificaciones de dominio, se les ha negado por este Centro directivo virtualidad para inscribir mediante ellas derechos reales sobre cosa ajena (Resoluciones de 12 de

diciembre de 1953 y 24 de noviembre de 1960) o para conseguir la reanudación del tracto sucesivo interrumpido (Resolución de 19 de enero de 1960).

Considerando que la constancia registral de los excesos de cabida no puede entenderse como una especie de inmatriculación, aunque a primera vista así pudiese parecerlo, en cuanto que ingresa en el Registro una superficie que antes no figuraba inscrita, pero un examen más profundo revela que simplemente se trata de rectificar una medida superficial de fincas ya inscritas en su totalidad, distinción que tiene su fundamento en la propia Ley Hipotecaria, que después de enumerar en el artículo 199 los medios de inmatriculación, entre ellos las certificaciones de dominio, determina en el artículo 200, párrafo segundo, aquellos que la misma admite para hacer constar en el Registro «la mayor cabida de las fincas ya inscritas», entre los cuales no se encuentran tales certificaciones debido sin duda alguna al propósito de no atribuir a las mismas otra eficacia que la puramente inmatriculadora.

8. *Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de noviembre de 1972 («B. O. del E.» de 8 de diciembre).*

El Estado adquirió, en virtud de adjudicación por débitos a la Hacienda, una finca urbana sita en la plaza del Mercado, número 9, de la localidad de Uncastillo, que fue inscrita en el Registro con una superficie de 40 metros cuadrados. Con motivo de diversas actuaciones administrativas se comprobó que la extensión superficial de dicho inmueble era de 53 metros cuadrados, y que como consecuencia de ello el Jefe de la Sección del Patrimonio del Estado de la Delegación de Hacienda de Zaragoza, en nombre del Patrimonio del Estado, expidió certificación acreditativa de dicho extremo a fin de que se practicara la oportuna rectificación en la inscripción del inmueble.

Presentado en el Registro el anterior documento fue calificado con la siguiente nota: «No verificada la rectificación de la medida superficial de la finca a que se refiere el precedente documento por no ser aplicable con sólo el documento presentado ninguna de las reglas contenidas en el artículo 298 del Reglamento Hipotecario. El defecto se considera subsanable y no se ha tomado anotación preventiva por no haberse solicitado».

El Abogado del Estado de Zaragoza interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que parece ser que se ha producido en el Registrador una confusión en los preceptos aplicables, puesto que el artículo 298 del Reglamento Hipotecario desarrolla el 205 de la Ley y no el 206, que lo está por los 303 a 307 del propio Reglamento; que se trata de una rectificación que debe hacerse mediante un título de igual naturaleza que el que sirvió para practicar la inscripción; que la certificación que se presentó en el Registro contiene todos los extremos necesarios para que se realice la rectificación pretendida, que se refiere sólo a la cabida; que de no aceptarse ese criterio, no comprende cómo había de rectificarse una inscripción a favor del Estado; que basta leer los artículos 201 a 204 de la Ley Hipotecaria para advertir su inaplicabilidad al presente caso; que si la certificación del funcionario que tiene a su cargo la administración de la finca fue suficiente para que ésta ingresase en los libros registrales, es claro que otro documento igual debe servir para rectificar cualquier error padecido en aquélla; que aun suponiendo aplicable el artículo 298 del Reglamento Hipotecario, la conclusión sería

la misma, puesto que las certificaciones administrativas son documentos fehacientes, y que conforme al principio jurídico de que «quien puede lo más puede lo menos», recogido en la sentencia de 10 de marzo de 1903, el documento es inscribible, puesto que la rectificación de una inscripción es menos que la práctica de este asiento.

El Registrador informó: Que la certificación presentada no está expedida conforme a lo dispuesto en el artículo 206 de la Ley Hipotecaria, ya que no se expresan en ella todas las circunstancias establecidas en el 303 de su Reglamento, alguna de carácter inexcusable, como es el título de la adquisición de la finca con la mayor extensión superficial que realmente tiene o, en su caso, la formal afirmación de no existir título de dominio inscrito o inscribible, según resulta de la Resolución de 19 de octubre de 1955; que tales omisiones afectan a la validez de la certificación calificada sobre la base de considerarla expedida con arreglo al artículo 206 de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento, según lo dispuesto en el artículo 98 del propio texto reglamentario; que las certificaciones de dominio libradas por el Estado, provincia o municipio, aun formalmente extendidas, sólo tienen virtualidad inmatriculadora de inmuebles, conforme se deduce del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, constituyendo un procedimiento excepcional si se carece de otro título inscribible para el ingreso de la finca en el Registro, según pone de relieve la citada Resolución de 19 de octubre de 1955; que en cuanto a la fehaciencia de la certificación, una cosa es que el título en su aspecto formal reúna los requisitos legales exigidos y otra que en su aspecto material contenga los requisitos o circunstancias que deben concurrir en la inscripción; que en el primer aspecto no ha puesto ningún obstáculo para que se practique la inscripción, pese al silencio de la legislación hipotecaria sobre la procedencia del medio empleado para hacer constar en el Registro el exceso de cabida de fincas inmatriculadas; que, no obstante, ha suspendido la práctica del asiento solicitado por no justificarse en el documento presentado ni en otro complementario que el exceso de cabida que se desea registrar se halle comprendido en alguno de los supuestos establecidos en el número 5 del artículo 298 del Reglamento Hipotecario, único procedimiento posible para extender el asiento pretendido; que es evidente la existencia de una inexactitud registral, consistente en la expresión de una medida superficial que no corresponde a la realidad, por lo que según la Resolución de 28 de febrero de 1951 debe rectificarse conforme al título VI de la Ley Hipotecaria y de su Reglamento, destinados a restablecer la concordancia entre el Registro y la realidad jurídica extrarregistral; que con arreglo a reiterada jurisprudencia, consignada la medida superficial de una finca en el asiento de inmatriculación, para subsanar el error es necesario demostrar la verdadera cabida, sin que baste la simple afirmación de los interesados (Resoluciones de 14 de marzo de 1876, 22 de noviembre de 1893, 30 de noviembre de 1910, 14 de marzo de 1944, 22 de noviembre de 1949 y 26 de enero de 1955); que la doctrina sentada por más reciente jurisprudencia señala que en el número 5 del artículo 298 se ha recogido reiterada doctrina del Centro directivo, que facilita la rectificación de la medida superficial de fincas inscritas cuando existan linderos fijos, se acredite la extensión con datos catastrales o se trate de pequeñas cabidas en relación con la registrada, siempre que no haya duda acerca de la identidad de los predios y se excluya la posibilidad racional de perjuicio a los colindantes; que en el presente caso no se dan tales circunstancias, pues no existen linderos fijos; se trata de una diferencia importante en relación con la cabida inscrita; no se acredita el exceso con datos catastrales y existe, por tanto, la posibilidad de perjuicio a terceros; que de lo expuesto se infiere que no procede registrar directamente el exceso de cabida, sino que hay que valerse de alguno de los medios establecidos en el artículo 200 de la Ley Hipotecaria; que el Estado tiene

reconocidos determinados privilegios, como es el uso de la certificación de dominio para la inscripción de sus bienes cuando carezca de título inscribible; que el título utilizado para la inmatriculación no fue una certificación de dominio, sino la expedida por el Tesorero de Hacienda en procedimiento administrativo de apremio, de acuerdo con el artículo 26 del Reglamento Hipotecario, y que según resulta del título presentado, el error existente no arranca del mismo, sino de la primera medición de la finca, seguramente puesto de manifiesto en la correspondiente diligencia practicada conforme a lo ordenado en el artículo 118 del Reglamento del Patrimonio del Estado para depurar la situación física y jurídica del inmueble.

El Jefe de la Sección del Patrimonio del Estado, en informe solicitado por el Presidente de la Audiencia, al amparo del artículo 115 del Reglamento Hipotecario, indicó que deducida petición de compra de la finca objeto de este expediente se iniciaron las actuaciones previstas en la Ley del Patrimonio del Estado y su Reglamento, en la que, entre otras, el Arquitecto del Servicio de Valoración, al evacuar su informe, manifiesta que el total solar del inmueble es de 307,25 metros cuadrados, y la Dirección General del Patrimonio del Estado, en vista de ello y de que sólo se encuentran inscritos 148 metros cuadrados, ordena en 17 de febrero de 1970 que se proceda por la Delegación de Zaragoza a la inscripción de la diferencia de superficie, para lo que se expidió la certificación de dominio calificada, que tras una serie de vicisitudes se entregó a la Abogacía del Estado con la documentación suficiente por si consideraba necesario interponer el recurso procedente, indicando a continuación una serie de fundamentos legales similares a los expuestos por el recurrente en defensa de la inscripción del exceso de cabida.

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario, y la Dirección General confirma el auto apelado y la nota del Registrador con la siguiente doctrina:

B) Doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Vistos los artículos 2, 3, 199, 200 y 206 de la Ley Hipotecaria; 18, 298 y 303 a 307 del Reglamento para su ejecución; 43 y 44 de la Ley del Patrimonio del Estado de 15 de abril de 1964, y 87 y siguientes de su Reglamento de 5 de noviembre de 1964, y las Resoluciones de este Centro de 14 de marzo de 1944, 12 y 14 de diciembre de 1953, 19 de octubre de 1955, 19 de enero y 24 de noviembre de 1960 y 20 de noviembre de 1972.

Considerando que la cuestión planteada en este recurso, consistente en determinar si la certificación administrativa de dominio es título suficiente para hacer constar en el Registro de la Propiedad la mayor cabida de una finca inscrita a nombre del Estado, es la misma que ya fue decidida en la Resolución de 20 de los corrientes, que declaró que la constancia registral de los excesos de cabida no puede entenderse como una especie de inmatriculación, por lo que y en base a los argumentos allí expuestos debe mantenerse el mismo criterio.

C) COMENTARIO.—En las dos Resoluciones que anteceden considera la Dirección que los recursos interpuestos consisten en determinar si la certificación administrativa de dominio es título suficiente para hacer constar en el Registro de la Propiedad la mayor cabida de una finca ya inscrita a nombre del Estado. Este primer considerando presenta de entrada dos problemas: 1) delimitar si se trata realmente de una certificación administrativa de dominio, y 2) precisar si en el presente caso nos encontramos ante la registración de un exceso de cabida o ante la rectificación de un error debido al documento que motivó el asiento practicado.

Respecto del primero de los problemas apuntados es de destacar que las certificaciones administrativas de dominio del artículo 206 de la Ley Hipotecaria son medios supletorios para todos aquellos casos en que el Estado, provincia, municipio, corporaciones, etc., carezcan de título escrito de dominio. Tales certificaciones tienen eficacia inmatriculadora, conforme a lo dispuesto en el artículo 199, c), de la Ley, pero con arreglo a lo establecido en el artículo 200 de la misma no pueden considerarse como medios idóneos para la constancia registral de los excesos de cabida, que solamente pueden practicarse por: a) acta de notoriedad; b) expediente de dominio; c) a través de los procedimientos de inmatriculación previstos en el artículo 298, 5, letra C), del Reglamento Hipotecario, que desarrolla el artículo 205 de la Ley con la finalidad de rectificar la cabida inscrita, y, finalmente, por los medios de rectificación directa de la superficie inscrita consignados en el mismo artículo 298, 5, letras A), B) y D).

Distintas por completo de la certificación de dominio del artículo 206 de la Ley Hipotecaria, a que acabamos de aludir, son las certificaciones comprendidas en el artículo 159 del Reglamento General de Recaudación (1) y artículo 26 del vigente Reglamento Hipotecario (2), que también gozan de eficacia inmatriculadora, ya que son inscribibles sin el requisito de la previa inscripción, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 299 del propio Reglamento (3). Esta certificación de adjudicación al Estado por débitos fiscales no es un medio supletorio, sino un título pleno derivado de un procedimiento de apremio fiscal, que puede causar o bien un asiento de inmatriculación o bien un asiento de inscripción, según que la finca figure o no inscrita, por lo que se diferencian de una manera clara de las certificaciones de dominio como medio supletorio de exclusiva inmatriculación del citado artículo 206 de la Ley. El propio Registrador en su informe; tras hablar de que la certificación no está expedida con arreglo al 206 de la Ley y de su única virtualidad inmatriculadora, dice que el título utilizado para la inmatriculación no fue una certificación de dominio, sino la expedida por el Tesorero de Hacienda en procedimiento administrativo de apremio, de acuerdo con el artículo 26 del Reglamento Hipotecario.

Así, pues, como punto de partida podemos considerar que nos encontramos ante un título pleno e inscribible, distinto por completo de la certificación del artículo 206 de la Ley y comprendido en los artículos 299 y 26 del Reglamento Hipotecario.

El segundo problema que se apuntaba es el de determinar si en el presente caso nos encontramos ante la registración de un exceso de cabida o ante la rectificación de error debido al documento que motivó el asiento practicado. La Dirección General, en el último de los considerandos, nos dice que «la constancia registral de los excesos de cabida no puede entenderse como una especie de inmatriculación, aunque a primera vista así pudiese parecerlo, en cuanto que ingresa en el Registro una superficie que antes no figuraba inscrita; pero un examen más profundo revela que simplemente se trata de rectificar una medida superficial de fincas ya inscritas en su totalidad, distinción que tiene su fundamento en la propia

(1) Aprobado por Decreto 3154/1968, de 14 de noviembre. El artículo 159 dispone que "los expedientes de apremio terminados con adjudicación de fincas a la Hacienda se pasarán a Intervención para su censura y a la Abogacía del Estado para informe. La certificación se presentará por duplicado en el Registro de la Propiedad y tendrá la eficacia suficiente para producir la inscripción y, en su caso, inmatriculación a nombre del Estado de los inmuebles adjudicados. El Registrador de la Propiedad, en vista de la certificación antes referida, practicará los asientos que procedan a nombre del Estado, devolviendo el original a la Delegación de Hacienda".

(2) El artículo 26-2 del Reglamento señala que "cuando quede desierta la subasta y se adjudique la finca al Estado será título bastante la certificación expedida por el Tesorero de Hacienda".

(3) Podrán inscribirse sin el requisito de la previa inscripción los títulos, cualquiera que sea su fecha, que fueren inscribibles directamente con arreglo a Leyes o disposiciones especiales.

Ley Hipotecaria, que después de enumerar en el artículo 199 los medios de inmatriculación, determinar en el artículo 200, 2, los que la misma admite para hacer constar en el Registro la mayor cabida de las fincas ya inscritas». La anterior doctrina de la Dirección es exacta, pues toda la confusión que supone hablar de «inmatriculación» de excesos de cabida y no de «rectificación» de medida superficial se debe a que el artículo 200 de la Ley Hipotecaria, al fijar los medios idóneos para registrar los excesos de cabida, permite la utilización, como antes se expresó, de los medios de inmatriculación previstos en el artículo 298, 5, letra C), que por desarrollar al artículo 205 de la Ley exigen la publicación de edictos. Ello se comprende fácilmente si se tiene en cuenta que en los casos de rectificación de medida superficial no ingresa una nueva finca en el Registro y que el término «inmatriculación» sólo puede aplicarse a las fincas no inscritas por imperativo de lo dispuesto en los artículos 8 y 199 de la Ley Hipotecaria. Por el contrario, la registración del exceso de cabida supone tan sólo la rectificación de la medida superficial de una finca inscrita, que de una determinada extensión pasa a recoger otra mayor, y que por carecer nuestro Registro de la base física de un coordinado Catastro, dicha cabida no está protegida por los principios fundamentales del sistema. De ahí que, a diferencia de la registración del exceso de medida obtenida por los medios del artículo 298, 5, letra C)—título público de adquisición del artículo 205 de la Ley—, que exigen publicación de edictos y llevan consigo la paralización de efectos del artículo 207 de la Ley, el propio artículo 298, 5, del Reglamento, con entera independencia del artículo 205 de la Ley, excluye de la necesidad de publicar edictos cuando se rectifique la medida superficial por los medios que expresa bajo las letras: A) linderos fijos; B) base en Catastro, y D) no exceder de la quinta parte; procedimientos que, conforme a lo dispuesto en el artículo 51, 4, del mismo Reglamento, son clarísimos medios de rectificación, que por no derivarse, como queda indicado, del artículo 205 de la Ley, no deben estar afectados por la limitación del artículo 207 de la misma. Ello se debe a que el artículo 298 del Reglamento, respecto de los excesos de cabida, desarrolla únicamente el artículo 205 de la Ley en los medios que expresa bajo la letra C), pero no en lo relativo a los demás medios de rectificación de cabida, que son un añadido que no guarda ninguna relación con el título público de adquisición de carácter inmatriculador, por lo que sería conveniente que en una próxima revisión del Reglamento se desdoblase el artículo 298 en varios preceptos independientes para una mayor claridad de la materia.

En resumen, si partimos de la idea anterior de que los excesos de cabida suponen una finca ya inscrita cuya extensión se pretenda rectificar, mal puede hablarse de inmatriculación de un exceso, que, como tal, no puede tener entrada independiente en los libros del Registro por aplicación de los citados artículos 8 y 199 de la Ley Hipotecaria. Así, pues, y tras estas breves consideraciones, se puede partir, como segunda premisa, de que no debe hablarse de inmatriculación respecto de los excesos de cabida por ser términos antitéticos y si únicamente de rectificación de la medida superficial de fincas inscritas, rectificación que habrá de realizarse por los medios o procedimientos que quedan expresados.

Pero una cosa es la registración del exceso de cabida como rectificación de la medida superficial de fincas inscritas, y otra, completamente distinta, la rectificación del error padecido en el título que motivó el asiento, que si, como en el presente caso, se refiere a error en la determinación de la verdadera expresión de la cabida de la finca, ello no puede llevarnos a hablar de exceso de cabida, sino simplemente de error padecido y advertido en la descripción de la finca. El procedimiento para rectificar esta clase de errores está claramente recogido por la Ley Hi-

potecaria, que en su artículo 219 contempla el supuesto de que el error no se deba al asiento practicado, sino al documento que lo motivó, en cuyo caso la rectificación se hará mediante la presentación de un nuevo título, si el error fuere producido por la redacción inexacta del título primitivo y las partes convinieren en ello o lo declarase así una sentencia judicial. La doctrina de la Dirección—entre otras, Resolución de 9 de marzo de 1917—establece el criterio de considerar como simple rectificación la que puede probarse con documentos auténticos, independientes por su naturaleza de la voluntad de las partes, que evidencien una falta de armonía entre el Registro y la realidad jurídica.

E. F. C.

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

Por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA,
JOSÉ QUESADA SEGURA,
CARLOS MARÍN ALBORNOZ y
FRANCISCO CASTRO LUCINI

II. DERECHOS REALES

PROPIEDAD HORIZONTAL: PATIOS, LUCES Y VISTAS. ARTICULO 541 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 16 DE MARZO DE 1972).

Hechos.—El Presidente de la Comunidad de Propietarios de un edificio interpone demanda contra el antiguo propietario del inmueble, que es la empresa constructora del mismo, y ahora, de otro colindante, entendiendo el demandante que en ese nuevo edificio el demandado ha abierto ventanas sobre un patio que es elemento común del de la Comunidad que representa, y, además, señala que el demandado ha considerado como propia de él una franja de terreno de dos metros de ancha, sobre la que también ha abierto ventanas, con todo lo cual ha infringido las normas de propiedad horizontal, que dicho constructor creó en su día en el edificio que ahora pertenece a la Comunidad demandante, solicitando se cierren las ventanas existentes sobre dicho patio y sobre la franja situada detrás del edificio, por no respetar las distancias reglamentarias.

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Oviedo desestima la demanda, siendo confirmada su sentencia por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Oviedo.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Prieto Delgado, declara no haber lugar al recurso interpuesto por la parte demandante, porque no existe incongruencia en la sentencia apelada, como alega el recurrente, ya que el vicio denunciado no consiste en «incoincidencia entre lo convertido y lo resuelto por la Sala sentenciadora», sino que la inadecuación ha de existir entre el fallo y las pretensiones de las partes, y en el presente caso, examinada la demanda y la contestación, se observa que se ha fallado conforme a lo que se discutía; porque el recurrente crea supuestos distintos al de la fundamentación de hecho de la sentencia, pues señala que el patio

es elemento común del inmueble de la parte demandante y, en cambio, en la sentencia recurrida se expresa, como resultado de la valoración de la prueba pericial y de reconocimiento judicial, que «dicho patio se abre a terrenos de los hoy recurridos, pues la mitad del mismo, tres cuartos, por lo menos, está construido sobre terreno propio de los demandados, y porque la infracción por violación del artículo 541 del Código civil, que también alega el recurrente, está basada en la verificación del supuesto de este precepto, que no es el de autos, en el sentido que pretende el recurrente, porque una cosa es que en el edificio primeramente construido se abrieran huecos con vistas al terreno, también propiedad de los recurridos, situado al fondo de aquél, y que posteriormente, se vendiera por pisos, y otra bien distinta es, como se expresa en la sentencia recurrida, que por esa circunstancia pertenezca al recurrente la propiedad de ese terreno a todo lo largo del edificio con una anchura de dos metros (apartado c) del suplico de la demanda).

PROPIEDAD DE AGUAS. TURNO DE RIEGOS. COMUNIDADES DE REGANTES (SENTENCIA DE 20 DE MARZO DE 1972).

Hechos.—Es objeto de discusión entre las partes litigantes una cuestión de turno de riegos: los demandantes solicitan se declare la obligación de la Comunidad de regantes demandada, situada aguas arriba, de dejar discurrir libremente las aguas que circulan por la acequia de N., desde el sábado de cada semana, a la puesta del sol, hasta la puesta del sol del lunes siguiente, por tener los actores un derecho de aprovechamiento de las aguas en esa forma desde tiempo inmemorial, y, además, pretenden sea condenada la parte demandada a indemnizarlos por los gastos de instalación y elevación de otras aguas que tuvieron que hacer para no perder la cosecha, ante la privación del caudal de la acequia de N., a que tienen derecho.

La Comunidad de regantes demandada niega que exista tal derecho a favor de los demandantes y, además, opone falta de legitimación activa por no comparecer en juicio la mayoría de los regantes que componen la Comunidad, ya que sólo firman la demanda 23 regantes de los 97 que forman aquélla, contra lo dispuesto en el artículo 398 del Código civil.

El Juzgado de Primera Instancia de Calatayud estima la demanda, siendo confirmada su sentencia por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza.

La parte demandada interpone recurso de casación por error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba, abandonando la argumentación de instancia, que se centraba en los artículos del Código civil sobre comunidad de bienes, y recalando ahora la falta de representación de los actores, por no ser el órgano adecuado de una Comunidad de regantes, como persona jurídica que es.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Lojo Tato, declara no haber lugar al recurso, reiterando la conocida doctrina de que para la viabilidad de la alegación de error de derecho «es imprescindiblemente necesario la cita de las normas legales valorativas de la prueba que, siendo de obligado acatamiento por el Tribunal sentenciador de Instancia, hubiesen sido infringidas, así como el concepto de esa infracción»; además, respecto al error de hecho, «los documentos que se mencionan no patentizan sin complejidades de juicio y de razonamientos la pretendida equivocación del Juzgador»; también porque «la infracción de preceptos procesales no es apta para basar en ella una casación de fondo», y, en último término, porque «habiéndose

opuesto realmente en la instancia una excepción de falta de acción o de legitimación de los demandantes, la parte recurrente pretende acogerse ahora a una excepción de falta de personalidad, cuestión impropia para ser traída a este recurso de casación por infracción de Ley, sólo adecuada para ser tratada en un recurso por quebrantamiento de forma».

ACCION REIVINDICATORIA. DESESTIMACION DEL RECURSO POR DEFECTOS PROCESALES (SENTENCIA DE 22 DE MARZO DE 1972).

Hechos.—Don Francisco-Javier S. S. ejercita la acción reivindicatoria contra la entidad «Inmobiliaria C.», entendiendo que ésta había invadido una parte de la finca inscrita a su nombre, a lo que la parte demandada opone el título inscrito de su propiedad, centrándose la discusión en el alcance de los linderos de una y otra inscripción y en aspectos probatorios.

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Tarrasa desestima la demanda, siendo confirmada su sentencia por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el demandante, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Julio Calvillo Martínez, declara no haber lugar al recurso, «dado que no expresan el concepto en que, a juicio del recurrente, se han infringido los artículos 348 del Código civil y 34 de la Ley Hipotecaria, olvidando así lo dispuesto preceptivamente por el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», y porque, respecto al error de hecho que se denuncia, «es rigurosamente indispensable que se individualicen y concreten no solamente los documentos que revestidos de autenticidad extrínseca e intrínseca muestran la equivocación evidente del juzgador, sino aquella parte de los mismos que se halle en contradicción palmaria con los hechos fijados formalmente en la sentencia combatida, exigencias desatendidas en el motivo tercero, el cual, en bloque, de modo conjunto y global, alude someramente a las escrituras públicas aportadas al pleito por la parte demandante y a las certificaciones registrales, catastrales y fiscales que se encuentran unidas a los autos del Juzgado ».

COMUNIDAD DE PROPIETARIOS. RECLAMACION DE CANTIDAD POR GASTOS COMUNES. RECURSO POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA (SENTENCIA DE 28 DE MARZO DE 1972).

Hechos.—El Procurador don Carlos Z. C., en representación de tres Comunidades de Propietarios, en virtud de poder general para pleitos otorgado por los presidentes de las mismas, interpone demanda contra un copropietario de las tres Comunidades, reclamando una cantidad por los gastos comunes de dichos edificios. El demandado no acepta las cuentas que se le piden, ya que las considera emanadas de una organización que no funciona de manera legal, pues no otorgaron los poderes ni dictaron los acuerdos los propietarios, sino los meros detentadores o poseedores.

El Juzgado de Primera Instancia número 31 de Madrid estimó la demanda, condenando al demandado al pago de la cantidad de 93.144 pesetas con 60 céntimos más los intereses legales. Esta sentencia fue confirmada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid.

El demandado interpone recurso de casación por quebrantamiento de forma, denunciando la falta de personalidad de las Comunidades de Propietarios demandantes, en el motivo primero, e igual defecto respecto al Procurador que las representaba en el pleito, en el motivo segundo.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Jacinto García Monge y Martín, declara no haber lugar al recurso, pues éste ha de limitarse a la cuestión de las infracciones adjetivas, y en el presente caso, la acción se ejercita con indudable personalidad, sin posibilidad de discutir la legitimidad de los títulos dominicales, y, por otro lado, los poderes fueron otorgados por quienes se encontraban en el ejercicio de sus cargos de presidentes de las Comunidades, según certificación del secretario, quedando cumplida con ello la exigencia del Reglamento Notarial para la virtualidad de dichos poderes.

TERCERIA DE DOMINIO: RESPONDEN LOS BIENES GANANCIALES POR UN AVAL CONTRAIDO POR EL MARIDO SIN EL CONSENTIMIENTO DE SU ESPOSA, DADO EL CARACTER ONEROSO DE ESE AVAL (SENTENCIA DE 11 DE ABRIL DE 1972).

Hechos.—Doña María-Sara M. R. interpone demanda de tercería de dominio contra el Banco de V. y contra el marido, ante el embargo de bienes gananciales trabado por el Banco por la responsabilidad del aval prestado por el marido, sin consentimiento de la esposa, a favor de una sociedad de la que el esposo era socio. La discusión se centra en el carácter gratuito u oneroso del aval y en si la mujer tiene legitimación para reivindicar los bienes gananciales viviendo el marido.

El Juzgado de Primera Instancia número 8 de los de Valencia desestima la demanda de tercería, siendo confirmada su sentencia por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de dicha capital, sobre la base de configurar el aval como negocio oneroso y de negar a la mujer legitimación para reivindicar bienes gananciales.

Doña María-Sara M. R. interpone recurso de casación insistiendo en su tesis de gratuidad del aval (por lo que el marido no podía obligar a la sociedad de gananciales) y de legitimación de la mujer para ejercitar la tercería sobre bienes gananciales, dado que era partícipe, junto con el marido, de dichos bienes.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño, declara no haber lugar al recurso, partiendo del principio general de que el marido es el administrador de la sociedad de gananciales y de que las limitaciones de sus facultades de obligar a la sociedad conyugal han de interpretarse con criterio restrictivo, dada su calidad de jefe de la familia, por razones de unidad de dirección de la misma (considerando primero).

En el considerando tercero destaca el carácter gratuito del aval en el presente caso: «Considerando que si bien es cierto que el aval prestado por el marido en el supuesto del presente recurso constituye una forma de afianzamiento o fianza mercantil, que, según el artículo 441 del Código de Comercio, 'será gratuito salvo pacto en contrario', y que, según el 1.882 del Código civil—de obligada remisión a los efectos de la reglamentación complementaria que impone el 50 del Código Mercantil—, si el deudor no paga, el fiador viene obligado a efectuarlo, no lo es menos que por su propia esencia es un contrato de garantía y accesorio respecto de una obligación principal, cuyas suertes sigue, por carecer en nuestro Derecho de valor abstracto e independiente de aquélla, que en este caso es, como se ha referido, un contrato de préstamo y crédito carente de toda

idea de gratuidad ni en su nacimiento, por tratarse de una operación bancaria, ni en su finalidad, pues el numerario solicitado y concedido por el Banco iba destinado a resolver un problema financiero de la sociedad deudora, que permitiese su desenvolvimiento negocial solventando dificultades del pasado y haciendo frente a proyectos futuros con el indiscutible objetivo de incrementar los beneficios; del mismo modo que, como consecuencia del mecanismo de esta clase de pactos, el hecho mismo de la firma del aval convierte al fiador en un acreedor potencialmente, al menos, frente al deudor principal, que se hace efectivo en la hipótesis de incumplimiento de éste, con los derechos típicos de reembolso y de subrogación, que determinan los artículos 1.838 y 1.839 del Código civil; como igualmente, y a causa de que la fianza prestada en el supuesto que se examina lo fue solidariamente por todos los socios de la empresa, tendrá que regir la norma del párrafo segundo del artículo 1.145 del propio Código, a cuyo tenor quien pagó—en este caso, el marido—podrá reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponda; todo lo cual impide catalogar el acto como presidido por un intento o fin de liberalidad y gratuidad de los que son prohibidos al marido por el párrafo primero del artículo 1.413 del Código civil, sin que a ello pueda oponerse el criterio seguido por la sentencia de esta misma Sala de 13 de mayo de 1971, donde no se abordó directamente el problema que aquí se resuelve y donde, además, el planteamiento fáctico difería también del ahora contemplado, pues de los antecedentes de la misma resulta que no había constancia escrita del convenio o contrato causal que sirvió de base al aval cambiario allí prestado, con arreglo al cual y en razón a la accesoriedad antes referida se hubiese podido discernir acerca de la gratuidad alegada, razones todas que conducen a la desestimación de los tres motivos examinados.»

Y en el considerando cuarto destaca que la mujer no tiene legitimación para ejercitar la tercería sobre bienes gananciales viviendo el marido, en la forma siguiente: «Considerando que sea cual fuere la naturaleza jurídica de la sociedad legal de gananciales, dentro de la variada gama de posturas doctrinales formuladas, que fueron recogidas y analizadas en la sentencia de este Tribunal Supremo de 17 de abril de 1967, es evidente que durante el matrimonio no puede constituir una forma de copropiedad de la regulada en los artículos 392 y siguientes del Código civil, al faltar por completo el concepto de parte característico de la comunidad de tipo romano que en ellas se recoge, ni atribuye a la mujer viviendo el marido la propiedad de la mitad de los gananciales existentes, porque para saber si éstos existen o no, es preciso la previa liquidación, único medio de conocer el remanente y hacerse en pago de él la consiguiente adjudicación, no teniendo hasta entonces la mujer más que un derecho expectante—lejos de una propiedad exclusiva y excluyente—, que no la legítima para ejercitar la acción reivindicatoria en que, en definitiva, consiste la tercería de dominio, con independencia de que pueda tener otros procedimientos para impugnar los actos efectuados por el marido si son contrarios a la Ley o en fraude de sus intereses, al modo como proclamó la doctrina de este Tribunal Supremo, especialmente recogida en las sentencias de 22 de diciembre de 1925; 5 de noviembre de 1929; 24 de mayo de 1932; 23 de enero, 26 de noviembre y 4 de diciembre de 1958, y 27 de febrero de 1970 »

COMENTARIO.—Interesante esta sentencia a propósito de la teoría de la causa del negocio jurídico. Guarda relación con la sentencia de 13 de mayo de 1971 (resumida en esta misma Revista, núm. 489, pág. 415), pero llega a un resultado contrario, pues en aquella del año 1971 se configuró el aval como contrato gratuito, y en esta que comentamos, se configura como un contrato con causa onerosa, con la consecuencia contraria de

que la responsabilidad por el aval afecta a los bienes gananciales en esta última. ¿Contradicción entre ambas? No; más bien hay que pensar que frente a los negocios cuya causa es típicamente onerosa (compraventa), y frente a los negocios cuya causa es típicamente gratuita (donación), existen otros que permiten cobijar una causa onerosa o gratuita, según los casos. Uno de éstos es la fianza y el aval, que en el caso de la sentencia de 13 de mayo de 1971 ofreció peculiaridades distintas de las de la sentencia de 11 de abril de 1972 (1) y (2).

Interesante esta sentencia, porque sirve para destacar que la moderna teoría de la causa no puede prescindir en muchos casos del elemento subjetivo. En casos como la fianza, en que hay que discernir en cada supuesto si tiene causa onerosa o gratuita, sería exagerado centrarse exclusivamente en el frío elemento objetivo de la existencia o inexistencia de contraprestación (a que alude el art. 1.724 del Código civil). Hay que atender también a la finalidad, al «motivo incorporado a la causa», a la «causa concreta del negocio» (como dice DE CASTRO, *ob. cit.*, págs. 189 y 228). He aquí, en la presente sentencia precisamente una valoración de este aspecto de la causa, cuando señala que en este caso el aval está carente de toda idea de gratuidad no sólo en su nacimiento, sino «en su finalidad, pues el numerario solicitado y concedido por el Banco iba destinado a resolver un problema financiero de la sociedad deudora que permitiese su desenvolvimiento negocial solventando dificultades del pasado y haciendo frente a proyectos futuros con el indiscutible objetivo de incrementar los beneficios». Valoración importante, pues, en mi opinión, es el argumento más decisivo que ofrece la sentencia en pro de la causa onerosa del aval, ya que los demás, de tinte objetivo, son discutibles.

Al mismo tiempo, enseña que hay casos en que la causa no debe quedar cristalizada o inmovilizada con la firma del contrato, sino que debe continuar su influencia en la vida negocial, repercutiendo sobre el carácter oneroso o gratuito del contrato, aunque en el momento de la firma no salga a relucir este carácter. En cambio, la opinión del recurrente es distinta. Dice textualmente: «No es, por tanto, lícito distinguir entre el nacimiento del contrato o constitución de la obligación y la biología del mismo o resultados que de él se derivan, como en forma impropia hace la sentencia recurrida en su considerando quinto, fundamento del fallo de la misma. La sentencia recurrida yerra, en resumen—continúa diciendo—, cuando considera que la gratuidad del contrato pende del resultado final sobre el patrimonio del fiador, en lugar de estimar que la tal gratuidad surge por la inexistencia de una contraprestación por el riesgo que asume el fiador.» Y más adelante añade: «Por ello debe convenirse que la sentencia recurrida interpreta erróneamente el artículo 441 del Código de Comercio, al estimar que la gratuidad del contrato de afianzamiento está condicionada al resultado final sobre el empobrecimiento del patrimonio del fiador y no sobre la inexistencia de una contraprestación.» El Tribunal Supremo, al rechazar esta interpretación del recurrente y confirmar la sentencia recurrida, hace aplicación, en el fondo, de la teoría que de-

(1) FEDERICO DE CASTRO, en su libro *El Negocio Jurídico* (Madrid, 1967), pág. 265, dice: «No puede desconocerse la posibilidad de que tengan causa gratuita otros negocios que aunque no lo diga el Código, dejan abierta la posibilidad de ser utilizados lucrativa u onerosamente, como la renuncia (pactada o aceptada), el negocio a favor de tercero, la novación (p. e.), rebaja de precio, la fianza y la cesión.» Insiste en ello en la pág. 203.

(2) Esta diferenciación de supuestos revela las dificultades de aplicación de esa fuente del Derecho que es la jurisprudencia, que se resiste al tratamiento a que en muchas ocasiones le ha sometido la doctrina, si bien ésta, modernamente, reacciona y, frente al antiguo uso indiscriminado de citas, distingue, conforme al propio Tribunal Supremo, los matices, los supuestos fácticos y separa la *ratio decidendi* de los *obiter dicta*. La comparación de las dos sentencias es un ejemplo más de la dificultad de aplicación de la jurisprudencia y, al mismo tiempo un modelo a seguir en el empleo de esta fuente (Ver la matización que hace la presente sentencia en su Considerando 3.º, a propósito de la distinción de los supuestos de ambas).

fiende la «continuadora influencia de la causa», patrocinada por DE CASTRO (*ob. cit.*, págs. 313 y sigs.), pudiendo añadirse el presente caso al que dicho autor recoge como caso típico de aquella teoría (el de la llamada «cláusula *rebus sic stantibus*»).

ACCION DECLARATIVA DE DOMINIO: IDENTIDAD DE FINCA. DIVISION DE COSA COMUN. COMUNIDAD Y SOCIEDAD (SENTENCIA DE 19 DE ABRIL DE 1972).

Hechos.—Demandantes y demandado están de acuerdo en señalar que adquirieron una finca en comunidad o sociedad con el propósito de revenderla por parcelas que se segregarian de la matriz, poniéndose registralmente a nombre del demandado exclusivamente, habiéndose realizado la adquisición en dos escrituras, en una de las cuales se formalizó la adquisición en pública subasta de una mitad indivisa de la finca, y en la otra, se formalizó la compra de la restante mitad indivisa.

La cuestión judicial se plantea porque a pesar de que el demandado realizó tres segregaciones y ventas de parcelas de la finca matriz, según lo acordado, con lo que quedó agotada registralmente la superficie de dicha finca, los demandantes consideran que una parcela que actualmente ocupa el citado demandado ha quedado sin vender y pertenece a la comunidad, aunque la superficie escriturada e inscrita no lo refleje, pues, en todo caso, esa parcela cabe dentro de los linderos de la finca adquirida, solicitando, en consecuencia, se declare que tal parcela pertenece, en realidad, a la comunidad o sociedad, integrada por el demandado y los actores, y en trámites de ejecución de sentencia se saque a pública subasta con reparto del precio, previa declaración de ser indivisible dado el número elevado de propietarios. Por su parte, el demandado mantiene que esa parcela es de su propiedad y nada tiene que ver con la finca que adquirió en aquellas dos escrituras públicas, como lo demuestra la superficie reflejada en las mismas y la numeración catastral que se consignó.

El Juzgado de Primera instancia de Liria desestimó la demanda, pero su sentencia fue revocada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia, que se funda en los linderos consignados en el Registro, por tener valor preferente a la superficie.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el demandado, lo único que consigue es dar la sensación de que es dudosa la identificación por los linderos en el presente caso (dada la dualidad de escrituras y alguna diferencia con el Registro), pues el Tribunal Supremo se muestra lógicamente rígido dada la naturaleza de extraordinario del recurso de casación y, siendo ponente el Magistrado don Julio Calvillo Martínez, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando que el motivo primero, al amparo del número séptimo del artículo 1.692 de la L. E. C., alega la existencia de error de hecho en la apreciación de la prueba, motivo que no puede prosperar porque, aparte de que algunos de los documentos invocados en concepto de auténticos para acreditar la pretendida equivocación aparecen desprovistos de tal carácter, los restantes no cumplen la imperativa exigencia contenida en tal precepto procesal, en orden a que los documentos han de mostrar de manera evidente, o sea, patente, manifiesta e inequívoca, el error del juzgador *a quo*, puesto que aun cuando los traídos a colación pueden llegar a suscitar ciertas dudas al respecto, no demuestran que la Sala sentenciadora se equivocara palmariamente al estimar que la finca adquirida también para los actores por el hoy recurrente no lindase, en el momento de perfeccionarse los contratos de compraventa de las mitades

indivisas de la misma, con la llamada «acequia mayor», dato capital tenido en cuenta por la resolución impugnada como fundamento esencial de su fallo estimatorio de la demanda...»

«Considerando que el tercero y último denuncia la infracción por violación del artículo 1.665 en relación con el 1.700, número segundo, del Código civil, motivo que también ha de parecer dado que respecto a la pretendida transgresión del artículo 1.665, ya adelante el Tribunal de Instancia el razonamiento desestimatorio, a saber, que sería irrelevante calificar de sociedad al grupo voluntariamente formado por las partes, habida cuenta que, en todo caso, trataríase de una sociedad civil irregular o, de hecho, comprendida en el párrafo primero del artículo 1.669, la que, según su párrafo segundo, habría de regirse por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes..., y en cuanto a la acusada vulneración del artículo 1.700, número segundo, es igualmente rechazable, al no haberse acreditado que, en el supuesto hipotético de existencia de la sociedad alegada, se hubiere perdido o extinguido la cosa que hubiera podido servirle de objeto» (1).

J. M. G. G.

III. CONTRATOS

PRELACION DE CREDITOS. INTERPRETACION DEL NUMERO 3.º DEL ARTICULO 1.924 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 3 DE NOVIEMBRE DE 1971).

Hechos.—Don Joaquín H. R. tenía un crédito por un importe de 394.294 pesetas con 45 céntimos contra la entidad J. A. M., que constaba en documento privado de reconocimiento de deuda fechado en 11 de enero de 1965, que después fue reconocido a la presencia judicial—el día 16 de abril de 1968—en las diligencias preparatorias que en vista del impago instó el acreedor el 3 de abril de 1968, obteniendo embargo preventivo el día 6 —afectante a una casa sita en la ciudad de Murcia—, que fue anotado en el Registro de la Propiedad el día 9, después de todo lo cual fue presentada demanda ejecutiva el día 24 del mismo mes de abril, dictándose sentencia de remate con fecha 2 de mayo del propio año de 1968, que quedó firme al no ser apelada.

Ante esta situación, el Banco interpone tercería de mejor derecho contra don Joaquín H. R. y contra la entidad J. A. M., basando su acción en la existencia de un crédito personal que el día 27 de octubre de 1967 había concedido al mismo deudor (la citada entidad) por la cantidad de dos millones de pesetas y vencimiento al 25 de febrero de 1968, según reflejaba la pertinente póliza de crédito de aquella fecha, intervenida por Corredor colegiado de Comercio, resultando que al indicado momento del vencimiento, de acuerdo con la liquidación practicada, en que asimismo intervino Corredor colegiado, aparecía un saldo favorable al

(3) Para comprender mejor este segundo "Considerando" hay que tener en cuenta que el recurrente alegaba que no procedía la división mediante la pública subasta, sino, a lo sumo, aportar la finca a la sociedad existente (no comunidad) y llegarse a la liquidación de la misma, conforme determinan los artículos 1.665 y 1.700 del Código civil.

Banco de 1.905.311 pesetas con 18 céntimos, que al quedar impagado dio lugar a la interposición—el 19 de abril de 1968—de una demanda ejecutiva, despachándose la ejecución con libramiento de mandamiento de embargo sobre el mismo edificio antes referido, que se presentó en el Registro de la Propiedad el 25 de igual mes y fue anotado el 4 de julio, también de 1968, recayendo sentencia de remate el 26 de noviembre, pero no por la suma total reclamada, sino solamente por la de 1.742.983 pesetas con 17 céntimos, resolución que fue firme después de la desestimación del recurso que contra ella se interpuso por auto de 27 de febrero de 1969 (tomado del considerando primero de la sentencia).

Es decir, se plantea la preferencia entre dos acreedores respecto a dos créditos contra un mismo deudor, en que si se atiende a la fecha de las respectivas sentencias de remate de los mismos es preferente el del acreedor, don Joaquín H. R., ahora demandado, y si se atiende a la fecha de la póliza de crédito intervenida por Corredor colegiado, es preferente el del Banco tercerista.

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Murcia desestima la demanda de tercería, determinando la preferencia por las fechas de las sentencias de remate.

La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Albacete revoca la sentencia del Juzgado, considerando preferente el crédito del tercerista dada la fecha de la póliza de crédito intervenida por Corredor colegiado.

El demandado interpone recurso de casación, entendiendo que en este caso ha de estarse a la fecha de las respectivas sentencias de remate, por lo cual considera infringido el número 3 del artículo 1.924, por inaplicación del apartado B) y por aplicación indebida del apartado A).

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño, estima el recurso, casando la sentencia de la Audiencia y confirmando la del Juzgado de Primera Instancia, siendo de destacar estos dos «considerandos» de la sentencia de casación:

Considerando que si bien es cierto el carácter de escritura pública del título en que apoya su pretensión el Banco..., no es menos cierto, sin embargo, que ya la sentencia de 21 de noviembre de 1917, antes citada, al reconocer la naturaleza de firmes de las sentencias de remate, declaró que de ello se deduce que han de conservar su fuerza y eficacia para determinar su preferencia en relación a otras o a las escrituras públicas, en su caso, y la de 27 de abril de 1967 precisó que la razón de ser del privilegio que la Ley concede «sólo radica en la indubitada autenticidad de los créditos que les confiere carácter ejecutivo (escritura) o ejecutoria (sentencia)»; ...aun admitiendo que sean iguales el valor y la eficacia de los documentos intervenidos por Corredor colegiado al de las escrituras públicas, «no puede extenderse más allá de lo que tales documentos realmente contienen y expresan» (cita la sentencia de 27 de octubre de 1941), siendo por ello necesario examinar el título presentado por la entidad tercerista—actual recurrida—con el nombre de póliza de préstamo y crédito, que resulta ser un contrato de los denominados de crédito, a cuya virtud el Banco se obliga a poner a disposición del cliente, en la forma y por el tiempo convenidos, las cantidades que éste le exija dentro del máximo fijado, asumiendo el acreditado, entre otras, la obligación de reintegrar el saldo resultante a favor de aquél al tiempo de la cancelación de la misma, muestra inequívoca de varias cosas: a) que el cliente sólo puede quedar obligado cuando disponga de todo o parte del crédito; b) que su obligación—en la fecha de la firma de la póliza—no es pura y simple, sino que está condicionada, con condición suspensiva y potestativa, a la real y efectiva utilización del crédito otorgado; c) que para determinar el alcance de la obligación del cliente es forzoso conocer el saldo que re-

sulte en su contra practicando la liquidación prevista, único instante en que el crédito exigible tendrá una autenticidad indubitada.

Considerando que en el presente caso este indispensable complemento liquidatorio de la escritura pública originaria en que consta la operación tampoco fue bastante para poner de manifiesto de manera concluyente el saldo deudor, por el que el Banco podía estar en condiciones de accionar, como lo revela el hecho de que arrojó la cifra antes mencionada de 1.905.311 pesetas con 18 céntimos, que fue reducida en el procedimiento ejecutivo entablado para conseguir su satisfacción a la cantidad de 1.742.983 pesetas con 17 céntimos por la sentencia de remate, que constata, en definitiva y de modo inequívoco, la existencia del crédito y su cuantía, siendo por ello el único dato que puede tomarse como base para discernir su antigüedad con independencia del problema de la retroacción o irretracción de la declaración judicial, pues, como dijo la sentencia de 13 de junio de 1958, «desde el momento en que aquella tuvo que plantearse judicialmente para su efectividad, su certeza no deviene notoria, en especial respecto a terceros...», hasta la firmeza de la sentencia»; de todo lo cual resulta que este crédito, lo mismo que aquel con el que concurre, constan, en el sentido estricto del término, en sentencia firme de remate, lo que, como igualmente declaró este Tribunal Supremo en la sentencia de 16 de octubre de 1956, excluye toda otra calificación, debiéndose estar a las respectivas fechas de aquéllas para determinar la prelación de los mismos.

COMENTARIO.—Esta sentencia aporta un nuevo elemento interpretativo del número 3.º del artículo 1.924 del Código civil, que señala que «gozan de preferencia: 3.º) Los créditos que sin privilegio especial consten: A) En escritura pública. B) Por sentencia firme si hubiesen sido objeto de litigio. Estos créditos tendrán preferencia entre sí por el orden de antigüedad de las fechas de las escrituras y de las sentencias».

Para concretar mejor esta aportación conviene tener en cuenta las matizaciones que se han hecho por la jurisprudencia respecto a este número 3.º del artículo 1.924. Son, las siguientes:

1.º Dicho apartado 3.º se refiere únicamente a los créditos que no tengan privilegio especial por su especial naturaleza, conforme a los otros apartados del artículo 1.924 o conforme a los artículos 1.922 y 1.923, de modo que aunque un crédito conste en escritura pública o en sentencia firme de fecha anterior a otro, este otro de fecha posterior será preferente si figura entre los incluidos como privilegiados en dichos preceptos. Claro que en relación con los créditos preventivamente anotados en el Registro de la Propiedad (núm. 4.º del art. 1.923), como su preferencia sólo se produce «en cuanto a créditos posteriores», cabe perfectamente aplicar frente a ellos la preferencia de fechas de los créditos comprendidos en el número 3.º del artículo 1.924 (sentencias de 28 de enero de 1903, 21 de febrero de 1912, 5 de julio de 1917, 5 de noviembre de 1927, 20 de noviembre de 1928 y 29 de noviembre de 1962, citadas por BONET RAMÓN en su *Código civil comentado*, pág. 1532).

2.º El número 3.º del artículo 1.924 se refiere indistintamente a los créditos que consten en escritura pública y a los que consten en sentencia firme, sin que pueda verse una preferencia de los unos sobre los otros por su naturaleza, sino únicamente por la fecha de los respectivos títulos (sentencias de 21 de octubre de 1927 y 23 de enero de 1942, citadas por la presente sentencia).

3.º Dentro del grupo de los créditos que constan en escritura no pueden incluirse las actas (sentencia de 17 de junio de 1958, recogida por BONET RAMÓN en pág. 1534, *ob. cit.*), pero no quedan excluidos los que consten en póliza intervenida por Corredor colegiado, si bien «no pueden

extenderse más allá de lo que tales documentos realmente contienen y expresan» (sentencia de 27 de octubre de 1941, citada por la que comentamos).

4.ª Dentro del grupo de los créditos que constan por sentencia firme no sólo hay que incluir los que consten en sentencias de juicios declarativos, sino también en sentencias de remate (sentencias de 11 de mayo de 1894, 21 de noviembre de 1917 y 27 de enero de 1958, citadas por la presente sentencia).

5.ª El fundamento o razón de ser del privilegio establecido en los apartados A y B del número 3.º del artículo 1.924 «radica en la indubitada autenticidad de los créditos, que les confiere carácter ejecutivo (escritura) o ejecutorio (sentencia)». Así, la sentencia de 27 de abril de 1967 y la que ahora se comenta.

Respecto a todas estas matizaciones, veamos la aportación de la presente sentencia. Para nada afecta a lo dicho en el primer apartado, pues no se planteó la cuestión desde el punto de vista de la fecha de la anotación de embargo, sin duda, por la claridad que ofrece el texto del número 4.º del artículo 1.923 y por la reiterada jurisprudencia señalada más arriba sobre los efectos de la anotación de embargo.

En relación con lo indicado en el apartado segundo, esta sentencia no introduce ningún cambio en la jurisprudencia, que prevé la posibilidad de preferencia del crédito recogido en escritura pública sobre el concretado en sentencia firme. Lo único que hace es excluir, en este caso (frente a la sentencia de la Audiencia), la aplicación del apartado A del artículo 1.924, número 3.º, incluyendo los dos créditos objeto de discusión en el ámbito del apartado B, dada la especial naturaleza del crédito de la póliza.

Respecto a lo dicho en el apartado 3.º, la sentencia, en principio, reconoce que la póliza de préstamo y crédito intervenida por Corredor colegiado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 93 del Código de Comercio, en relación con el 1.218 del Código civil y 596 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tiene el valor de verdadera escritura pública, por lo que debe ser aplicable la preferencia señalada en la letra A) del apartado 3.º del artículo 1.924 (considerando segundo). Pero lo cierto es que esta declaración es un *obiter dictum*, sin valor jurisprudencial positivo, pues en el presente caso, dada la indeterminación del crédito que figuraba en la póliza, el Tribunal Supremo no aplicó el apartado A) citado. Por ello, mal podrá traerse a colación esta declaración de la sentencia en otro supuesto, como doctrina legal de que los créditos que figuran en póliza intervenida por Corredor colegiado tienen el mismo valor que la escritura. Será necesario argumentar con textos legales sin necesidad de citar la sentencia. Pero también es cierto que ese *obiter dictum* tiene su valor, aunque sabemos la enemiga de la doctrina moderna respecto a estas declaraciones que rodean la *ratio decidendi* del fallo. Nosotros también nos situamos en esa posición, pero reconocemos que los *obiter dicta* en ocasiones tienen el valor de concretar más la *ratio decidendi* del fallo desde el punto de vista negativo, es decir, para demostrar que «no ha sido» otra razón la que ha inspirado dicho fallo. Así no habrá necesidad en el futuro de discutir la aplicación de la sentencia a otros casos. Por ejemplo, frente a un futuro recurrente que, a al vista del resultado de esta sentencia, tratara de demostrar que los créditos que figuran en póliza intervenida por Corredor colegiado no son equivalentes a los que figuran en escritura pública y alegara esta sentencia, se le opondría el *obiter dictum* como prueba de que no declaró tal tesis el Tribunal Supremo. Luego los *obiter dicta*, aunque no son imprescindibles, pues del análisis total de la sentencia cabe deducir el verdadero sentido, a veces son muy convenientes para concretar éste negativamente, para evitar la aplicación desmesurada de

la sentencia a otros casos. Aunque también ofrecen el peligro de ser propensos a que se tomen como declaraciones positivas de valor general, pero frente a esto ya previene la doctrina y el propio Tribunal Supremo.

Respecto a lo dicho en el apartado 4.º, esta sentencia confirma la tesis de que el apartado B es aplicable a los créditos que constan en sentencias de remate, como eran los dos cuya preferencia se discutía, pues dichas sentencias también adquieren el carácter de firmes, dando carácter de litigiosos a los créditos.

Y, por último, en cuanto a lo indicado en el apartado 5.º, sobre el fundamento del número 3.º del artículo 1.924 y la declaración de la sentencia de 27 de abril de 1967 (antes citada), esta sentencia de 3 de noviembre de 1971 recoge la idea de la «indubitada autenticidad» y añade que «no se puede dar la misma preferencia de manera genérica a toda clase de escrituras si no son suficientes 'por sí mismas' para autenticar de modo indubitado el crédito que con ellas se alega». Este añadido («por sí mismas») constituye la *ratio decidendi* del fallo, que, en definitiva, se concreta y resume así: «No cabe considerar como preferente un crédito que figura en una póliza de crédito intervenida por Corredor colegiado, cuando necesitó un posterior complemento liquidatorio y una sentencia de remate para dilucidar cuál era la cuantía del crédito (esta última de fecha posterior a la sentencia que concretó el otro crédito), no pudiéndose tener en cuenta en ese caso la fecha de la póliza (apartado A), sino la de la sentencia (apartado B).»

J. M. G. G.

CONTRATOS DEL ESTADO: NO ES APLICABLE LA LEY DE CONTRATOS DEL ESTADO CUANDO NO SE CONTRATA UNA OBRA O SERVICIO PÚBLICO, SINO UNA OBRA PARTICULAR (SENTENCIA DE 26 DE JUNIO DE 1972).

Hechos.—Concertó el Estado español con don Oswaldo Piccino, hoy actor, la construcción del pabellón español de la Feria de Zagreb y entregó al señor Piccino una cantidad a cuenta. Terminada la Feria, y ante la tardanza estatal en hacer efectivo el resto de la cantidad, pese a sus reclamaciones, se interpone demanda ante los Tribunales ordinarios. Condenado el Estado en ambas instancias, el Abogado del Estado recurre en casación considerando incompetente a la jurisdicción ordinaria. El recurso no prosperó.

Considerando que por la entidad recurrente, en el único motivo del recurso que formula, invoca, al igual que hizo en su escrito de contestación, la incompetencia de jurisdicción, al amparo del número 6 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y para su decisión es preciso tener en cuenta que la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa determina en su artículo 3 que la misma conocerá de las cuestiones referentes a «Contratos celebrados por la Administración Pública cuando tuvieran por finalidad obras y servicios públicos de toda especie», siendo éstos los requisitos que han de concurrir en los contratos para que tengan naturaleza administrativa, y como en el primer considerando de la sentencia de Primera Instancia, aceptado por la recurrida, declara expresamente que el demandante contrató no «obras o servicios públicos», sino la edificación con carácter totalmente particular de un pabellón, es evidente que tal convenio, carente en su finalidad directa de la nota de obra o servicio público, es de índole civil por limitarse ex-

clusivamente a la construcción, y como tal declaración no se combate, no hay posibilidad de acoger el motivo que se examina, máxime cuando acreditado que el contrato se perfeccionó por correspondencia no aparece cumplida la rigurosidad de forma exigida en la contratación administrativa, que siempre sería necesaria para ostentar dicho carácter, razones que imponen la desestimación del recurso.

LITISPENDENCIA: PARA QUE PUEDA HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACION SE PRECISA QUE SE FORMULE CONTRA UNA SENTENCIA DEFINITIVA (SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 1972).

Considerando que para que pueda haber lugar al recurso de casación, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.689 y número 1 del 1.690 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se precisa que se formule contra una sentencia definitiva pronunciada por la Audiencia, teniendo el mismo carácter, a tales efectos, las que cayendo sobre un incidente o artículo pongan término al pleito haciendo imposible su continuación, y como quiera que la excepción de litispendencia, objeto del presente proceso, no pone término al pleito ni hace imposible su continuación, limitándose a suspender su curso hasta que recaiga resolución definitiva en el juicio primeramente entablado, demorando únicamente la resolución del en que fue alegada, es evidente que cualquiera que sea el criterio que merezca a esta Sala, este Tribunal no puede entrar en su resolución por estar incurso en la causa de inadmisión tercera del artículo 1.729 de la Ley ritaria.

RECLAMACION DE CANTIDAD (SENTENCIA DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 1972).

Hechos.—La entidad propietaria de una mina vendió determinada cantidad de mineral a la Sociedad «PEMSA». Reclamado el pago del precio por los vendedores, arguyen los demandados la baja calidad del mineral vendido.

Considerando que al declararse probado en la Resolución que se impugna que el mineral de barita objeto de la compraventa litigiosa no estaba condicionado a calidad, rendimiento o ley alguna, por venderse «tal cual» se encontraba en bocamina y a todo riesgo para la compradora, y que se entregó a ésta desde el 11 de octubre al 30 de noviembre de 1968, previo examen de personal técnico enviado por ella, sin que se formulara reclamación por defectos o vicios en la calidad de la mercancía hasta el 20 de enero de 1969, y al no haberse desvirtuado en casación dichos hechos, es evidente que con relación a los mismos resultan totalmente inaplicables al caso controvertido los artículos 345 del Código de Comercio y 1.484 y 1.486 del Código civil, sobre todo cuando, como aquí sucede, entre la fecha de la entrega de la mercancía y la de la reclamación transcurrió con exceso el plazo que para el ejercicio de la correspondiente acción se señala en el artículo 342, sin que por ello se hayan vulnerado tampoco los artículos 50 y 57 del Código Mercantil, por no haber sido incorrectamente interpretados los pactos que ligaban a los contratantes, razones todas ellas que conducen a la desestimación de estos motivos.

RESOLUCION DE CONTRATO DE COMPRAVENTA (SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 1972).

Hechos.—El actor adquirió de la Sociedad ahora demandada una pala excavadora, que sufrió posteriormente gran número de averías. El Tribunal Supremo confirma la resolución del contrato.

Considerando que el recurso impuesto a nombre de la entidad vendedora lleva a cabo la impugnación de la sentencia, contra la que recurre, en primer lugar, combatiendo la relación de hechos, denunciando error en la apreciación de la prueba, que, sin embargo, no logra acreditar, porque para cumplir el mandato legal, los únicos documentos con que trata de demostrar la equivocación del juzgador carecen de la indispensable autenticidad a estos efectos de acuerdo con la constante doctrina jurisprudencial, pues son un catálogo impreso de propaganda comercial, en que se contienen las características de la máquina objeto de la operación, que ni siquiera tiene el rango documental necesario, y un dictamen pericial, que fue objeto directo, junto con aquél, del examen e interpretación del Tribunal sentenciador, y en segundo término, atacando la consecuencia jurídica que de aquellos hechos obtiene el Tribunal *a quo*, amparándose en el número 1 del artículo 1.692 de la Ley Procesal, sin posibilidad alguna de estimación, en un caso, porque es inoperante el alegato de inaplicación de los artículos 1.261, 1.290 y 1.256 del Código civil cuando el juzgador parte precisamente de la existencia de un contrato respecto del cual existen datos y elementos que obligan a su resolución, y en el otro, en que se dice indebidamente aplicado el artículo 1.124 del Código civil, porque habiendo quedado incólumes en casación los presupuestos de hecho que justifican su correcta aplicación, no es posible desvirtuarla con un nuevo planteamiento, que parte de unas premisas que no se corresponden con las reales.

RECLAMACION DE CANTIDAD (SENTENCIA DE 16 DE MAYO DE 1972).

Hechos.—Por mediación del actor se concluyó entre Nueva Films, S. A., y Seven Arts un contrato, conforme al cual ésta concedía a aquélla la licencia exclusiva durante tres años para la importación y explotación en territorio nacional de las películas sobre las que la segunda ostentase los derechos de distribución. El mediador recibiría como retribución el equivalente en pesetas de 2.000 dólares por cada película importada. El problema reside en que mientras el actor sostiene que la sociedad demandada se obligó a importar un mínimo de siete películas por año, entiendo, contrariamente, ésta que el contrato no la obligaba a la importación de aquel mínimo de siete películas.

Considerando que igual suerte desestimatoria han de correr los motivos restantes del recurso: respecto al quinto, por combatirse un considerando de la recurrida sentencia en el que si en verdad con poca fortuna a aquella facultad de libre elección que a la sociedad demandada se le reconocía, en relación a las películas que para su importación y explotación le fueron ofrecidas por Seven Arts se la llega a tipificar como de «opción», no lo es que como contrato de opción se califique al que se viene haciendo referencia, remitiéndose la sentencia a aquellas cláusulas del mismo en las que la Sala encuentra precisamente el más firme reflejo de aquella libertad de acción por Nueva Films, S. A., respecto a las películas a importar...

El octavo, al no ser aplicados por el juzgador de Instancia los artículos que se citan como infringidos para su labor interpretativa, sino utilizados para ir descartando los resultados que por ser contrarios a lo preceptuado por los mismos no podían ser acogidos como contrarios a la Ley, a la que había de ajustarse la resultancia final, por lo que si, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.256 del Código civil, no había de quedar al arbitrio de Nueva Films el cumplimiento del contrato, no menos sería contrario a lo ordenado en el artículo 1.258 del propio Cuerpo legal el que por Seven Arts se ofreciesen películas de tan mala calidad, que las hiciese prácticamente inaceptables, llegando por tal medio a invertirse aquel libre arbitrio, por lo que resultando igualmente contrarios a la Ley uno y otro aspecto de la cuestión, de correcto es calificar lo concluido por el juzgador, perfectamente acorde a lo dispuesto en el artículo 1.289 de dicho texto legal.

RECLAMACION DE INDEMNIZACION CIVIL: LA ACCION POR CULPA EXTRA CONTRACTUAL NO PUEDE ESTAR PENDIENTE MAS QUE EL TIEMPO IMPRESCINDIBLE (SENTENCIA DE 3 DE JUNIO DE 1972).
Solano Zamora c. García González y La Unión y el Fénix Español.

Hechos.—El demandado, García González, arrolló con su automóvil al hijo de la actora causándole la muerte. Fue absuelto en el proceso penal que se le siguió. Celebróse el acto de conciliación con el demandado, García González, poco antes de cumplirse un año desde la fecha en que adquirió firmeza la sentencia absolutoria del proceso penal. Y dos meses después se celebró nuevo acto de conciliación con el codemandado, La Unión y el Fénix Español. Transcurridos otros dos meses desde el segundo acto de conciliación se presentó la demanda incidental de pobreza, y una vez concedido tal beneficio se dedujo la demanda que nos ocupa. Condenados los demandados en la Audiencia, el Tribunal Supremo estima el recurso de aquéllos.

Considerando que en la demanda inicial de este proceso se ejercitó la acción de indemnización de daños y perjuicios producidos por culpa extracontractual o aquiliana, regulada en el artículo 1.902 del Código civil, acción que por su naturaleza, más bien de reacción contra el incumplimiento de unas obligaciones impuestas por la obligada convivencia social, aunque sin ánimo de dañar, no puede estar pendiente de precisar más que el tiempo imprescindible, razón por la cual el artículo 1.698 del propio Cuerpo legal establece un plazo de prescripción muy corto, que no se interrumpe más que por los medios establecidos en el artículo 1.963, el primero de los cuales es el ejercicio de la acción ante los Tribunales, del que es presupuesto preciso e inexcusable el acto de conciliación, salvo las excepciones en que no está incluido el presente juicio declarativo, y en este caso no se produce el efecto de interrumpir la prescripción si no se prueba o formaliza el correspondiente juicio dentro de los dos meses, plazo que transcurrió con exceso en el caso de autos, ya que desde el 18 de octubre de 1968, en que adquirió firmeza la sentencia penal, por la que se absolvió al presunto culpable, no se produjo el acto de conciliación hasta el 2 de octubre del año siguiente y no se presentó la demanda incidental de pobreza hasta el 3 de febrero de 1970, es decir, no dos, sino cuatro meses, sin que la presentación de otro acto de conciliación de 5 de diciembre de 1969 tenga trascendencia procesal alguna, por ser una reiteración innecesaria de la primera, razón por la cual ha perdido eficacia para interrumpir la prescripción que dejó enervada la acción ejercitada.

COMENTARIO.—Sentencia un tanto dura de aceptar. El hecho de que una viuda pobre pierda su pleito contra una potente entidad aseguradora tiene incluso ribetes folletinescos. Nuestro más alto Tribunal se ha mostrado legalista y literalista en exceso.

RECLAMACION DE CANTIDAD (SENTENCIA DE 24 DE ABRIL DE 1972).

Hechos.—El actor, corresponsal de Banco, adelantó diversas cantidades a la cuenta conjunta o indistinta que mantenían los tres demandados a solicitud de ellos. Reclamadas judicialmente fueron condenados por la Audiencia, confirmando el Supremo la sentencia de la Sala juzgadora.

Considerando que sobre esta base y sobre la no desvirtuada por los recurrentes de que «toda la serie de operaciones de letras beneficiaban y perjudicaban a los tres demandados», han de rechazarse los motivos aludidos en el fundamento procedente, los motivos octavo y undécimo, en los que se alega la violación de los artículos 1.709, 1.728 y 1.731 del Código civil, porque parten de unos supuestos de hecho contrarios a los establecidos por el Tribunal sentenciador y que no han podido enervar en los motivos anteriores, y porque dados los hechos fijados formalmente por dicho Tribunal es manifiesta la correcta aplicación que hizo del artículo 1.709, definitorio del contrato de mandato; del artículo 1.728, cuyo párrafo segundo prevé la obligación del mandante de reembolsar al mandatario las cantidades anticipadas por éste para la ejecución del contrato, y el artículo 1.731, según el cual si dos o más personas han nombrado un mandatario para un negocio común le quedan obligados solidariamente para todos los efectos del mandato, y los motivos noveno y décimo, porque subsistente la correcta aplicabilidad de los dos artículos últimamente citados, resulta superflua la cuestión referente a la pretendida violación del artículo 1.158, invocado exclusivamente a mayor abundamiento en la sentencia recurrida, y la relativa a la aducida violación de los artículos 1.137 y 1.138, dados los términos categóricos del repetido artículo 1.731 sobre solidaridad legal de la pluralidad de mandantes.

NATURALEZA DE UN CONTRATO: LA DETERMINA LA SALA SENTENCIADORA. LAS MODIFICACIONES EN UN PROYECTO REPERCUTEN EN EL PLAZO SEÑALADO PARA LLEVARLO A CABO (SENTENCIA DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 1972).

Considerando... que la naturaleza de un contrato es asunto que viene encomendado a la Sala sentenciadora, sin que a lo dicho por ésta quepa oponer razón alguna más que la clara violación de un artículo de la Ley, o sea, cuando la interpretación dada al contrato suponga la desmedida aplicación de un precepto por no ser razonable ni lógica, y ello con las condiciones estrictas que viabilizan el recurso de casación.

Considerando que en los motivos sexto y séptimo se combaten las apreciaciones del fallo recurrido, al decir que «debemos declarar y declaramos retrasada la obra en treinta y nueve días con sanción de 5.000 pesetas por día»; se alega en el motivo sexto la violación de los artículos 1.091 y 1.258 del Código civil, y aquí se precisa reconocer la justeza de las alegaciones empleadas en el recurso. Como se ha de examinar, en el entablado por la Cooperativa de Viviendas «Virgen de la Esperanza» hubo modificaciones en el proyecto primitivo y es natural que las mismas re-

percutiesen en el plazo señalado para llevarlo a cabo, y aunque debía ser objeto de señalamiento la prórroga del mismo, ello no autoriza a pensar que tales modificaciones se hubieran de hacer en el plazo contractualmente señalado y es obligada la prórroga del mismo, como una consecuencia del contrato, conforme al artículo 1.258, y por llevar ínsita la prórroga un plazo de ejecución comprendido en el tenor de lo convenido y, por tanto, en el artículo 1.091 del Código civil.

J. Q. S.

ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: CUANDO LO QUE SE ARRIENDA NO ES UN LOCAL DONDE EL ARRENDATARIO MONTARA SU INDUSTRIA APORTADA POR SI, SINO QUE MEDIANTE EL ARRIENDO SE SIGUE LA EXPLOTACION DE UN NEGOCIO EN MARCHA CON TODO SU MENAJE, QUE HASTA ENTONCES HABIA SIDO EXPLOTADO DIRECTAMENTE POR EL DUEÑO DEL INMUEBLE, HAY ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA Y NO LOCAL DE NEGOCIO, EXCLUIDO DEL AMBITO DE APLICACION DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS (SENTENCIA DE 1 DE JUNIO DE 1972).

Hechos.—Los demandados son dueños del inmueble donde se halla un hotel, arrendado a H. el 25 de marzo de 1950, constituyendo el objeto del contrato el edificio y sus instalaciones, pues los muebles y enseres, es decir, todo el material de uso y servicio hotelero, es de actora arrendataria. Los propietarios se obligaron a costear las obras de conservación de la parte exterior del hotel, y H. (arrendatario), las de la parte interior. La industria hotelera establecida se debe a la actividad como empresa organizadora de H., que es la titular de la misma, la que se obligó a que su explotación cuadrase con la categoría del establecimiento. Cuando se arrendó el hotel correspondía a la clasificación de lujo. La demanda suplica que se dicte sentencia declarando que el contrato de arrendamiento del hotel es de local de negocio, sometido a la L. A. U., y que los demandados están obligados a realizar las obras necesarias para que continúe clasificado en la categoría de lujo y a efectuar las reparaciones oportunas para subsanar el mal estado de conservación del edificio.

Los demandados contestan diciendo que el hotel fue construido y explotado desde 1909 por su propietario, J. Q., el cual, estando dicha industria en pleno funcionamiento, la arrendó a Hoteles Reunidos, S. A., mediante contrato suscrito el 27 de octubre de 1932, y desde entonces la actora viene siendo la titular del negocio, como continuadora del señor Q., sin más interrupción que la habida durante la pasada guerra civil, en que fue requisado y convertido el hotel en hospital; que la descripción registral de la finca comprende un conjunto de bienes con unidad patrimonial propia y todo ello es lo que constituye el objeto del arrendamiento, no teniendo significación alguna el hecho de que la arrendataria haya respetado y mejorado el mobiliario y menaje del hotel; que de los términos del contrato de 1950 se desprende que lo arrendado no es un local de negocio; que en el año 1965, H. se dirigió a la administración manifestándole que el contrato expiraba el primer trimestre de 1970, por lo que no podía realizar obras de mejora, que no podrían amortizarse; que en 1967 notificaron los demandados a la demandante la extinción del contrato para evitar la tácita renovación; que lo que pretende la actora con sus alegaciones es dilatar para prolongar más la vigencia del contrato, causando perjuicios a los dueños, que han obtenido ofertas más ventajosas que las que obtienen de H.

El Juez de Primera Instancia desestima la demanda condenando a la actora a tener por resuelto el contrato de arrendamiento de industria que liga a las partes por expiración de plazo, careciendo la compañía arrendataria de todo derecho de prórroga, ordenándole el desalojo del hotel.

Apelada la sentencia por la actora, la Audiencia desestima el recurso, confirmando la resolución del Juez.

Interpuesto recurso de apelación, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Cantos Guerrero, declara no haber lugar al recurso, destacando los siguientes considerandos:

«Considerando que toda la temática en su día del pleito y hoy del recurso gira en torno a la determinación de si el contrato de arrendamiento de 25 de marzo de 1950 es de local de negocio, comprendido en el artículo 1 de la L. A. U., al que han de aplicarse en cuanto a prórrogas los preceptos de dicha Ley, o si dicho contrato es de arrendamiento de industria, expresamente excluido su ámbito de aplicación por el número 1.º del artículo 3 y regido en su totalidad por los preceptos pertinentes del Código civil.»

«Considerando que los motivos primero y quinto hacen alusión a la interpretación de los contratos, alegándose en el primero la falta de aplicación del artículo 1.281 del Código civil y la aplicación indebida del 1.282, y en el quinto, la falta de aplicación del artículo 1.283 del mismo cuerpo legal, y hay que desestimarlos, pues una extensa jurisprudencia de esta Sala tiene declarado que la interpretación de los contratos es cuestión que pertenece a la instancia y que sólo es combatible en casación cuando resulte absurda o desproporcionada, lo que no ocurre en el presente caso, sino que, por el contrario, la instancia razona con perfecta lógica cuando deduce la condición de arrendamiento de industria, que supone el contrato discutido, de la forma como se convino el primitivo contrato, del que los demás firmados entre las partes no son más que una mera continuación, en que no se arrienda un local en que el arrendatario montara su industria aportada por sí, sino que mediante el arriendo se sigue la explotación de un negocio en marcha con todo su menaje, que hasta entonces había sido explotado directamente por el dueño del inmueble...» No ha lugar.

NULIDAD DE CONTRATO: EL NO DETERMINARSE EL OBJETO CONCRETO DE LA APORTACION DE UNA DE LAS PARTES, INDISPENSABLEMENTE PREVIA PARA EL FUNCIONAMIENTO DE UNA SOCIEDAD CIVIL, HACE NULO EL CONTRATO POR INEXISTENTE, POR FALTA DE UNO DE SUS REQUISITOS ESENCIALES, CUAL ES EL OBJETO, QUE PUEDE SER INDETERMINADO, PERO SIEMPRE QUE SEA DETERMINABLE Y, DESDE LUEGO, CON TAL DE QUE LLEGARE A SER DETERMINADO DE UNA MANERA EFECTIVA, LO QUE EN EL MOMENTO DE INTERPONER LA DEMANDA NO SE HABIA LLEGADO A REALIZAR (SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 1972).

Hechos.—Entre las partes, en julio de 1966, se proyectó verbalmente la constitución de una sociedad civil para la explotación de una cantera de terreno de los demandados; también verbalmente se estipuló que los demandantes aportarían un millón de pesetas, y los demandados, un terreno de su propiedad cuyo valor y precio había de ser también de un millón de pesetas. Los actores aportaron el millón sin que los demandados aportaren el terreno, pese a los requerimientos que se formularon. Los demandados (según la demanda) habían venido explotando la can-

tidad en beneficio propio. Requeridos éstos notarialmente reconocieron la aportación hecha por los demandantes, pero haciendo constar el hecho de la aportación de 8.000 metros cuadrados (parte de una finca) y el conocimiento de éste por los actores. Que lo cierto es que jamás había habido acuerdo entre los interesados sobre qué terreno había de ser objeto de aportación por los demandados ni sobre su extensión ni ubicación concreta. Alegados los fundamentos de derecho, la demanda suplicó se dictara sentencia declarando la nulidad del contrato, condenando a los demandados a devolver un millón de pesetas más los intereses legales y subsidiariamente la resolución del contrato.

Los demandados contestaron alegando que aportaron, además de las instalaciones para explotar la industria, 8.000 metros cuadrados, parte de una finca de su propiedad. Que autorizaron a los actores para que ellos mismos segregaran los 8.000 metros cuadrados, hasta el extremo que de acuerdo con los demandantes se amojonaron dichos 8.000 metros, que quedaron de propiedad exclusiva de la sociedad civil, privada, verbal, constituida por los litigantes. Que el valor dado por las partes a esta aportación de los demandados era la de 1.175.000 pesetas, ascendiendo con ello el capital social a 2.175.000 pesetas, conviniendo que los beneficios y pérdidas se repartirían en proporción a sus respectivas aportaciones.

El Juez dictó sentencia declarando la nulidad del contrato celebrado entre actores y demandados, condenando a éstos a devolver a los actores la suma de un millón de pesetas con los intereses legales correspondientes.

Interpuesto recurso de apelación por los demandados, la Audiencia revoca la sentencia del Juez y en su lugar declara no haber lugar a la demanda, absolviendo de los pedimentos que en ella se articulan a los demandados.

Contra la sentencia de la Sala Civil de la Audiencia los actores interpusieron recurso de casación alegando que en la demanda ejercitaron una acción civil de nulidad por vía judicial, basada en la indeterminación del objeto de la obligación que a los señores demandados incumbía de aportar al fondo común de la sociedad un terreno valorado en un millón de pesetas como contraprestación de la misma cantidad en metálico aportada por los recurrentes. Con carácter subsidiario y para el supuesto de que fuese desestimada la acción de nulidad, se pedía la resolución del contrato por incumplir los demandados la obligación que les incumbía.

En el recurso se denuncia la falta de congruencia de la sentencia recurrida con las pretensiones oportunamente deducidas en el pleito.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia, declara haber lugar al recurso confirmando la sentencia del Juez de Primera Instancia, destacando los siguientes considerandos:

«Considerando que se denuncia la falta de congruencia de la sentencia recurrida con pretensiones oportunamente deducidas en el pleito, apoyando su alegato en el hecho de que en la demanda inicial del procedimiento de que traen causa estas actuaciones se ejerció por los demandantes—actuales recurrentes—una acción de nulidad amparada en los artículos 1.261, número 2, y 1.273 del Código civil, y con carácter subsidiario, la acción resolutoria respecto del contrato celebrado, que permite el artículo 1.124 del mismo texto legal, y, en cambio, la sentencia que se impugna, partiendo de la existencia del referido pacto, da por supuesto el problema de su validez jurídica en torno a la indeterminación del objeto denunciado y se dirige a resolver exclusivamente el punto de la aportación de un terreno a un ente societario, cuya realidad dependía de la cuestionada virtualidad del propio contrato, y, por otra parte, con relación a la petición subsidiariamente formulada, dice que no concurren ninguno de los supuestos específicamente figurados en el artículo 1.291

del Código civil, con lo que alude a una acción que ni fue esgrimida por los demandantes ni entró en juego para nada en las discusiones procesales habidas entre las partes.»

«Considerando que los tribunales no pueden fundar sus resoluciones en hechos que no fueron objeto de alegación ni de prueba y que, por tanto, no han podido ser motivo de debate...»

«Considerando que, en relación con lo anterior, resulta que la sentencia que se recurre es absolutoria, pues en su parte dispositiva propiamente dicha afirma literalmente que absuelve 'de los pedimentos que en la demanda se articulan', pero en realidad de lo que absuelve es de cosas que no habían sido pretendidas por la parte actora en su día, resolviendo, por el contrario, sobre puntos que no fueron cuestionados, según se pone de relieve, observando que lo que la demanda atacó en su momento oportuno fue la existencia misma del pacto, en cuya virtud las partes convinieron en junio de 1966 en constituir una sociedad civil, para lo cual, y a los términos del artículo 1.665 de nuestro primer Código sustantivo, decidieron poner en común, de un lado, un millón de pesetas, y de otro, un terreno de un valor paralelo, a determinar entre las fincas propiedad de los demandados, en el sentido y con el entendimiento de que estas recíprocas prestaciones eran necesarias para el surgimiento de la empresa común de su explotación, y al no haberse determinado el objeto concreto de esta segunda aportación, indispensablemente previa para el funcionamiento de la sociedad, el contrato era nulo, en concepto de inexistente, por falta de uno de sus elementos esenciales, cual es el objeto, que puede ser indeterminado, pero siempre que sea determinable y, desde luego, con tal de que llegue a ser determinado de una manera efectiva lo que en el momento de interponer la demanda no se había llegado a realizar, lo que no puede reputarse congruente con esta pretensión, ni el silencio acerca de la detriminación o indeterminación del objeto de la obligación de los demandados, ni mucho menos su confusión con el objeto social, pues para que éste pudiera entrar en juego era absolutamente indispensable que se llevasen a cabo las respectivas entregas de lo que iba a ser explotado en común.»

«Considerando que igualmente debe estimarse incongruente la decisión respecto del segundo de los pedimentos subsidiariamente deducido por la parte actora, pues, como ya se dijo con anterioridad, el Tribunal *a quo* basa su desestimación en que ...integrado su fundamento en la misma motivación, ello no es ninguno de los determinantes específicamente señalados en el artículo 1.291 y siguientes, en los cuales se regula la rescisión de los contratos, que parte de la existencia de un contrato válido, que incide en alguno de los supuestos que originariamente y de modo relativo le priva de eficacia, bien por haberse producido una lesión, bien por mediar un fraude o bien por otros motivos legales, que no concurren en el presente caso sencillamente porque se trata de una cuestión ajena a los problemas debatidos, de acuerdo con los cuales la acción utilizada por los actores no fue rescisoria, sino la de resolución, con amparo específico en la facultad que para las obligaciones recíprocas concede el artículo 1.124 del Código civil, que suponen un contrato válido desde su origen con plena eficacia originaria también, pero que puede devenir ineficaz si sobreviene alguna de las causas que dan lugar a su resolución, punto éste que, consiguientemente, quedó sin resolver en la sentencia recurrida y que no puede cubrir el fallo absolutorio, referido a cosas que no le comprenden.»

«Considerando que procede estimar la totalidad del recurso procediendo, la casación anula la sentencia recurrida y confirma la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.»

CONTRATO DE COMISION MERCANTIL EN EXCLUSIVA: EL INCUMPLIMIENTO POR LA PARTE ACTORA DE SU COMPROMISO DE NO OFERTAR NI VENDER PRODUCTOS EN COMPETENCIA CON LOS REALMENTE MANUFACTURADOS, EN CANTIDADES COMERCIALES, CON LA DEMANDADA DURANTE LA VIGENCIA DEL CONTRATO, ATENTADO CONTRA EL VERDADERO ESPIRITU INFORMADOR DEL MISMO, CONSISTENTE EN EVITAR CUALQUIER TIPO DE ACTIVIDAD QUE IMPLICARA CONCURRENCIA CON LA ACTIVIDAD INDUSTRIAL Y COMERCIAL DE LA DEMANDADA, DA LUGAR A QUE SE RESUELVA EL CONTRATO POR INCUMPLIMIENTO (SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 1972).

Hechos.—Entre actora y demandada se concierta el 14 de marzo de 1969 un contrato de comisión mercantil en exclusiva para la venta de ciertos productos en España. Se estipula que la falta de cumplimiento por alguna de las partes de sus obligaciones da derecho a la otra a dar por terminado el contrato o exigir su cumplimiento con indemnización de daños y perjuicios. También se estipula que cualquier controversia sería resuelta de acuerdo con la Ley de Arbitraje de 1953. Haciendo uso de su derecho, la demandada decide unilateralmente resolver el contrato por incumplimiento de las obligaciones incumbentes a la otra parte. Desvirtuando los hechos, la parte actora niega las imputaciones que le hace la demandada y conmina a ésta al cumplimiento del contrato solicitando formalización judicial del compromiso, a lo que accede el Juzgado, procediendo al nombramiento de los árbitros que han de decidir sobre la procedencia o no de la resolución del contrato.

El laudo dictado por los árbitros declara procedente la resolución del contrato de comisión mercantil con pacto de exclusiva celebrado entre los compromitentes.

Contra el laudo arbitral, la parte actora interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel González Alegre y Bernardo, declara no haber lugar al recurso en base, entre otros, a los siguientes considerandos:

«Considerando que, como hemos declarado probado, en el laudo que se recurre se da por cierto: A) Que don J. M. C. C. obtuvo la exclusiva de venta de los productos de Papelera del Centro, S. A., en 13 de enero de 1971, otorgándose el correspondiente contrato, que dicha Sociedad no aportó a los autos, ocultándolo con dolo procesal a los árbitros, aunque, según ella, empezaría a regir a partir del día 2 de marzo de 1972, en que ya había terminado la vigencia del contrato debatido. B) Que Papelera del Centro, S. A., se dedica a la fabricación de cartoncillo y de papel 'Kraftliner', productos ambos que también fabrica Tampella Española, S. A. C) Que don A. A. N., cuñado del señor C., fue nombrado vocal secretario de Papelera del Centro, S. A., el 13 de enero de 1971. D) Que son incuestionables las relaciones mantenidas por el señor C. con Papelera del Centro, S. A. E) Que ha quedado patentizado que determinado personal directivo, técnico y administrativo de Tampella Española, S. A., y Capdevila, Investigación y Desarrollo de Mercados, S. A., en el mes de enero de 1971, han pasado al servicio de Papelera del Centro, S. A., de lo que, por apreciación presuntiva, afirman los árbitros que Capdevila, Investigación y Desarrollo, S. A., ha incumplido: 1.º) El fundamental compromiso consignado en el acuerdo segundo del contrato objeto de arbitraje, por el que se comprometía a ni ofertar ni vender ninguna clase de productos en competencia con los realmente manufacturados, en cantidades comerciales, por Tampella Española, S. A., durante la vigencia del contrato.

2.º) El verdadero espíritu informador de dicho contrato, consistente en evitar cualquier tipo de actividad por parte del señor C. o de la Sociedad, tipo de actividad por él creado, que implicara concurrencia con la actividad industrial y comercial de Tampella Española, S. A., para llegar a la conclusión de dar por resuelto el contrato controvertido, y como es lo cierto que entre aquellos hechos conocidos y los que de los mismos se deducen en el laudo hay indiscutiblemente un enlace que es conforme al criterio humano, por lógico y congruente, no puede decirse que los árbitros procedieran con olvido de lo dispuesto en el artículo 1.253 del Código civil, pues para ello sería preciso que aquel enlace lo fuera irracional, totalmente injusto, arbitrario e impropio, pues sabido es que aun en el caso de ser dudoso o vacilante, habría de ser respetado en casación, y si, consecuentemente, hay que tener por indiscutible que por parte de Capdevila, Investigación y Desarrollo de Mercados, S. A., incumplió el contrato que le ligaba con Tampella Española, S. A., el laudo recurrido aplicó correctamente lo dispuesto en el artículo 1.124 de dicho Cuerpo legal, haciendo lo expresado decaer el segundo motivo del recurso, al denunciar, al amparo del ordinal primero del artículo 1.692 de la L. E. C., la violación del artículo 1.253 y la aplicación indebida del 1.124, ambos del Código civil.»

«Considerando que al no ser sino una de las consecuencias de la fuerza vinculante de todo contrato, en relación a las partes contratantes, cuando sanciona el artículo 1.256 del Código civil, y aparece de lo constatado en lo anteriormente expresado, que la resolución, a la que se llega en el laudo, del que ligaba a las partes no obedece a un acto unilateral y arbitrario de una de ellas, sino a la vulneración por parte de la otra de sus obligaciones y, por tanto, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 1.124 del propio Código, no puede decirse se hayan violado dichos preceptos, aunque no se haga expresa referencia al primero de ellos en el recurrido laudo, como se acusa en el tercero de los motivos del recurso, que, por tanto, ha de ser desestimado. Debiendo correr igual suerte desestimatoria el cuarto y último, puesto que al acusar la violación de los artículos antes expresados, y el 1.101, también del Código civil, no encierra sino una petición de principio, haciendo el recurrente supuesto de la cuestión, pues, en contra de lo afirmado por el laudo, da por sentado la improcedente resolución del contrato y, consecuentemente, la procedente condena de Tampella Española, S. A., a indemnizar los daños y perjuicios sufridos por Capdevila, Investigación y Desarrollo de Mercados, por el tiempo en que debió continuar vigente.»

PROPIEDAD HORIZONTAL: EL ACUERDO DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS QUE IMPLIQUE MODIFICACION DE LOS ESTATUTOS O DE LAS REGLAS CONTENIDAS EN EL TITULO CONSTITUTIVO DE LA PROPIEDAD REQUIERE LA UNANIMIDAD PARA SU VALIDEZ (SENTENCIA DE 16 DE JUNIO DE 1972).

Hechos.—La demandante es propietaria del piso tercero izquierda de una casa en régimen de propiedad horizontal. El demandado es el presidente de la comunidad de propietarios, propiedad regida por los estatutos unidos al título constitutivo de la propiedad e inscritos en el Registro, estableciéndose en su artículo 4 que «los departamentos habrán de dedicarse a viviendas u oficinas profesionales liberales; para otra clase de usos habrá de obtenerse previa autorización de la junta de dueños y no podrá dedicarse nunca a las actividades que prohíbe expresamente, entre ellas a consultorio o clínica para hospitalizar enfermos». En junta general, a la que asistieron todos los propietarios que forman parte de

la comunidad, el señor B. (presidente de la comunidad) manifestó tener varios pisos libres, que ofreció gratuitamente a la Asociación Española contra el Cáncer. El demandante se opuso a la aprobación de la propuesta; pero el acuerdo, objeto ahora de aprobación, fue aprobado con el solo voto a favor del señor B. (presidente de la comunidad), propietario, según él mismo confiesa, de una participación equivalente al 93,201 por 100. La oposición del demandante se basa en que el acuerdo es contrario a los estatutos y a la propia Ley, que exige unanimidad para tomar acuerdos que signifiquen modificación de los estatutos; oposición que manifestó aun después del acuerdo, por medio de carta dirigida al citado señor presidente por conducto notarial dentro de los treinta días siguientes a la celebración de la junta. Pese a ello, la comunidad de propietarios estaba dispuesta a llevar a efecto el acuerdo que se impugna. Alega los fundamentos de derecho y suplica que se dicte sentencia declarando que el acuerdo, que se dijo tomado por mayoría en la junta de la citada comunidad, es nulo y carece de validez por ser contrario a los estatutos de la comunidad y precisa ser aprobado por unanimidad de los propietarios miembros de la misma, ya que implica una modificación de los estatutos y afecta al título constitutivo de la comunidad.

El demandado, señor B., contesta alegando que la cesión la hace gratuita y desinteresadamente, en cumplimiento de una labor humanitaria, en atención a aquellos presuntos enfermos y familiares que van a Madrid para someterse a examen en los diferentes centros hospitalarios que la Asociación Española contra el Cáncer tiene en dicha capital, siendo así que el destino dado por el señor B. a los pisos libres que son de su propiedad no está comprendido entre las prohibiciones del artículo 4 de los estatutos de la comunidad, ya que no se trata de instalar consultorio ni clínica para la hospitalización de enfermos. Aparte de su plena dedicación como secretario de dicha Asociación, aportó desde un principio pisos de la casa de su propiedad, en donde ha estado la sede social de la entidad durante varios años; allí, por espacio de catorce años, han sido atendidos enfermos y familiares de éstos y en la fachada del edificio se colocó y continúa un gran rótulo luminoso con el emblema de la Asociación Española contra el Cáncer. Si esto ha sido así, el demandante ha vivido sin formular queja ni objeción alguna.

El Juez de Primera Instancia dictó sentencia declarando nulo y carente de validez el acuerdo de la junta de copropietarios, por ser contrario a los estatutos de la comunidad y precisar ser aprobado por unanimidad de los propietarios miembros de la misma, ya que implicaba una modificación de los estatutos y afectaba al título constitutivo de comunidad.

Interpuesto recurso de apelación por la representación del demandado, la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid dictó sentencia, por la que desestimando el recurso confirma la sentencia apelada.

Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Julio Calvillo Martínez, declara no haber lugar al recurso, debiendo destacar el considerando primero, que literalmente dice:

«Considerando que si el acuerdo impugnado, tomado por la junta de propietarios el 27 de abril de 1970, aprobó la propuesta del hoy recurrente, según la cual 'tiene varios pisos libres, que ha ofrecido gratuitamente a la Asociación Española contra el Cáncer para ayudarles a resolver el problema que tienen planteado hasta que se construya el nuevo Hospital Oncológico en proyecto, por falta de camas, y que por principios humanitarios no puede permitir el que haya quien carezca de lo más elemental teniendo él disponible', no aplicó indebidamente la sentencia recurrida lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 1.281 del Código civil, al interpretar dicho acuerdo en el sentido de que 'por falta de camas para enfermos del cáncer, ofrece sus pisos libres para instalar camas para aquéllos hasta que las haya en número suficiente en el nuevo Hospital Oncológico',

ya que los términos del acuerdo son claros y no dejan duda sobre la intención de quien los propuso; pero es que, además, por si dichas dudas pudieran surgir, el Juzgado hace entrar en juego el artículo 1.282 del mismo Código, a cuyo tenor, 'para juzgar la intención de los contratantes deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato', citando al efecto un acto posterior del proponente del repetido acuerdo (considerando tercero de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, cuyos razonamientos acepta el Tribunal de Apelación), así como el artículo 1.284 de igual ordenamiento, pues aun cuando no lo cite expresamente, declara en el considerando segundo de la resolución combatida que el acuerdo 'carecería propiamente de contenido si con él no se pretendiera destinar los pisos libres a alojar en los mismos, en mayor o menor número, a personas afectadas o dudosas de cáncer por intervalos de tiempo impreciso, facilitándoles una acomodación o estancia temporal, similar o sustantiva de una hospitalización preventiva', razones todas que impiden la estimación del motivo primero.»

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL: ACTUANDO EL ESTADO EN RELACIONES DE DERECHO PRIVADO RESPONDERÁ DIRECTAMENTE DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS POR LAS AUTORIDADES, FUNCIONARIOS O AGENTES, CONSIDERÁNDOSE LA ACTUACION DE LOS MISMOS COMO ACTOS PROPIOS DE LA ADMINISTRACION. LA RESPONSABILIDAD, EN ESTE CASO, HABRA DE EXIGIRSE ANTE LOS TRIBUNALES ORDINARIOS (SENTENCIA DE 10 DE OCTUBRE DE 1972).

Hechos.—En mayo de 1969, en ocasión de circular por la carretera Madrid-Ferrol, el esposo de la actora, conduciendo una motocicleta de su propiedad, por su mano y a velocidad moderada, chocó inopinadamente con una piedra que se encontraba introducida en forma vertical en un profundo bache en la zona asfaltada, sobresaliendo unos diez centímetros por encima del asfalto, si bien no visible dada la fuerte depresión del bache donde se hallaba el socavón. A consecuencia del imprevisible choque, el conductor de la motocicleta salió despedido, produciéndose heridas que más tarde le causarían la muerte. La causa del accidente, según la demanda, fue debida a la anómala colocación en la vía pública de la aludida piedra, carente, por otra parte, de la menor señalización y vigilancia, determinante de una conducta imprudente y negligente imputable a la Administración, responsable, por tanto, por su propia actividad como por la conducta de sus agentes. La actora suplica que se dicte sentencia por la que se declare que la Administración, demandada, es responsable de los daños y perjuicios a ella ocasionados por el fallecimiento de su esposo, reclamando en tal concepto 500.000 pesetas.

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Lugo dictó sentencia absolviendo a la parte demandada.

Interpuesto recurso de apelación por la representación de la parte demandante, la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña dictó sentencia, por la que revocando la apelada y estimando la demanda declaró que la Administración, demandada, es responsable de los daños y perjuicios ocasionados a la actora por los hechos reflejados, viniendo obligada a indemnizar a la misma en la cantidad de 500.000 pesetas.

Interpuesto recurso de casación por el Abogado del Estado, en representación de la Administración, se alega, como motivo único, la incompetencia de jurisdicción por razón de la materia, habiendo conocido la Sala

en asunto correspondiente a la jurisdicción contencioso-administrativa; infracción por violación del artículo 40, párrafos primero y segundo, de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, e infracción por violación del artículo 3, b), de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Andrés Gallardo Ros, declara no haber lugar al recurso, debiendo destacar el primero de sus considerandos:

«Considerando que en el único motivo que se articula, al amparo del número 6 del artículo 1.692, es alegada la incompetencia de jurisdicción por razón de la materia con infracción por violación del artículo 40, párrafos primero y segundo, de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957, y artículo 3, b), de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956; mas el razonamiento en que tales infracciones se fundamentan parte del equivocado supuesto de que los daños que se produjeron al chocar la motocicleta de M. P. V. con una piedra larga puesta de punta en un socavón se derivaron de la prestación normal o anormal de un servicio público, cuando realmente la causa de los mismos fue una acción culposa de un empleado de la Administración, comprendida de lleno en el artículo 1.903 del Código civil y artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, siendo por ello la competencia de la jurisdicción ordinaria, razones por las cuales no se ha producido ninguna de las infracciones denunciadas en el motivo.»

EL VENDEDOR RESPONDE AL COMPRADOR DE LOS VICIOS O DEFECTOS DE LA COSA VENDIDA SI LA HACEN IMPROPIA PARA EL USO A QUE SE DESTINA O SI DISMINUYE ESTE USO DE TAL MODO QUE DE HABERLO SABIDO EL COMPRADOR NO LA HUBIESE ADQUIRIDO O HABRIA DADO MENOS PRECIO POR ELLA
(SENTENCIA DE 14 DE OCTUBRE DE 1972).

Hechos.—Entre actor y demandado se concierta la compraventa de una máquina último modelo con cincuenta horas aproximadamente de rodaje. Al ir a recoger la máquina, el comprador (actor) aprecia que la máquina no es nueva ni del último modelo y que tampoco respondía a la realidad el número 7 que, en vez del 5, figuraba en su placa de identificación. Por todo ello es evidente, dice la actora, el incumplimiento del demandado (vendedor), como también lo es su conducta o comportamiento doloso y la existencia de vicios ocultos en la cosa objeto de compraventa. Valorada la máquina por técnicos competentes, el demandante suplica que se dicte sentencia declarando que el precio que debe abonar al demandado por la compra de la máquina es aquel en que ésta ha sido valorada y no el que procedería de ser nueva, debiendo el demandado darse con tal cantidad por totalmente satisfecho y liquidado por la venta de la tan repetida máquina.

El Juzgado estimó la demanda en cuanto a lo expuesto. Interpuesto el correspondiente recurso, la Audiencia de Barcelona dictó sentencia confirmando el fallo recurrido, revocando únicamente la sentencia del Juzgado en cuanto al importe del precio que la actora había de abonar al demandado por la compra.

Interpuestos sendos recursos de casación por las representaciones de demandante y demandado, el Tribunal Supremo, siendo ponente don José Beltrán de Heredia, declara no haber lugar a ninguno de los recursos in-

terpuestos, debiendo destacar el considerando correspondiente al recurso interpuesto por el demandado:

«Considerando que en la operación inicial que dio lugar al pleito de que traen causa estas actuaciones figuraba como vendedor E. G. P., articulándose el recurso en dos motivos, amparados ambos en el número 1 del artículo 1.992 de la L. E., con denuncia en los dos de violación por inaplicación, en un caso, del precepto contenido en el 1.281 del Código civil, a cuyo tenor 'si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas', y en otro, de la norma establecida en el 1.484 del mismo Cuerpo legal, según la que 'quien vende está obligado a sanear por los defectos ocultos de la cosa vendida que la hagan impropia para el uso a que se destina o si disminuye este uso de tal modo que de haberlos conocido el comprador no la hubiese adquirido o habría dado menos precio por ella, pero no será responsable de los defectos manifiestos o que estuvieren a la vista ni de los que no lo están si el comprador es un perito, que por su oficio o profesión debía fácilmente conocer'; ninguno de los cuales es susceptible de estimación, porque al razonar el primero, lo único que dice es que 'las circunstancias que concurrían en la máquina vendida..., horas de funcionamiento, rendimiento y productividad, están perfectamente claros en el contrato suscrito...', sin tener en cuenta que aun estando claros los términos contractuales, una cosa es lo que éstos digan—problema jurídico de interpretación del pacto—, y otra distinta, lo que resulta de la realidad en concreto respecto a si aquéllos fueron efectivamente cumplidos por los contratantes, que afecta a la valoración que de los hechos efectúa el juzgador de instancia, lo cual, en cuanto cuestión estrictamente fáctica, sólo es posible presentar en casación por la del ordinal 7.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, que aquí no se utilizó, y cuando se desarrolla el segundo, se sostiene que '...la máquina se encuentra trabajando con funcionamiento desde el momento de su instalación', dista de ser impropia para el uso a que se la destina, que ni siquiera aparece disminuido..', con lo que se incurre en el mismo defecto de que adolece el anterior, ya que se están también atacando las apreciaciones del Tribunal *a quo* acerca de unas cuestiones de hecho con apoyo en el resultado de la prueba que en su día se practicó y que han quedado incólumes en este trámite, poniendo de relieve los dos, por otra parte, una mezcla de alegatos jurídicos y fácticos incompatibles entre sí, que les hace incurrir en la sanción—que en este momento es desestimatoria—del número 9 del artículo 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento, lo que implica la desestimación de este primer recurso en su totalidad con los preceptivos pronunciamientos del artículo 1.748 del propio texto legal.»

ARRENDAMIENTOS RUSTICOS: A DIFERENCIA DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS, LA DE ARRENDAMIENTOS RUSTICOS NO CONCEDE A LOS COLONOS QUE NO EJERCITAN EL RETRACTO DERECHO ALGUNO A IMPUGNAR POR NINGUN CONCEPTO LA TRANSMISION OPERADA (SENTENCIA DE 20 DE OCTUBRE DE 1972).

Hechos.—Los actores son arrendatarios de ciertas fincas rústicas. Los titulares de éstas las venden a otras personas, negándose a vender a favor de los actores arrendatarios. Realizada la venta, los adquirentes, por medio de Notario, notifican a los arrendatarios la compra realizada. En la escritura de venta se hace constar como precio de enajenación de las fincas la suma de 2.100.000 pesetas, que no se hacen efectivas a presencia del Notario, sino que se reconoce haberlas recibido con anterioridad de los

compradores. Los demandantes afirman que este precio representa más del doble pagado, que ascendió a un millón de pesetas.

La demanda suplica que se dicte sentencia por la que se declare que el contrato de compraventa celebrado entre los demandados carece de validez y eficacia parcial y exclusivamente en cuanto a los actores, por lo que afecta a la cantidad figurada en dicho contrato como precio realmente satisfecho por la transmisión del dominio de las fincas, al no ser esta cantidad cierta y ser diferente a la medida como elemento del referido contrato.

El Juez de Primera Instancia en este punto estima la demanda. Apela esta resolución por la representación de los demandados, la Audiencia Territorial de Burgos dictó sentencia revocando la dictada por el Juez y con desestimación de la demanda absolvió de la misma a los demandados.

Interpuesto recurso de casación por la representación de la parte actora, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Gregorio Díez-Canseco y de la Puerta, declara no haber lugar al recurso, debiendo destacar los siguientes considerandos:

«Considerando que la Sala de Instancia desestima la demanda por entender que los actores y, por ende, el hoy recurrente carecen de acción para deducir las pretensiones esgrimidas, en razón a que, en el fondo, ejercitan una acción impugnatoria con efectos análogos a los establecidos en el artículo 53 de la L. A. U., acción que no reconoce la legislación de arrendamientos rústicos, la cual no concede a los colonos que no ejerciten el retracto derecho alguno a **impugnar por ningún concepto la transmisión realizada**, y es lo cierto que esta argumentación jurídica de la sentencia, que constituye el fundamento esencial del fallo recurrido, no se combate en ninguno de los tres motivos de que consta el recurso, por lo que éste decae en su totalidad.»

«Considerando, a mayor abundamiento, que en el motivo primero, amparado en el número 7.º del artículo 1.692 de la L. E. C., se denuncia error de derecho en la apreciación de la prueba, con violación, por no aplicación, del artículo 1.232 del Código civil, en el cual se pretende demostrar que los compradores demandados carecían de la cantidad de 2.100.000 pesetas, que en la escritura pública de 17 de enero de 1969 figura como precio convenido y satisfecho, mas como ninguno de los confesantes reconocen ni admiten la realidad de tal hecho es obligado rechazar el motivo examinado, cuya desestimación acarrea la de los dos restantes.»

RECLAMACION DE CANTIDAD POR DAÑOS Y PERJUICIOS: EL QUE POR ACCION U OMISION CAUSE DAÑO A OTRO INTERVINIENDO CULPA O NEGLIGENCIA, ESTA OBLIGADO A REPARAR EL DAÑO CAUSADO (SENTENCIA DE 14 DE OCTUBRE DE 1972).

Hechos—El demandante, propietario de un negocio destinado a la venta específica de todo mesón, como consecuencia de la defectuosa instalación por parte de la entidad demandada de un barril de cerveza, y debido a la explosión del mismo, sufrió heridas graves, que le tuvieron accidentado durante casi seis meses. Por todo ello, el actor suplica que se dicte sentencia condenando al demandado a la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Burgos dictó sentencia por la que estimando, en parte, la demanda condena a la parte demandada a que abone al actor la cantidad de 356.500 pesetas, por los

gastos derivados del accidente, y la de 400.000, como indemnización por los perjuicios sufridos y defectos permanentes, secuela del accidente.

Interpuesto recurso de apelación por la demandada, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos dictó sentencia confirmando la recurrida.

Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel González Alegre y Bernardo, declara no haber lugar al recurso en base, entre otros, a los siguientes considerandos:

«Considerando que desestimando los anteriores motivos hay que tener como invariables en la resolución del presente recurso aquellos hechos establecidos en la recurrida sentencia 'de todo lo alegado y probado' como ciertos, y que son: Primero: Que el actor y recurrido, como propietario en la ciudad de Burgos de un establecimiento de bebidas denominado 'Mesón Prudens', convino con 'J. y T. R., S. A.', la exclusiva de venta de cervezas de su fabricación 'El León', instalándole, sin gasto alguno por su parte y a título de préstamo gratuito, el aparato para el tiraje de cerveza y correspondientes accesorios en el mes de febrero de 1969, pudiendo la sociedad propietaria de dicho aparato, marca Codifesa, retirarlo cuando lo estimase conveniente, correspondiendo a los técnicos que en Burgos tiene la expresada sociedad la reparación de averías y vigilancia de la instalación y buen funcionamiento. Segundo: Que, como tantas otras veces anteriores, el sábado día 2 de agosto de aquel año, le fue suministrado un barril de cerveza por los empleados de la representación en Burgos de la Sociedad, los que procedieron a su acoplamiento y montaje en el referido aparato extractor (operación que vienen denominando 'pinchado de barril'), aparato extractor que no venía funcionando con normalidad, lo que había dado lugar a constantes reclamaciones e incluso se llegase a solicitar la retirada del mismo. Tercero: Que el domingo día 3 de agosto, después de varias llamadas y avisos no atendidos, al tratar el actor 'probablemente' de comprobar que el barril seguía perdiendo cerveza en espuma por el grifo de salida, se produjo una explosión, de la que resultó con gravísimas lesiones, la que tuvo lugar breves instantes después de que éste abandonase el local, abierto al público, para entrar por el portal a la dependencia donde tenía instalado el aparato de tiraje. Cuarto: Que seguidamente a producirse el accidente procedió la Sociedad a la retirada del mencionado aparato con todos sus elementos, incluido el barril, a lo que se debió no haber podido precisar con exactitud las causas productoras del siniestro, así como el montaje en las instalaciones de otros establecimientos de una válvula de seguridad de la que carecían, como el instalado en el 'Mesón' del actor.»

«Considerando que apareciendo de dichos hechos tanto la realidad del daño como el que éste tuviese por causa la explosión del barril de cerveza, al que se ha hecho referencia, de las circunstancias concurrentes en los mismos llega a deducir el juzgador como acciones u omisiones atribuidas al demandado y jurídicamente valorizadas como culpables o negligentes, en el aspecto activo o de acción: montaje completo e instalación del aparato de tiraje, suministro del barril y acoplamiento en la referida instalación, inmediata retirada del mismo barril y accesorios una vez ocurrido el accidente y colocación de válvulas de seguridad en las instalaciones de otros establecimientos, y en el pasivo, de omisiones, desatención a las diversas llamadas y avisos ante el anormal funcionamiento del aparato de tiraje, falta de vigilancia y asistencia técnica del mismo, lo que preciso hacer conocer del sexto de los motivos del recurso, en cuanto al amparo del ordinal 1.º del artículo 1.692 de la L. E. C.; denuncia la violación del 1.253 del Código civil, al combatir el que entre aquella base presuntiva y lo deducido por el juzgador de instancia exista aquel enlace preciso y directo que exige el artículo precitado, motivo de cuya suerte

depende la que haya de corresponder al primero y segundo, formulados por la misma vía, en cuanto, respectivamente, denuncian la infracción por violación de los artículos 1.902 y 1.214 de dicho Cuerpo legal, y como a cuanto, en materia de presunciones, se refiere a la deducción a que llega el juzgador de instancia tras su proceso dialéctico, es reiterada doctrina de esta Sala, en el sentido de conceder el máximo respeto a la libre apreciación de dichos juzgadores, no siendo lícito en casación sino examinar si está fundada la existencia del hecho que sirve de base a la presunción, y si es lógica aquella deducción que por el juzgador se obtiene, el motivo ha de ser desestimado, puesto que no pudiéndose discutir aquella base presuntiva por esta vía procesal, tampoco se puede tachar de ilógica la consecuencia a la que llega de todos aquellos elementos fácticos que quedaron relatados, por lo que no puede decirse que el precepto, en lo que atañe a tal enlace preciso y directo, haya sido violado, y en tal sentido, igualmente lo han de ser el primero y segundo: aquél, en cuanto la recurrida sentencia ha tenido en cuenta, aunque prescinda de su explícita cita, lo dispuesto en el artículo 1.902 del Código civil, lo que motiva que no pueda decirse haya incurrido en la infracción por el expresado concepto de dicho precepto, y en cuanto al segundo, porque no es fundamento del fallo la falta de prueba por el actor, cual quiere hacer ver el recurrente, puesto que la presunción constituye prueba que le es favorable en el cumplimiento de su obligación de probar los hechos normalmente constitutivos de su derecho en el supuesto de autos: acción y omisión culpable o negligente, realidad del daño y nexo causal entre acción y omisión y daño, por todo lo que el recurso ha de ser desestimado.»

C. M. A.

V. SUCESIONES

TITULOS NOBILIARIOS. SU REHABILITACION. POSESION CIVILISIMA (SENTENCIA DE 22 DE FEBRERO DE 1972).

Ley 2.ª, título XV, partida 2.ª; Leyes 40 y 45 de Toro; Novísima Recopilación, libro X, título XVII, y libro XI, título XIV; Reales Decretos de 11 de junio de 1863 y 27 de mayo de 1912; Leyes de 11 de octubre de 1920 y 4 de mayo de 1948.

Las normas programáticas no pueden fundamentar un recurso de casación en cuanto al fondo.

Todos los poseedores del título que no sean el óptimo se consideran precaristas.

Sólo es imprescriptible el derecho del óptimo poseedor.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Antonio de Vicente Tutor y de Guelbenzu, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandado y recurrente contra la sentencia de la Sala Tercera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, confirmatoria de la del Juzgado número 4 de Primera Instancia de la misma capital, que había estimado la demanda en base a las siguientes consideraciones:

Considerando que el primer motivo del recurso, amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y que denuncia

la violación en la sentencia recurrida del artículo 1 del Fuero de los Españoles; de los artículos 1, 2 y 3 del Principio V de la Ley de Principios del Movimiento Nacional, y del artículo 3 de la Ley Orgánica del Estado, no puede prosperar, por cuanto al tener tales normas carácter programático no pueden servir de sustentación a un recurso de casación en el fondo.

Considerando que por el mismo cauce procesal que el anterior y que los siguientes se articula el segundo motivo, denunciando la violación de los artículos 2 y 4 del Real Decreto de 11 de junio de 1883, de los artículos 10 y 18 del Real Decreto de 27 de mayo de 1912 y de la Ley de 4 de mayo de 1948, por entender el recurrente que al no haberse solicitado la sucesión en el título ni su rehabilitación durante un plazo de setenta años incurrió en caducidad, y su rehabilitación posterior, previa audiencia del Consejo de Estado, puede otorgarse libremente a favor de cualquiera de los comprendidos en el llamamiento de creación, sin que contra ello quepa recurso alguno, por lo que la concesión es inalterable, y como quiera que la resolución impugnada da como probado que no se ha acreditado en el proceso que la concesión del título de referencia fuera declarada caducada o modificada, sin que tal extremo haya sido impugnado por el único cauce adecuado para ello, aparece evidente que no se dan los supuestos en que el motivo se basa y debe ser desestimado, como lo demuestra el hecho de que el título no fue objeto de nueva concesión a favor del padre «sin perjuicio de tercero de mejor derecho», y en su consecuencia, y conforme a la Ley de 1948, la sucesión debe regirse por la Ley II, título XV, partida II; las Leyes 40 y siguientes de Toro, y título XVII, libro X, de la Novísima Recopilación, o sean, las reglas de sucesión a la Corona, correspondiendo al pariente más próximo del concesionario de la merced, partiendo de la base de que todos los poseedores que no sean el óptimo se consideran precaristas—sentencias de esta Sala de 12 de junio de 1924, 21 de mayo de 1964 y 30 de junio y 7 de diciembre de 1965, entre otras muchas—, y pertenece la merced a quien acredite ser mejor sucesor del concesionario que quien la ostente por el principio de la posesión civilísima, propiacoidad que le corresponde.

Considerando que el tercer motivo denuncia la violación de la Ley 45 de Toro, correspondiente a la primera del título XIV del libro XI de la Novísima Recopilación, aplicables al caso controvertido conforme al artículo 13 de la Ley de 11 de octubre de 1920 y la de 4 de mayo de 1948, basado en que no habiendo acreditado el actor ser el óptimo sucesor con derecho al título, queda en simple poseedor civilísimo y ha prescrito su derecho en cuanto conforme a la citada Ley 45 de Toro, sólo resulta imprescriptible el derecho del óptimo, y así lo declaró la sentencia de esta Sala de 9 de junio de 1964, y habida cuenta que conforme a la constante, copiosa y reiterada doctrina de esta Sala, salvo la sentencia citada, única en doctrina y recaída en autos de especiales circunstancias fácticas, no es preciso justificar ser el óptimo sucesor, siendo suficiente acreditar el mejor derecho genealógico para la posesión civilísima—sentencia de 2 de febrero de 1912—y que no empece el tiempo que haya transcurrido sin reclamar, que no implica renuncia—sentencias de 1 de abril de 1959, 19 y 21 de abril de 1961, 4 de junio de 1963, señalando las de 30 de junio de 1965 y 3 de junio de 1924 que la tan citada Ley 45 de Toro sienta el principio de ser bastante la posesión civilísima, a diferencia de la Ley 41, sólo aplicable a los mayorazgos, como consecuencia de todo lo cual las sentencias de 21 de mayo de 1964 y 29 de noviembre y 2 de diciembre de 1967, entre otras muchas, declaran la imprescriptibilidad del derecho a solicitar el mejor derecho al uso y disfrute de la merced, es indudable que no ha prescrito la facultad del solicitante y carece de viabilidad el motivo estudiado.

Considerando que, por último, el cuarto motivo denuncia la violación de la Ley 41 de Toro, Ley I del título XVII del libro I de la Novísima Recopilación, por remisión de las Leyes de 11 de octubre de 1920 y 4 de mayo de 1948 y de la doctrina de las sentencias de esta Sala de 10 de octubre de 1961 y 9 de junio de 1964, basándose para ello en que de no ser aplicable la prescripción del derecho del actor tratada en el fundamento precedente, lo sería siempre la extintiva por costumbre inmemorial de más de cuarenta años sin solicitar la sucesión o rehabilitación del título por el demandante, conforme a la Ley 41 de Toro, motivo que perece porque, conforme a la doctrina jurisprudencial citada, la Ley 41 es sólo aplicable a los mayorazgos, y los títulos nobiliarios se rigen por la Ley 45 y son imprescriptibles, sin que sea obstáculo para ello el contenido de las sentencias alegadas por las razones antes expuestas, respecto de la de 1964, y en cuanto a la de 1961, por afectar a mercedes de los antiguos reinos de Aragón y Cataluña, en atención a su especial legislación, por todo lo cual procede desestimar el recurso, con los pronunciamientos a que la Ley de Enjuiciamiento obliga.

NULIDAD DE TESTAMENTO ABIERTO. INCAPACIDAD DEL TESTADOR. TESTAMENTO DEL LOCO EN INTERVALO LUCIDO (SENTENCIA DE 8 DE MARZO DE 1972).

Doña A. B. V. murió bajo testamento abierto, otorgado con los requisitos formales que previene el artículo 665 del Código civil, en el que excluye terminantemente de su herencia a su hermano y tutor, don M. B. V.—demandante, apelado y recurrido—, que era su más próximo pariente, instituyendo heredero a su sobrino, hijo de su dicho hermano, don M. B. P.

Resulta probado a lo largo del pleito que la testadora, doña A. B. V., padecía una oligofrenia congénita en grado de imbecilidad profunda, con facultades mentales inferiores a las de una niña de cuatro años, habiéndola designado sus padres tutor en su testamento y sido declarada incapaz por auto del Juzgado de Primera Instancia de Vigo en 22 de mayo de 1908, constituyéndose el oportuno organismo tutelar. No obstante lo cual, con fecha 28 de septiembre de 1969, otorgó testamento abierto, con todas las solemnidades propias del caso, según se ha dicho antes.

El hermano de la testadora demanda a su hijo, sobrino de ésta, solicitando la nulidad del testamento y la declaración de heredero abintestato a su favor, a lo que accede el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Vigo, siendo desestimada la apelación interpuesta por el demandado ante la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña, cuya sentencia confirma el Tribunal Supremo, en ponencia de don Federico Rodríguez Solano y Espín, que desestima igualmente el recurso de casación por infracción de Ley, según resulta de la siguiente doctrina:

La circunstancia de que en el testamento litigioso se hayan observado o no los requisitos formales exigidos para su validez por el artículo 665 del Código civil, no se opone a la posibilidad de que la Sala sentenciadora le declare nulo como consecuencia de la estimación de incapacidad legal de su otorgante, por constituir los problemas relativos al estado mental de éstos en el momento de otorgar sus disposiciones de última voluntad meras cuestiones de hecho sometidas a su libre apreciación y como tales censurables en casación únicamente por la vía del número 7 del indicado artículo 1.692, según, entre otras, han expresado las sentencias de esta Sala de 9 de abril de 1948, 30 de noviembre de 1968 y 24 de febrero, 26 de mayo y 21 de junio de 1969, aun cuando el resultado a que lleguen sea contrario al informe facultativo emitido a efectos del artículo 665 y a lo

que el fedatario haya hecho constar sobre la materia, cumpliendo lo que previenen los artículos 685 y 695, por no tener que ajustarse los órganos judiciales a aquellos dictámenes, según lo dispuesto en los artículos 1.243 del indicado Código y 632 de la Ley Rituaria (sentencia de 11 de diciembre de 1962), ni a las aseveraciones de los segundos, que pueden destruirse por medio de una prueba en contrario (sentencias de 10 de abril y 23 de noviembre de 1944 y 10 de junio de 1969), por lo que al declararse por la resolución impugnada, a la vista de los diversos elementos de prueba aportados al juicio, que la otorgante del testamento, cuya nulidad se postula, padeció con varios años de antelación a su comparecencia ante el Notario de oligofrenia en grado segundo con facultades mentales inferiores a las de una niña de cuatro años, cuya enfermedad, por su carácter permanente e irreversible, no permite se produzcan intervalos de lucidez, y al declararse nula dicha disposición testamentaria por el Tribunal *a quo*, no incurrió éste en las infracciones denunciadas en el motivo, que, por consecuencia, carece de viabilidad.

DERECHO Y COMPILACION FORAL GALLEGOS. ARTICULO 84: SUS DIFERENCIAS CON EL ARTICULO 1.056 DEL CODIGO CIVIL. SUCESION CONTRACTUAL EN CAPITULACIONES MATRIMONIALES GALLEGAS. PRUEBA DE LA COSTUMBRE. ARTICULOS 12 Y 1.271 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 25 DE MARZO DE 1972).

El artículo 84 de la Compilación gallega, que recoge la antigua costumbre de la mejora de «labrar y poseer», constituye un ejemplo de pacto sucesorio de institución de heredero, que no precisa convalidación testamentaria.

El artículo 1.271 del Código civil no puede constituir una norma limitativa de una costumbre foral.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Emilio Aguado González, desestima el recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por la parte actora y apelante contra la sentencia de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña, que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia de Carballo, en méritos de la siguiente doctrina:

Considerando que con la debida sistematización se dice en el segundo antecedente del recurso, dos son las cuestiones que se han de estudiar y resolver en el mismo: Primera. Si es válido o nulo el documento público otorgado por los cónyuges M. P. C. y A. L. P. el 17 de diciembre de 1889, materia de que se ocupan los seis primeros motivos del recurso. Segunda. Qué validez tiene en Derecho el acta de conciliación del Juzgado de Larache, de 11 de septiembre de 1940, otorgado por los hermanos R. G. y J. P. L., de que se ocupan los motivos séptimo al undécimo del mismo recurso.

Considerando que entrando en el estudio de los motivos primero a sexto del recurso es de ver: A) Que el motivo primero, al amparo del número 7.º del artículo 1.692, denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba, por falta de toda ella, sobre la supuesta costumbre foral gallega de otorgar pactos sucesorios de institución de heredero, citando varias sentencias, de las que resume lo siguiente: «Para que la costumbre pueda ser aplicada en juicio . es indispensable que sean debidamente justificados su existencia y alcance», pero el motivo no cita ningún acto ni documento auténtico alguno que diga que esa costumbre foral no existe, lo que era indispensable para el éxito de la cita; por el contrario, ya el Juzgado, en su sentencia, confirmada totalmente por la Audiencia Territorial, se

encarga de decir que «conviene señalar que Galicia es territorio de Derecho Foral (Decreto de 2 de febrero de 1880, base 13 de la Lcy de 11 de mayo de 1888, y Ordenes de 24 de junio de 1947 y 10 de febrero de 1948) y que, por tanto, la vigencia del Código civil supuso en Galicia, según el párrafo segundo del artículo 12, la conservación en toda su integridad de su régimen jurídico consuetudinario, por lo cual es la costumbre del país la que rige una institución tan propia y peculiar como la de autos». Hoy en día tiene, al publicarse la Compilación de Derecho Civil en Galicia, verdaderas leyes que regulan la materia, pero esos preceptos legales no fueron inventados por los que materialmente redactaron la Compilación, sino buscados y elegidos entre las costumbres dominantes en la región que existían ya entonces y siguen existiendo en la actualidad (recogidas en Leyes y con independencia de las mismas), sin que baste el simple argumento de no haberse citado en el fallo una alegación de su existencia para echar abajo en la materia la costumbre foral. B) Que el motivo segundo—el más importante de todos—, formulado, como los restantes, con amparo en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción, por interpretación errónea, tal artículo 84 de la Compilación de Galicia, de fecha 2 de diciembre de 1963, en consideración a que la sentencia recurrida considera dicho artículo como constitutivo de un pacto sucesorio de institución de heredero sin necesitar convalidación testamentaria. Para analizar el motivo se necesita: Primero. Tener en cuenta que la validez del pacto por el que se establece el derecho de labrar y poseer se atribuye por la Ley al «ascendiente» por actos *inter vivos* o *mortis causa*, no señalando precisamente que haya de haber «testamento» otorgado antes ni después, por lo que tiene en sí plena validez; por eso, cuando el artículo se refiere a que «el testador no disponga otra cosa», quiere decir que se respetará la determinación de éste, pero no quita el carácter de institución de heredero a la hecha por acto *inter vivos*. Segundo. Por ello, al decir en el pacto que «hasta que éstos mueran no entrará el R. en el ejercicio de este derecho, puesto que únicamente en concepto de herencia se lo dejan los padres al fallecimiento...», la institución queda perfeccionada, aunque no se consume hasta que el fallecimiento ocurra. Tercero. La comparación con el artículo 1.056 del Código civil no deja de ser afortunada, pero aquí se trata del derecho de labrar y poseer que se otorga, y en el artículo del Código civil, de hacer la partición; aquí, por otra parte, se refiere al «testador», y en la Compilación, al «ascendiente». Cuarto. Carece de importancia el que las Compilaciones de Cataluña y de Baleares empleen otros términos de más extensión, ya que la Compilación de Galicia se refiere sólo al derecho de labrar y poseer. Quinto. Tampoco la tiene la ratificación testamentaria de los ascendientes al decir: «Y aún añaden los padres del R. que cuando otorguen testamento, como están en el deseo de hacerlo, ratificarán en favor de su hijo la gracia que le dejan comprometida en la presente escritura», pues los términos de «ratificación» y alusión a la gracia que le dejan comprometida son bien expresivos, en punto a que la escritura otorgada por acto *inter vivos* tenía fuerza de obligar para el futuro. Sexto. De todo lo dicho se infiere que la escritura tenía el carácter definitivo y no revocable, salvo el caso de que la mejora de labrar y poseer quedara sin efecto por las causas que determina el artículo 87 o antes su precedente inmediato. único caso en que la mejora pierde su fuerza, conforme a las disposiciones legales. C) El motivo tercero dice que constituye una excepción al derecho de labrar y poseer el artículo 1.271 del Código civil, pero es indudable que tal artículo no puede constituir una norma limitativa de una costumbre foral con el alcance ya dicho y en la actualidad consignada en los artículos 84 a 87 de la Compilación de Galicia de 2 de diciembre de 1963. D) El motivo cuarto dice que el fallo infringe, por violación, los

artículos 1.281 y 675 del Código civil; este motivo no es prosperable, por cuanto al ser interpretado con acierto el artículo 84 de la Compilación, tales artículos son expresión de la correcta doctrina en punto a la interpretación de la cláusula dicha; únicamente un extremo de dicha cláusula, que dice: «Y esta oferta, en cuanto sea cumplida, responden los padres del novio que si llegasen a despedir de su compañía a los futuros esposos por causas a que éstos no dieran lugar. », por lo que no habiendo ocurrido carece de trascendencia en la interpretación de la cláusula. E) El motivo quinto acusa al fallo de infringir, por violación, el artículo 4 del Código civil, en relación con el 687 del mismo Cuerpo legal, en cuanto dispone que será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas en este capítulo; pero la argumentación no es adecuada, pues no tenían los padres de los contrayentes que observar las formalidades prescritas para otorgar testamento en unas capitulaciones matrimoniales para cuya validez bastaban las observadas; en este caso, la escritura *inter vivos* es productora de los efectos del testamento al conferir el derecho de labrar y poseer, el que sólo *queda sin efecto* por las causas que determina el artículo 87, únicos casos en que la mejora pierde su fuerza, por así disponerlo la Ley. F) El motivo sexto, dice el fallo, infringe, por violación, el artículo 739 del Código civil, que dispone que «el testamento anterior queda revocado de derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquél subsista en todo o en parte»; es cierto que el marido hizo testamento, en él dispuso de sus bienes, pero quedando intacto el derecho de labrar y poseer, que sólo por especiales motivos habría podido revocar y no lo hizo; este testamento tenía por fuerza que dejar intacto el derecho anteriormente cedido; por otra parte, la disposición legal que se dice infringida presupone la existencia de dos testamentos; no la había en el caso actual, pues la constitución del derecho de labrar y poseer se hizo en escritura pública de capitulación matrimonial, siquiera ésta estuviese llamada a producir los mismos efectos.

COMENTARIO.—Puede consultarse el trabajo del ilustre catedrático DR. AMADEO DE FUFN MAYOR CHAMPÍN: *La mejora de labrar y poseer*, en el «Anuario de Derecho Civil», julio-septiembre 1948, I-3, págs. 878-921, y en separata publicada por el Instituto de Estudios Jurídicos.

TITULOS NOBILIARIOS. POSESION. MEJOR DERECHO. Ley 45 de Toro
(SENTENCIA DE 3 DE ABRIL DE 1972).

El Decreto de 25 de mayo de 1912 no deroga la Ley 45 de Toro por su carácter puramente administrativo.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Andrés Gallardo Ros, desestima el recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por la parte demandada y apelante contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Granada, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia número 3 de dicha capital, conforme a las siguientes razones:

Considerando que igual suerte desestimatoria ha de correr el quinto motivo, en el que se denuncia interpretación errónea de la Ley 45 de Toro y 1.º del título 17, libro II, de la Novísima Recopilación, al amparo del número 1.º del citado artículo 1.692, igual que los dos restantes, puesto que ni las citadas Leyes dicen lo que el recurrente las atribuye. La Sala de Instancia ha hecho otra cosa que hacer aplicación de la reiterada doc-

trina de esta Sala, según la que, salvo el poseedor civilísimo, los demás que ostentan un título nobiliario poseen en precario, y por ello, careciendo de la posesión en concepto de dueño, sus actos posesorios no pueden servir para la prescripción ni perjudicar a quien tiene mejor derecho.

Considerando que ya ha declarado esta Sala (sentencias, entre otras, de 14 de marzo de 1960 y 10 de abril de 1961) que los Reales Decretos de 27 de mayo de 1912 y los anteriores tenían carácter puramente administrativo, sin que, por tanto, puedan derogar lo dispuesto en la Ley 45 de Toro, por lo que es evidente la improcedencia del motivo sexto del recurso, en que se alega la infracción del artículo 18 del mismo en relación con el 9.º de la Ley de 26 de diciembre de 1914, ya que la citada Ley de Presupuestos tampoco por su carácter pudo modificar las fundamentales Leyes sobre la materia, procediendo por ello la desestimación del motivo.

Considerando que el mismo razonamiento del anterior y el de que «los actos y posesión del precarista no vincula ni se transmiten a los sucesivos poseedores», lleva a la conclusión de que no puede el recurrente alegar unos pretendidos derechos adquiridos por don F. P. de P. y, consiguientemente, a la desestimación del séptimo motivo, en que se denuncia la violación de la doctrina legal que cita, en relación con los artículos 2.º y 4.º del Real Decreto de 11 de junio de 1884.

TITULOS NOBILIARIOS. ORDEN DE SUCEDER. NORMAS APLICABLES.

Artículo 4.º del Real Decreto de 27 de mayo de 1912, artículo 5.º del Decreto de 4 de junio de 1948, Ley de 4 de mayo de 1948, Ley de 27 de septiembre y 11 de octubre de 1820 y Ley 40 de Toro (SENTENCIA DE 8 DE ABRIL DE 1972).

La mejor línea prevalece sobre la mayor edad.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Manuel Taboada-Roca, conde de Borrajeiros, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por el actor y apelante contra la sentencia de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia número 16 de esa capital, conforme a los siguientes considerandos, en los que se contiene una clara exposición de la legislación vigente y de los criterios preferenciales en el orden sucesorio de estas dignidades:

Considerando que el problema que se plantea en el recurso—que es el mismo que se sometió a las instancias—se reduce sencillamente a determinar cuál de los dos litigantes—actor y demandado—tiene preferente derecho genealógico a la posesión de la dignidad de conde de Casa Barreto, pues mientras la sentencia impugnada y el demandado sostienen que es a éste a quien le corresponde esa preferencia genealógica, porque —dice—ambos están en igualdad de grado y él es de mayor edad que su oponente, dicho oponente, en cambio, alega que como su línea descendente deriva de don J. P. P.—que fue su tercer abuelo—tiene preferencia genealógica a la merced sobre todos cuantos pertenezcan a cualquiera de las líneas que encabeza don C. P. P., que es también tercer abuelo del demandado, pero era de menor edad que su aludido hermano, don J. P. P., que encabeza la línea del actor recurrente.

Considerando que aunque el artículo 4.º del Real Decreto de 27 de mayo de 1912 prescribía que el orden de suceder en las dignidades nobiliarias «se acomodará estrictamente a lo dispuesto en la Real Concesión y, en

su defecto, *a lo establecido para la sucesión a la Corona*», sin embargo, tal norma ha sido derogada de manera expresa por la disposición final segunda del Decreto de 4 de junio de 1948, que se dictó para desarrollar la Ley de 4 de mayo de ese año, que restableció la legislación sobre Títulos y Grandezas del Reino, cuyo Decreto, en su artículo 5.º, preceptúa que *«el orden de suceder en todas las dignidades nobiliarias se acomodará estrictamente a lo dispuesto en el título de concesión y, en su defecto, al que tradicionalmente se ha seguido en esta materia.»*

Considerando que este orden tradicional de suceder era el que había establecido el artículo 13 de la Ley de 27 de septiembre-11 de octubre de 1820, que aunque suprimió los mayorazgos y toda clase de vinculaciones dejó a salvo, sin embargo, «los títulos, prerrogativas de honor y cualesquiera otras preeminencias de esta clase que los poseedores actuales de vinculaciones disfrutaban como anejos a ellas, las cuales subsistían en el mismo pie y seguirán el orden de suceder prescrito en las concesiones, escrituras de fundación u otros documentos de su procedencia»; orden de suceder que no es otro, por consiguiente, que el de las vinculaciones, por haberlo así establecido la Ley XXV del título I, libro VI, de la Novísima Recopilación, que recogió la doctrina de la Resolución de 12 de diciembre de 1803 y de la Cédula de 29 de abril de 1804, que preceptúa que «se tengan por vinculadas todas las gracias y mercedes de títulos de Castilla que se concedan en lo sucesivo... y las ya «concedidas...».

Considerando que, consiguientemente, si no existe o no se conoce un orden especial que venga impuesto por la carta de concesión o por una vinculación irregular, la sucesión en el título de conde de Casa Barreto deberá seguir el orden establecido para los mayorazgos regulares en la Ley 40 de Toro, que pasó a constituir la Ley IV, título XVII, libro X, de la Novísima Recopilación, y que mantiene los clásicos principios de primogenitura, masculinidad y representación, cuya Ley debe ser complementada con la VIII del mismo título, que reconoce a las hembras de mejor línea y grado el derecho de suceder en los mayorazgos con preferencia a los varones más remotos, y con la IX, que reitera la vigencia del principio de representación cuando el fundador, clara y distintamente, no haya dispuesto otra cosa.

Considerando que a tenor, pues, de estas normas, y de acuerdo con la unánime doctrina sostenida por los mayorazguistas, las vinculaciones regulares—y las dignidades nobiliarias, que siguen el mismo orden cuando nada se haya establecido en contrario—se suceden con arreglo a los principios clásicos de primogenitura, masculinidad y representación conjugados con los siguientes criterios preferenciales: en primer lugar, el grupo parental formado por los descendientes prefiere y excluye al de los ascendientes, y el de éstos, a los colaterales; en segundo lugar, la línea anterior, también llamada «preamada», prefiere y excluye a las posteriores y, consiguientemente, mientras existan descendientes en la línea encabezada por el primogénito varón—y, en su caso, hembra—no podrá entrar a suceder ningún descendiente que pertenezca a la línea encabezada por el segundogénito, sea cual sea el grado de proximidad en que se encuentre con el fundador del mayorazgo o con el primer concesionario de la merced, y sean cuales sean su sexo y su edad, y lo mismo ocurrirá con respecto a los de la línea encabezada por el terciogénito, que no entrarán a suceder mientras existan parientes de la encabezada por el segundogénito; en tercer lugar, el más próximo en grado prefiere y excluye al más remoto, siempre que ambos pertenezcan a una misma línea, de tal manera que el hijo del primogénito—que está en primer grado—excluye al nieto, que lo está en segundo grado con relación al concesionario; en cuarto lugar, la preferencia del sexo, a tenor de cuyo principio el varón que pertenece a la línea descendente del primogénito excluye a todas las

hijas de dicho concesionario, y en quinto lugar, la preferencia de edad, en cuya virtud, entre los hijos varones o hembras del concesionario que están dentro del mismo grado es preferido siempre el de más edad, si ambos son varones, o la hembra mayor, si ambos hijos son de este sexo y no existe hijo varón del concesionario, y lo mismo entre los hijos del primogénito, segundogénito, terciogénito y demás.

Considerando que estos criterios preferenciales se excluyen sucesivamente y van entrando en juego unos después de otros, de tal forma que la preferencia de línea, la proximidad en grado, la preferencia de sexo y la edad no actúan sino cuando se vayan seleccionando cada uno de aquellos criterios preferenciales: ni la proximidad en grado, ni la mejoría de sexo, ni la mayoría de edad, operan más que cuando se trata de parientes de una misma línea que vaya encabezada por una persona de la cual descendan los contrincantes, ya que si pertenecen a distintas líneas, la anterior prefiere y excluye, sucesivamente, a cada una de las posteriores.

Considerando que la sentencia recurrida interpreta erróneamente las disposiciones aplicables al supuesto que enjuicia—Ley V, título XVII, libro X, de la Novísima Recopilación—, pues para determinar la preferencia o mejor derecho genealógico de los litigantes a la merced discutida se atiende exclusivamente al criterio preferencial de la edad, sin tener en cuenta que ambos litigantes son de distinta línea, pues mientras el demandante pertenece a la anterior o preamada, encabezada por su tercer abuelo, don J. P. P., en cambio, el demandado pertenece a la línea posterior, encabezada por su tercer abuelo, don C. P. P., menor de edad que su hermano, don J. P. P., y que, por tanto, el criterio preferencial que debía operar sería, en primer lugar, el de la mejor línea, por virtud del que siempre que existan parientes que pertenezcan a cualquiera de las líneas que encabeza don J. P. P., no pueden alegar derecho genealógico a la discutida merced ninguno de los descendientes de don C. P. P.—y ni aun éste, si viviera—, y olvidando también que ese criterio diferencial de la mejor edad sólo podría operar si la discusión fuera entre hijos del aludido don J. P. P., entre hijos de don C. P. P. o de algún descendiente cualquiera de ellos, es decir, entre parientes que estuvieran dentro de una misma línea, en igualdad de grado y del mismo sexo.

Considerando que esta doctrina de que «tan sólo dentro de cada línea puede atenderse después al grado, y que en igualdad de grado o distancia del tronco común vencerá el sexo y, por último, la edad», viene siendo consagrada por este Tribunal, debiendo recordarse a este respecto: a) la sentencia de 16 de diciembre de 1862, que declara que la línea primogénita desplaza a la segundogénita y a todas las posteriores; b) la de 10 de abril de 1928, que estableció la preferencia de la línea encabezada por su hermana mayor sobre la derivada de la hermana menor; c) la sentencia de 7 de junio de 1930, que señaló la preferencia de la línea encabezada por un varón sobre los parientes que pertenecen a la línea encabezada por una hermana de aquél, y d) la de 16 de febrero de 1968, que proclamó el mejor derecho genealógico del actor, porque descendía de una nieta del concesionario, de mayor edad que la progenitora del demandado, toda cuya doctrina legal ha sido violada por la sentencia recurrida al no tenerla en cuenta.

Y en su segunda sentencia establece lo siguiente:

Considerando que discutiéndose entre actor y demandado la preferencia genealógica respecto al título de conde de C. B., que había sido concedido originariamente a don J. B. P., y siendo ambos litigantes descendientes de ese primer concesionario, el mejor derecho genealógico le corresponde al actor don E. M. B., por pertenecer a la línea encabezada por su tercer abuelo, don J. P. P., que era hermano mayor que don C. P. P., también tercer abuelo del demandado, don J. P. N.

Considerando que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 30 de la Real Orden de 21 de octubre de 1922, los Tribunales ordinarios, en estos procesos civiles promovidos sobre mejor derecho genealógico a una merced nobiliaria que ha sido rehabilitada, no tienen competencia más que para declarar la preferencia que proceda, y después, el demandante victorioso «podrá impetrar de la Jefatura del Estado la efectividad del derecho declarado judicialmente»—artículo 33—, suplicando «la derogación del Real Decreto que rehabilitó a favor de su adversario—o del causante de él—y la expedición de uno nuevo a su propio nombre»—artículo 34—, cumpliendo los trámites señalados en los artículos siguientes de dicha Real Orden.

Considerando que ya este Tribunal tuvo que declararse sobre este particular en la sentencia de 30 de junio de 1965, en la que se proclamó «que en el proceso civil sólo se discute el derecho genealógico, y si se obtiene sentencia favorable se podrá impetrar del Jefe del Estado la efectividad del derecho judicialmente declarado», pues «la ejecutoria del fallo—dice la sentencia dictada como consecuencia de la de casación de 31 de diciembre de aquel año—ha de ajustarse a lo prevenido en los párrafos números 33 y siguientes de la Real Orden de 21 de octubre de 1921, que regulan precisamente dicha ejecución cuando se inste contra quien haya obtenido la rehabilitación o de él traiga causa».

NULIDAD DE TESTAMENTO NOTARIAL ABIERTO. INCAPACIDAD DE LOS TESTIGOS. Artículo 681, número 7, del Código civil (SENTENCIA DE 20 DE ABRIL DE 1972).

La circunstancia de que el Notario autorizante del testamento haya utilizado como despacho una habitación de la casa del testigo tachado de incapaz nos es bastante, por sí sola, para atribuir al tachado testigo la cualidad de oficial, auxiliar, copista, subalterno o criado del Notario.

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 contra la sentencia de la Sala de la Audiencia Territorial de Albacete, revocatoria de la del Juzgado de Primera Instancia de San Clemente, por la parte actora y apelada, conforme a las siguientes consideraciones:

Considerando que en el primer motivo del recurso asevera la recurrente que el sexto considerando de la sentencia recurrida, al referirse a los hechos estimados probados por el Juzgado de Primera Instancia, en el tercer considerando de la sentencia de este último los admite y da por reproducidos, afirmación que no concuerda exactamente con la realidad, pues si bien es cierto que en el indicado sexto considerando de la sentencia recurrida se da por probada la circunstancia de que el Notario autorizante del testamento ha utilizado como oficina o despacho una habitación de la casa del testigo tachado como incapaz, también lo es que no ocurre lo propio en relación con las demás circunstancias destacadas por el juzgador de primer grado en el tercer considerando de su resolución, respecto de las cuales la sentencia combatida en el séptimo de sus considerandos no dice ni expresa ni implícitamente que las admita y dé por reproducidos, sino que «aun dando por supuesto que al margen de la normativa que rige a los empleados de Notarías se practicase ese encubierto intrusismo» para, argumentando después sobre esa hipotética base fáctica, concluir rechazando la alegada incapacidad de dicho testigo.

Considerando que, por consiguiente, el único hecho que, como probado, ha de ser valorado jurídicamente es el de haber, el Notario autorizante

del testamento, utilizado como oficina o despacho una habitación de la casa del testigo tachado de incapaz, respecto a cuyo hecho la sentencia recurrida añade que no está probada su causa, pudiendo obedecer a una relación de arrendamiento o de mera complacencia o buena vecindad, y esto sentado es llano que de tal hecho no cabe derivar ni atribuir al tachado testigo la cualidad o condición de oficial, auxiliar, copista, subalterno y criado del Notario autorizante del testamento, a que se refiere el número 7.º del artículo 681 del Código civil, por lo que decaen los dos motivos del recurso.

DERECHO FORAL NAVARRO. TESTAMENTO POR FIDUCIARIO. VALOR DE LA COSTUMBRE. DOCTRINA LEGAL (SENTENCIA DE 29 DE ABRIL DE 1972).

Está vigente en Navarra el testamento por fiduciario, que puede nombrarse asimismo en capítulos matrimoniales.

En Navarra constituye fuente de Derecho la costumbre en cualquiera de sus formas, incluso la *contra legem*.

La casación, con base en la doctrina legal, requiere, al menos, dos sentencias conformes de toda conformidad respecto al punto controvertido.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, conde de Borrajeiros, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por la parte actora y apelante contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Pamplona, conforme a las siguientes consideraciones:

Considerando que el presente recurso—al igual que la demanda originaria—tiene por objeto impugnar la validez de un testamento navarro, cuya cláusula séptima literalmente dice: «Del remanente de todos sus bienes instituye herederos a los hijos de sus hermanos don Fermín y don Facundo L. E., a aquel o a aquellos que éstos libremente designen sin distinción de sexo o a favor de otras personas. Y si fallecen los hermanos sin hacer la designación, intervendrá en nombre del fallecido un pariente más próximo de los hijos, varón, residente en Navarra.»

Considerando que la sentencia recurrida, para desestimar la demanda de nulidad del aludido testamento, tuvo en cuenta: a) Que una de las peculiaridades del Derecho Navarro «es la posibilidad de nombrar herederos fiduciarios.», que ha sido desarrollada con posterioridad *por la costumbre*, y por ello, tanto en las capitulaciones matrimoniales como en los testamentos, la práctica notarial y judicial demuestra que existen cláusulas de disposición hereditaria atribuyendo a otras personas la facultad de designar heredero o sucesor en los bienes del causante». b) Que el informe del Colegio Notarial del Territorio «con claridad ha evidenciado la habitualidad con que en la práctica jurídica, muy viva en la actualidad en Navarra, se utilizan esas fórmulas, que el demandante impugna». c) Que es un hecho acreditado y suficientemente conocido, por su valor y rigor científico, el que en los proyectos del Fuero Recopilado de Navarra de 1959, en las Leyes 269 a 273 y en los últimos trabajos codificadores de la Recopilación privada de 1957, Leyes 248 a 254, se recoge como una institución viva, aceptada y válida en el Derecho Navarro, y si además de estas consideraciones se tiene en cuenta que la costumbre de siempre ha tenido en nuestro Derecho Foral, con base en la Ley 32, título 3, libro primero del Digesto. d) Que el caso contemplado representa el tipo de los llamados fiduciarios-comisarios sucesorios., cuya misión no

es otra que la de cumplir el encargo hecho por el causante en los términos y con las facultades expresadas en el propio testamento, encargo que, por lo general, tiene como objeto la designación de herederos o donatarios en la disposición o distribución de legados.

Considerando que contra la aseveración de la sentencia recurrida, que estima probada esa costumbre navarra de otorgar testamento con «delegación de facultades en favor de los llamados fiduciarios-comisarios, para que éstos puedan proceder a la designación de herederos, de acuerdo con las instrucciones expresamente contenidas en esa delegación», alza la parte recurrente el cuarto motivo de su recurso, amparándose en el párrafo séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, imputando a dicha sentencia «error de derecho en la apreciación de la prueba», que entiende «cometido por el concepto de violación por no aplicación de la doctrina legal contenida en las sentencias que cita», a tenor de la cual, «la costumbre, a efectos de que pueda ser aplicada a un determinado acto o negocio jurídico, es una *pura cuestión de hecho* que es necesario probar», y para razonar la procedencia de tal motivo argumenta dicho recurrente que la resolución impugnada se basa en la afirmación de que es costumbre en Navarra el empleo de una fórmula institutiva igual a la contenida en el testamento litigioso, y que lo cierto es que a lo largo del juicio plenario ninguna prueba se presentó que pudiera testimoniar la existencia de tal forma institutiva en Navarra, basándose la sentencia únicamente en un parecer y no en una costumbre suficientemente probada.

Considerando que al no haberse combatido eficazmente la aseveración de la resolución impugnada, relativa a la existencia de aquella costumbre navarra, ya que no pueden tampoco prosperar los motivos primero y segundo del recurso, en los cuales se invoca, respectivamente, la infracción de las normas referentes al carácter personalísimo del testamento y a la nulidad de las disposiciones testamentarias en que se vulnera esa esencial característica, porque hay que tener en cuenta que en Navarra constituye una fuente de Derecho la costumbre en cualquiera de sus formas, incluso la *contra legem*, por lo que si por costumbre viene usándose esta fórmula especial de delegar en otros la elección de heredero, resulta evidente que el testamento que tal cláusula contenga no ha incurrido en causa de nulidad, sino, antes bien, se ha atemperado a una norma consuetudinaria vigente.

Considerando que para la desestimación de este motivo basta observar: en primer lugar, que el propio recurrente, contradiciéndose con lo al principio alegado, termina por sostener que «la sentencia que se recurre ha fundamentado su fallo, entre otros motivos, en *dos disposiciones jurisprudenciales* que no constituyen verdadera doctrina legal», y, en segundo lugar, que, como ya declaró este Tribunal en sentencia de 24 de abril de 1970, «si bien es cierto que un solo fallo no basta para constituir doctrina legal, cuya infracción deba dar lugar a la casación de la resolución que la vulnera, no lo es, en cambio, que los Tribunales de Instancia, en casos de dudosa aplicación o de vacilante interpretación, no puedan seguir la exégesis o la aplicación hechas por el Tribunal de Casación, aunque no se hayan reflejado—tal aplicación o tal interpretación—más que en una sola sentencia, siempre que no aparezca contradicha por otras que resuelvan en sentido opuesto; la doctrina legal invocada por el recurrente lo que, en realidad, proclama es que con apoyo en una sola sentencia del Tribunal Supremo no se consigue inexcusablemente la casación de una resolución que decida en sentido contrario, sino que para que esta casación se produzca indefectiblemente serían precisas, por lo menos, dos sentencias conformes de toda conformidad respecto al punto controvertido.

Considerando que este Tribunal, en sentencia de 4 de mayo de 1863, tuvo que definirse ante un testamento otorgado en Navarra por quien

tenía la vecindad foral, en el que facultaba a su esposa para que «eligiese por heredero a uno de los hijos o hijas, haciendo a los demás sus señalamientos o legítimas, conforme fuere su voluntad y procederes para con ella», y se pronunció por la validez de tal testamento proclamando que «las Leyes 31 y 33 de Toro sobre comisarios testamentarios no son aplicables al caso presente, aun cuando se hallase comprendido en sus prescripciones o la autorización de que se trata debiera considerarse como un poder para testar».

Considerando que esta doctrina, por ser acorde a la que reflejan los diversos proyectos de Compilación del Derecho Civil especial de Navarra, que recogen la realidad de una costumbre muy arraigada en aquella región, se mantiene y ratifica en la presente sentencia.

COMENTARIO.—Esta sentencia reitera la doctrina de la sentencia de 11 de marzo de 1905, publicada en la *Gaceta* del 9 de septiembre. Sin embargo, conviene advertir que los tratadistas no son unánimes en la extensión del testamento por comisario en Navarra, pues mientras de las palabras con que se expresa la mayoría parece deducirse que tal facultad está restringida a los cónyuges (y aún, según algunos, sólo en capítulos matrimoniales y para el supuesto de morir intestados), no faltan quienes se muestran partidarios de un criterio más amplio (cfr. VICTORIANO LACARRA Y MENDILUCE: *Instituciones de Derecho Civil Navarro*, tomo II, Pamplona, 1932, págs. 55 y 405).

Ha parecido decisivo para la resolución del presente caso controvertido la comunicación del Ilustre Colegio Notarial de Pamplona, emitida en cumplimiento de diligencia para mejor proveer acordada por el Juzgado.

NULIDAD DE TESTAMENTO. DOLO. ARTICULOS 673 Y 1.269 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 10 DE MAYO DE 1972).

Doña C. G. C. murió sin dejar herederos forzosos bajo testamento notarial abierto otorgado sólo diez días antes de su fallecimiento, en el que revocando tres testamentos notariales anteriores, en los que con diversas modalidades había instituido herederos a sus sobrinos carnales, instituyó heredero a su sobrino-nieto don N. C. T.

Los sobrinos carnales de la testadora demandan la nulidad del último testamento argumentando que había habido captación de voluntad y dolo, que deducen de ciertas presunciones, tales como la edad de la testadora; la diferencia radical con los tres precedentes testamentos de la misma, en los que dejaba manda de importancia a una fiel y antigua servidora, de la que prescinde totalmente en el último otorgado, etc.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Baltasar Rullo Villar, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el demandante y apelante contra la sentencia de la Sección de lo Civil de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, que confirma la del Juzgado de Primera Instancia de La Orotava, conforme a las siguientes consideraciones:

Considerando que, como viene advirtiéndose con reiteración este Tribunal, entre cuyas sentencias pueden citarse las de 13 de febrero de 1958, 23 de febrero de 1961, 26 de noviembre y 3 de diciembre de 1970, el artículo 1.249 del Código civil no puede infringirse más que cuando el Tribunal sentenciador establezca como base de la presunción un hecho que no se halle plenamente acreditado o, por el contrario, niegue la existencia del que, según lo debatido en el pleito, debiera sustentarla, cuestiones de hecho que no pueden combatirse más que por el cauce del número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, mientras que el problema del proceso deductivo del hecho que se trata de demostrar me-

diente un enlace racional y lógico, privativo del artículo 1.253 del Código civil, ha de plantearse a través del número primero del ya citado precepto procesal, por lo que el plantear conjuntamente en un solo motivo las posibles infracciones de estos preceptos produce la confusión prohibida por el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y que sanciona el 1.729 del propio Cuerpo legal como causa de inadmisión, que en este trámite se convierte en causa de desestimación, a lo que cabe añadir que ni el propósito, manifestado en anteriores ocasiones, de instituir herederos a sus sobrinos, aunque no tuviera otros parientes, vincula a quien lo hizo, porque, como expresaba el aforismo de *Ulpiano*, *ambulatoria est voluntas hominis at vitae supremum exitum*, ni el despido de una sirvienta tiene el significado decisivo que se le atribuye, ni la propensión a pensar que estaba encaminado a aislarla y seducirla pasa de ser una pura suspicacia, ni el otorgamiento de poderes y facultades administrativas por una señora de edad tan avanzada es otra cosa que un hecho natural, ni se puede, en resumen, basar en hechos de posible interpretación equívoca una presunción probatoria que requiere un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano, y cuya interpretación por el Tribunal *a quo* hay que mantener mientras no aparezca claramente contraria a las normas de la lógica.

Considerando que el motivo segundo empieza por decir que «no apoya esencialmente en la presunción como medio de prueba suficientemente desarrollada a través del primero», con lo cual ha venido a quedar sin base al desestimarse la utilizada; más aún, prescindiendo de esta consideración y partiendo de los hechos admitidos por la sentencia recurrida, denuncia la violación de los artículos 673 y 1.269 del Código civil, por considerar aquellos hechos como demostrativos de dolo civil, respecto de lo cual cabe decir que si bien el artículo 1.269 se refiere al dolo específico contractual, en defecto de una doctrina general sobre los vicios de la voluntad y la nulidad o anulabilidad por dolo en los negocios jurídicos, viene aplicándose por analogía la regulación relativa a los contratos a pesar de las notorias diferencias entre los negocios bilaterales y los actos unilaterales, tomando el consentimiento como sinónimo de voluntad, cuya autonomía puede ser anulada si se coarta por estímulos endógenos o exógenos capaces y suficientes, y concretamente puede producir este efecto el dolo, como admiten los artículos 1.265 y 1.269 del Código civil; pero en todo caso, las maquinaciones insidiosas, en que este último lo hace consistir, han de quedar claras como causa determinante de la conducta, y como los hechos en que se apoya este motivo son prácticamente los mismos, cuya valoración ha sido enjuiciada al examinar el motivo anterior, su desestimación prejuzga el de este segundo, quedando con ello desestimado también y, como consecuencia, el recurso.

CARACTERES DEL TESTAMENTO. ARTICULO 670 DEL CODIGO CIVIL. DOLO. ERROR. DISCORDANCIA ENTRE LA VERDADERA VOLUNTAD DEL TESTADOR Y LA DECLARADA (SENTENCIA DE 20 DE MAYO DE 1972).

El testamento es un acto personalísimo según el Código civil.

Resultando probado que la verdadera voluntad del testador era facultar al heredero para distribuir sus bienes entre personas no designadas nominativamente y sin señalar tampoco la porción en que habían de suceder, el testamento es nulo.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Baltasar Rull Villar, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por la parte demandada y apelante contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial

de Granada, que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia de Guadix, por los siguientes fundamentos jurídicos:

Considerando que la sentencia recurrida, en su sexto considerando, partiendo de la conclusión obtenida en los considerandos anteriores del conjunto de la prueba, establece la afirmación de que existe discordancia entre la voluntad real del testador y la declarada en el testamento, como demuestra, entre otros, el hecho de que el mandato a que dicho testamento lo concedió no para enajenar sus bienes inmuebles, de los que dice no poseer ninguno, sino para vender la nuda propiedad, lo que además de ser términos contradictorios revela bien claramente su desecho de que surtan efectos *mortis causa*, y que la verdadera voluntad del testador era atribuir a don J. H. P. la facultad para distribuir sus bienes entre personas no designadas nominalmente, y con respecto a las cuales tampoco señalaba la porción en que habían de suceder, concediéndole al llamado heredero un amplio arbitrio para disponer mediante escrituras de venta a quien quisiera dejarlos.

Considerando que el principio romano del carácter personalísimo del testamento, de tan larga y constante tradición en nuestro Derecho común, apenas alteradas por el Fuero Real, que fue objeto de subsiguientes limitaciones hasta su definitiva derogación, fue recogido en el artículo 670 del Código civil, estableciendo en términos rotundos que, en efecto, el «testamento es un acto personalísimo», que «no podrá dejarse en todo ni en parte al arbitrio de un tercero», sin que existan más excepciones a este principio que las de las sustituciones pupilar y ejemplar contenidas en los artículos 775 y 776 del mismo Código.

Considerando que a la luz de estos principios, que no admiten interferencias extrañas en la declaración de voluntad privativa del testador, tanto en el nombramiento de herederos como en la distribución de bienes, no puede aceptarse la tesis del motivo primero del recurso en el sentido de que quedó cumplido por el causante con la institución pura y simple del señor H. P. como heredero universal, es decir, sin limitación, condición ni reserva alguna, porque está en contradicción con la premisa de hecho establecida por la sentencia recurrida, a que se hace referencia en el primer considerando de la presente, de cuya premisa viene a resultar el señor H. P. como una especie de fiduciario o heredero de confianza, prohibiendo en nuestro Derecho común desde las Leyes de Partidas y de Toro, recogidas en la Novísima Recopilación, por razones obvias de peligrosidad en la posible suplantación de la auténtica voluntad del testador, que en este caso ya se ha proclamado en la sentencia recurrida como discordante con la expresión documentada en el testamento, y por esa misma razón tampoco puede interpretarse dicha expresión como una simple recomendación, que habría de tener un carácter siempre accesorio de una institución válida, que en el caso de autos no ha podido conocerse.

COMENTARIO.—Reafirma enérgicamente nuestro más Alto Tribunal el principio de que el testamento es acto personalísimo en nuestro Derecho Civil común, debiendo, no obstante, tomarse como simple *obiter dictum* la afirmación de que no existen más excepciones a este principio que las de las sustituciones pupilar y ejemplar contenidas en los artículos 765 y 766 del Código civil, pues fácilmente podrían señalarse otras (cfr. ANTONIO DÍAZ FUENTES: *Excepciones legales al personalismo de las disposiciones «mortis causa»*, en «Anuario de Derecho Civil», enero-marzo 1965, XVIII-1, págs. 141-173). y no falta quien, como JERÓNIMO LÓPEZ LÓPEZ (*Notas acerca de la naturaleza jurídica de las sustituciones pupilar y ejemplar en el Código civil español*, A. D. C., 1958, XI-1, págs. 3-19 y separata), se muestra contrario a que el supuesto de tales sustituciones entrañe un verdadero testamento del hijo o del incapaz hecho por su padre o ascendiente.

F. C. L.

2.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

EL DESLINDE DE LA ZONA MARITIMO-TERRESTRE Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

SENTENCIA DE 8 DE MARZO DE 1973

I. ANTECEDENTES

1. Por acuerdo de la Jefatura de Costas y Puertos de Baleares se incoó expediente de deslinde de la costa y playas del término municipal de San José (Ibiza). En el mismo se personó S. E., oponiéndose al deslinde proyectado por incluirse en el mismo una finca de su propiedad inscrita en el Registro de la Propiedad, que limitaba con el mar y no con la zona marítimo-terrestre.

2. Tramitado el procedimiento por todos sus trámites es aprobado, desestimándose las reclamaciones presentadas.

3. Interpuesto recurso de reposición es asimismo desestimado, y contra el acuerdo desestimatorio del Ministerio de Obras Públicas se interpuso recurso contencioso-administrativo.

II. LA SENTENCIA DE LA SALA TERCERA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 8 DE MARZO DE 1973

El Tribunal Supremo, en esta sentencia de 8 de marzo de 1973 (de la que fue ponente Paulino Martín Martín), sienta en sus considerandos segundo a cuarto la siguiente doctrina:

«Considerando que tal como ha dicho esta Sala, en sentencias de 26 de abril y 16 de noviembre de 1972, entre otras, la figura jurídica del deslinde administrativo, de acuerdo con su naturaleza, supone exclusivamente un conjunto de valoraciones jurídicas y operaciones técnicas, que conjugadas permiten fijar los límites entre los bienes de la Administración y de los particulares, dado que según reiterada jurisprudencia, de la que son muestra las sentencias de 3 de julio de 1967 y 2 de noviembre de 1968, el deslinde permite tan sólo establecer o determinar hasta dónde llegan éstos sin poder contener declaraciones sobre derechos de propiedad particular, esto es, con un alcance puramente *de facto*, reducido a precisar el límite hasta el que se extiende la línea de los bienes deslindados; doctrina plenamente aplicable a un supuesto como el contemplado,

puesto que aquí también se trata de determinar cuál sea el límite máximo alcanzado por la línea del mar, pues propiamente la zona marítimo-terrestre es una zona de tierra—en palabras de la sentencia de la Sala de 19 de junio de 1967—que el mar invade con la regularidad de su flujo o que es alcanzada por las mayores olas de los temporales en las zonas en que no son sensibles las mareas; mas en todo caso, y aunque sea cierto, tal como declara la sentencia de 16 de febrero de 1968, que la delimitación de la zona dicha sea una facultad atribuida explícitamente a la Administración por el artículo 1.º de la Ley y Reglamento de Puertos y jurisprudencia constante, no lo es menos que tal atribución de potestad no lo es con carácter de libre o discrecional ni comporta tampoco la posibilidad de una pura declaración de voluntad administrativa, sino que, por el contrario, nos encontramos frente a una típica facultad reglada de mero alcance aplicativo o materializador de un mandato legal contenido en el artículo 1.º de la Ley de Puertos de 19 de enero de 1928, y reproducido en términos similares en el artículo 1.º, 2, de la Ley de Costas de 26 de abril de 1969, que exige, en todo caso, una declaración o juicio fundado no sólo por imponerlo la naturaleza propia de la institución, sino también porque al afectar o limitar posibles derechos de los particulares amparados en títulos inscritos y posesión inmemorial, la motivación suficiente y explícita viene impuesta por el artículo 43, 1, a), de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Considerando que en el caso enjuiciado no se impugna la línea de deslinde de la zona marítimo-terrestre señalada por la Administración en el plano y acta correspondiente, como decisión nacida de un criterio no fundado y, por consiguiente, ilegal (al reconocerse implícitamente que en la delimitación de la franja de dominio natural (zona deslindada) la Administración se atuvo exclusivamente a las circunstancias naturales establecidas por la Ley); sí se impugna, en cambio, el acto administrativo aprobatorio del deslinde, en cuanto no se excluye del deslinde al amojonar, de conformidad con el acta y plano, la finca de los recurrentes, que aparece inscrita en el Registro de la Propiedad y que legalmente cabe conceptuar de enclave de propiedad privada dentro de la zona de dominio público a deslindar.

Considerando que con la práctica del deslinde, la Administración sólo persigue la determinación de un estado físico en cuanto a la naturaleza de los terrenos objeto de deslinde y la de un estado fáctico—posesión de los mismos—, sin que en ningún caso, mediante la facultad de deslinde, le esté atribuida competencia para determinar o enjuiciar la titularidad dominical de los bienes deslindados; pero aun en el ejercicio de la facultad que le compete puede encontrarse limitada la Administración por los efectos del principio de legitimación registral de que gozan los titulares inscritos, en virtud de lo dispuesto en los artículos 1 y 38 y concordantes de la Ley Hipotecaria, puesto que si la Administración observa en la operación de deslinde que una parcela de playa que forma parte de la zona marítimo-terrestre se encuentra inscrita en el Registro de la Propiedad a favor de un particular, la Administración no sólo no puede combatir por sí la titularidad de aquél, sino que incluso debe respetar el estado posesorio amparado por la inscripción registral, si bien tal situación no impide la práctica y aprobación del deslinde (doctrina contenida en las sentencias de la Sala de 30 de octubre y 2 y 11 de noviembre de 1968, 22 de octubre de 1966, etc.), como operación necesaria de delimitación del dominio público, del que arrancan de presente consecuencias a determinar a partir del amojonamiento como dato: fijación de la franja de terreno sometida a la servidumbre de salvamento y vigilancia del litoral, y de futuro, porque con apoyo en el artículo 4.º, apartado 7.º, de la Ley de Costas, la Ley no establece ninguna exclusión de las propiedades, cualquiera que sea su titular, colindantes con el mar al determinar y regular

la servidumbre de paso para dejar vías permanentes de acceso a las playas y zonas marítimo-terrestres, pues, por otro lado, tal como dijo la sentencia de 22 de octubre de 1956 y ratificó la de 30 de octubre de 1968, tales situaciones sólo suponen en vía administrativa la existencia de un impedimento legal para que la Administración proceda a una reivindicación en tal vía y con tal carácter, por lo que si, como ha sucedido en el presente caso, la Administración aprueba el deslinde sin prejuzgar titularidad y posesión de los recurrentes sobre la finca de autos al declarar expresamente, en el apartado 3.º de la parte dispositiva de la resolución, que la Administración no debe realizar como consecuencia del deslinde acto alguno posesorio ni deberá tampoco otorgar concesiones sobre las fincas enclavadas en la zona deslindada e inscritas en el Registro de la Propiedad, en tanto que mediante resolución judicial firme no se acuerde la anulación o cancelación de las mismas, es claro, por ello, que no se vislumbra infracción de norma imperativa alguna al haberse limitado la Administración, en virtud del acto recurrido, a señalar la línea de delimitación manteniendo el estado posesorio existente en tal momento del deslinde y reconocimiento—como después corrobora el informe de la Dirección General de lo Contencioso—a la finca de los actores como enclave dentro de la zona demanial deslindada; es por todo lo cual por lo que procede desestimar el recurso, tal como ya declaró la sentencia de la Sala de 16 de noviembre de 1972 al resolver un caso análogo.»

III. COMENTARIO

1. *El deslinde administrativo*

El deslinde, cualquiera que sea su objeto y la naturaleza jurídica de los bienes objeto del mismo, no tiene otra función que la de determinación de linderos. Se limita a fijar la superficie de terreno objeto de la posesión del sujeto.

Cuando la titularidad del suelo corresponde a un ente público surge una de las prerrogativas de la Administración Pública. En este sentido, en mi trabajo *Régimen administrativo y proceso administrativo*, con el que colaboré en los *Scritti giuridici in memoria di Pietro Calamandrei* (1): «Entre las facultades dominicales que enumera el Código civil se encuentra la de deslindar las fincas objeto de la propiedad. El artículo 384 del Código dice: 'Todo propietario tiene derecho a deslindar, con citación de los dueños de los predios colindantes.' Pues bien, cuando la propietaria es una Entidad administrativa, se permite el deslinde administrativo no sólo respecto de los bienes de dominio público, sino también respecto de los bienes patrimoniales. El Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Decreto de 28 de mayo de 1955, lo establece expresamente. En su artículo 44 se dice que las Corporaciones locales tendrán la facultad de promover y ejecutar el deslinde entre los bienes de su pertenencia y los de particulares cuyos límites aparecieran imprecisos o sobre los que existieran indicios de usurpación.» Y tal facultad se reconoce incluso respecto de aquellos bienes situados fuera del término de su jurisdicción, para lo cual se librará «exhorto a la Entidad en cuyo territorio radicaren, para que por su mediación se desarrollen los actos correspondientes» (art. 56). Consecuencia de esta facultad de la Administración, exorbitante del Derecho común, es que el particular que con ella se relacione deberá solicitar el deslinde (si él es el interesado en que se lleve

(1) Cedam, Padova, 1957, pág. 15. Esta configuración del deslinde como consecuencia del privilegio de la "decisión ejecutoria" se señala por el Consejo de Estado en su dictamen de 14 de diciembre de 1949.

a cabo) ante la propia Entidad administrativa, y caso de no estar conforme con el acto de deslinde deberá adoptar la posición de demandante en el correspondiente proceso. Según el artículo 43 del Reglamento de Bienes citado, «contra el acuerdo aprobatorio del deslinde cabrá recurso contencioso-administrativo si se adujeran infracciones de procedimiento, y ante la jurisdicción ordinaria, cuando se alegare la lesión de los derechos de propiedad o servidumbre».

En análogo sentido, la Ley de Patrimonio del Estado.

Pues bien, la función del deslinde es sumamente limitada. La jurisprudencia de las Salas de lo contencioso-administrativo ha destacado el carácter puramente posesorio. El deslinde—se ha dicho por reiterada doctrina jurisprudencial—ha de abstenerse de cualquier pronunciamiento o medida que suponga una calificación definitiva sobre los derechos civiles afectados (2).

Esta naturaleza jurídica del deslinde administrativo en general se confirma en las disposiciones de la Ley de Costas de 26 de abril de 1969. El artículo 6.º, párrafo 1, configura el deslinde como procedimiento «para la determinación y configuración de los bienes definidos como de dominio público...» (3).

2. El Registro de la Propiedad

Consecuencia del carácter del procedimiento de deslinde es el obligado respecto de los derechos inscritos en el Registro de la Propiedad. El artículo 6.º, párrafo 3, de la Ley de Costas, dispone (4): «La resolución que dicte el Ministerio de Obras Públicas será ejecutiva. La atribución de posesión, consecuencia del deslinde, no podrá realizarse respecto a las fincas o derechos amparados por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, aunque sin perjuicio de la facultad de la Administración para ejercitar las acciones judiciales pertinentes.»

La jurisprudencia, con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, así lo había venido consagrando (5).

A tenor del precepto de la Ley se respetan los derechos de propiedad inscritos, en cuanto gozan de la protección que confiere el principio de fe pública registral. Ahora bien, la inscripción en el Registro, aun cuando no confiera la protección del principio de fe pública registral, sí confiere la del principio de legitimación registral, lo que supone la presunción de que el titular registral del dominio de los bienes inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos (art. 38, párrafo 1.º, de la Ley Hipotecaria).

Por lo que aun cuando no se llegara a alcanzar la protección del principio de fe pública registral, debería ser bastante la del principio de legitimación para que se respetara en el deslinde la posesión.

En este sentido, la sentencia objeto de comentario, cuarto considerando, sienta una doctrina correcta. En él se afirma que la facultad de la Administración puede encontrarse limitada *por los efectos del principio de legitimación registral de que gozan los títulos inscritos en virtud de lo dispuesto en los artículos 1 y 38 y concordantes de la Ley Hipotecaria.*

(2) Una referencia de esta doctrina, en RIVERO, *Concepto, naturaleza jurídica y elementos del deslinde administrativo*, "Revista de Administración pública", núm. 52, págs. 213-220.

(3) MARTÍNEZ ESCUDERO, *Playas y costas*, Madrid, 1970, págs. 198-199.

(4) LEGUINA, *Propiedad privada y servidumbre de uso público en las riberas del mar*, "Revista de Administración pública", núm. 65, págs. 68-69.

(5) MARTÍNEZ ESCUDERO, *ob. cit.*, pág. 200. Sobre el problema, FORNESA, *Eficacia del título hipotecario sobre parcelas de zona marítimo-terrestre*, "Revista de Administración pública", núm. 46, páginas 141-145.

De este modo, definiendo exactamente, con una depurada técnica, lo que ya se había señalado en alguna sentencia anterior, se respeta uno de los elementales principios hipotecarios.

3. *El respeto de los derechos inscritos*

Si la sentencia comentada desestima el recurso y confirma el acto impugnado es porque entiende que éste respeta los derechos inscritos, porque —así lo dice el cuarto considerando— sin prejuzgar la titularidad y posesión de los recurrentes sobre la finca declara expresamente que la Administración no debe realizar acto alguno posesorio ni deberá otorgar concesiones sobre las fincas enclavadas en la zona e inscritas en el Registro de la Propiedad.

J. G. P.

III. Resoluciones del Tribunal Económico Administrativo Central

SECCION QUINTA: IMPUESTOS DE SUCESIONES, TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURIDICOS DOCUMENTADOS

Por FERNANDO MUÑOZ CARIÑANOS

1. *COMPROBACION DE VALORES.*—*Por renta catastral, a los efectos del artículo 118 del texto refundido, ha de entenderse el producto bruto del bien afectado y no la base imponible. Es facultad exclusiva de los liquidadores señalar el medio de comprobación que ha de utilizarse (RESOLUCIÓN DE 25 DE MAYO DE 1972).*

A) *Hechos.*—A efectos de comprobación de valores, en la transmisión de una finca urbana se utilizó el medio ordinario establecido en el número 2.º del artículo 117, 1, en relación con el 118, 1, ambos del Texto refundido de los impuestos generales sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, o sea, la capitalización al 4 por 100 de la renta asignada en el nuevo régimen catastral.

Según la tesis del recurrente, la comprobación practicada debería dejarse sin efecto, por ser muy superior la valoración obtenida al valor en venta asignado por el servicio del Catastro.

El Tribunal Provincial dictó resolución, en la que estimaba que el valor catastral fijado para una finca en el nuevo régimen de la contribución territorial urbana debe prevalecer, a los efectos de liquidación, por el impuesto de Transmisiones Patrimoniales, sobre el que se obtenga por la capitalización al 4 por 100 de la renta catastral ya que aquél representa el verdadero valor oficial de la finca objeto de la transmisión e incluso podría ser conceptualizado como medio comprobatorio de aquellos a que se refiere el artículo 52, a), de la Ley General Tributaria, en relación con el artículo 112, número 15, del Texto refundido, sin que para ello obste lo que dispone el artículo 88 del Reglamento de Derechos Reales, y acordó: dejar sin efecto la valoración y que se sustituyera por el valor catastral fijado para dicha finca en el nuevo régimen de Contribución Territorial Urbana.

La Dirección General de lo Contencioso del Estado interpuso recurso de alzada contra la expresada resolución, por entender que el fallo recurrido estaba en contravención con los artículos 70, 1; 117, 1 y 2, y 118, 1, del

Texto refundido, que el expediente de comprobación de valores fue instruido con sujeción a lo dispuesto en los artículos 84 y siguientes del Reglamento de 15 de enero de 1959, pues la oficina liquidadora fijó la base liquidable en el valor resultante de la capitalización al 4 por 100 de la renta catastral, y el contribuyente sólo podía impugnar, en vía de reposición o en reclamación económico-administrativa, el resultado de la comprobación administrativa de valores promoviendo la tasación pericial contradictoria, al amparo de los artículos 52, 2, de la Ley General Tributaria, y 119, 4, del citado Texto refundido, y que los Tribunales Provinciales no pueden, según reiterado criterio del Central, señalar el medio de comprobación que ha de utilizarse por ser facultad exclusiva de los liquidadores. A ello contestaron los recurrentes «que lo procedente no es capitalizar la renta catastral bruta, como se ha hecho, sino la renta neta, que en el nuevo sistema es la base imponible de la Contribución Urbana, y que en el régimen anterior se llamaba líquido imponible».

B) *Doctrina*.—Que el artículo 118 del Texto refundido de la Ley del Impuesto de 6 de abril de 1967 preceptúa que la comprobación administrativa, cuando se practique con los datos de los trabajos catastrales o del Registro Fiscal, se verificará capitalizando al 4 por 100, respectivamente, la renta catastral o la total riqueza imponible que en ellos figure, por lo que implantado el nuevo régimen establecido en los artículos 29 a 36 de la Ley de 11 de junio de 1964 ha de emplearse la renta catastral, que es, según el artículo 17 del Texto refundido de la Contribución Territorial Urbana de 12 de mayo de 1966, el producto bruto del bien afectado, fijado conforme a las normas de los artículos 19 y 20, no pudiendo ser sustituida, como se pretende, por la base imponible, fijada con los descuentos que establece el artículo 22, porque tal base imponible no está mencionada en el invocado artículo 118, y las normas tributarias han de interpretarse entendiendo los términos empleados en ellas conforme a su sentido jurídico, técnico o usual, según proceda, lo que obliga a concluir que si el precepto que se interpreta menciona la renta catastral y no la base imponible, es aquélla la que debe ser capitalizada para obtener el valor comprobado del bien transmitido (1).

Que según el artículo 70, 1, del citado texto legal no pudo el Tribunal Provincial sustituir el criterio del liquidador, en cuanto al medio de comprobación utilizado, conforme a reiterado criterio de este Tribunal (2).

En consecuencia, el Central estima el recurso y revoca la resolución recurrida.

2. COMPROBACION DE VALORES.—*La fijación de una renta o precio máximo de venta por la legislación reguladora de las denominadas viviendas de protección oficial no priva a la Administración fiscal de sus facultades de comprobación de valores a efectos de la exacción del*

(1) Reitera el criterio sostenido por la Resolución de 3 de febrero de 1972

(2) En efecto, las Resoluciones de 24 de abril de 1951, 24 de noviembre de 1953 y 24 de abril de 1956 declaran que:

La actividad revisora de esta jurisdicción, en cuanto se refiere a la comprobación de valores, "se concreta al examen de la legalidad con que las Oficinas Liquidadoras procedan velando por su pureza, pero sin que pueda extenderse, salvo el caso de expresa determinación legal, a fijar cuál haya de ser el medio de comprobación a emplear.", porque es discrecional de la Administración el utilizar unos u otros, incluso la tasación pericial

impuesto. Alcance de la enumeración de medios comprobatorios que contiene el artículo 117 del texto refundido (RESOLUCIÓN DE 25 DE MAYO DE 1972).

A) *Hechos*.—La comprobación se refería a un piso acogido a la legislación sobre viviendas protegidas, y el recurrente alegó que el valor fijado como consecuencia de la estimación hecha por el arquitecto al servicio de la Hacienda era superior al que correspondía conforme a la legislación especial aplicable a este tipo de viviendas, que establece un precio máximo y renta determinada, añadiendo, además, que el medio de comprobación empleado, aunque admitido por la Ley, lo era con carácter subsidiario, debiendo utilizarse antes la capitalización de los datos catastrales.

B) *Doctrina*.—Que el hecho de que el piso transmitido pueda estar sometido a la legislación reguladora de cualquiera de las modalidades de las denominadas viviendas de protección oficial, y de que esta legislación establezca—por razones de política social—unas rentas máximas a percibir por su propietario en caso de arrendamiento e incluso un precio máximo de venta para los inmuebles acogidos a sus preceptos, no puede privar a la Administración fiscal de sus facultades de comprobación de valores a efectos de la exacción del impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, en el supuesto de venta de la finca, por ser conceptos distintos el precio de venta y el valor comprobado de un bien, estando—por otra parte—reconocida la referida facultad administrativa de comprobación, en el último párrafo del artículo 70 y en el primero del artículo 117 del Texto refundido, con carácter general y sin reserva ni condicionamiento derivado de aquella circunstancia ni de ninguna otra (3).

Que el ya citado artículo 117 del Texto refundido del impuesto enumera los medios ordinarios de comprobación que la Administración está facultada a emplear, pero no establece ni permite entender que uno o más de ellos hayan de prevalecer sobre otro u otros ni desvirtuar sus resultados, sino que, por el contrario, el liquidador goza de una indiscutible discrecionalidad para aplicar en cada caso cualquiera de aquellos medios, como ha mantenido constantemente la doctrina de este Tribunal Central y ha reconocido el Tribunal Supremo (4), disponiendo claramente el artículo 80, 3, del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales que la Administración empleará indistintamente los medios comprobatorios de referencia que sean aplicables a la naturaleza de los bienes de que se trate, sin que sea preciso valerse de todos cuando el resultado obtenido por uno de ellos se conceptúe justificativo del verdadero valor de aquéllos.

Que aun cuando el mencionado artículo 80 disponga que la Administración deberá acudir, en primer término, al empleo de la capitalización de los datos catastrales, ello hace referencia al orden puramente cronológico de la actuación de la oficina liquidadora, pero no implica reconocimiento de preeminencia alguna en favor de ese medio comprobatorio sobre los demás (5).

(3) Este mismo criterio ha sido mantenido por la reciente Resolución del 29 de enero del presente año (Circular núm. 1/73 de la Dirección General de lo Contencioso, dirigida a todas las Oficinas Liquidadoras), cuando dice "que el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales recae sobre el verdadero valor que los bienes transmitidos tuvieran el día en que se causó el acto o se celebró el contrato gravado y no sobre el precio real que por los bienes satisfizo el adquirente, por lo cual la comprobación administrativa del valor de los bienes transmitidos es obligada incluso en los supuestos en que consta fehacientemente el verdadero precio satisfecho, porque la razón de ser de esa comprobación no radica en que se conjeture o presuma la falta de veracidad del precio declarado por los interesados, sino en la necesidad de determinar el verdadero valor de los bienes".

(4) Véase la Sentencia de 27 de mayo de 1970, entre otras.

(5) En el mismo sentido, la Resolución de 11 de octubre de 1972 cuando dice que la oficina gestora está facultada para utilizar indistinta y discrecionalmente cualquiera de los medios ordinarios de comprobación, "facultad discrecional que en ningún momento puede producir indefensión para el contribuyente, al quedarle a éste reservado en todo caso el derecho de acudir a la práctica de la tasación pericial extraordinaria".

Y, por lo expuesto, termina declarando plenamente ajustada a Derecho la actuación de la oficina liquidadora.

3. *VIVIENDAS BONIFICABLES.*—*No tienen la consideración legal de viviendas de protección oficial y el beneficio fiscal que le otorgaban sus disposiciones específicas quedó limitado a la fecha tope de 1 de mayo de 1964 (RESOLUCIONES DE 21, 28 DE SEPTIEMBRE Y 5 DE OCTUBRE DE 1972).*

A) *Hechos.*—En las fechas indicadas, el Tribunal Central ha dictado cuatro resoluciones referidas a un supuesto idéntico, que es el siguiente: acogida una finca de nueva construcción a los beneficios fiscales de los Decretos de 19 de noviembre de 1948 y 27 de noviembre de 1953, sobre viviendas bonificables, calificada como tal en junio de 1968 y operada la primera transmisión en octubre de 1969, el problema debatido se centraba en determinar si a dicha transmisión le era o no aplicable, a efectos fiscales, la legislación sobre Viviendas de Protección Oficial.

El Central resuelve así:

B) *Doctrina.*—Que, de conformidad con el artículo 3 del Decreto de 27 de noviembre de 1953, gozaba de bonificación del 90 por 100 la primera transmisión, a título oneroso, de las viviendas bonificables, efectuada dentro de los seis años siguientes a la fecha de concesión de la licencia municipal.

Que el régimen fiscal de tales viviendas sufrió transformación a partir de la entrada en vigor del Decreto de 21 de marzo de 1958, cuyo artículo 3, número 59, se refiere a las viviendas de renta limitada, en las que no tienen cabida las viviendas bonificables, incluidas, por el contrario, de una manera expresa, en la sexta Disposición Transitoria, cuyo párrafo quinto preceptúa que «la primera enajenación a título oneroso de edificios totalmente concluidos, al amparo de las disposiciones a que se refiere el párrafo primero (Decretos-Leyes de 29 de noviembre de 1948 y 27 de noviembre de 1953, entre otros), ya se haga por edificios o bloques completos o separadamente, por viviendas, gozará de las bonificaciones en aquéllos establecidas siempre que habiendo obtenido la calificación definitiva se efectúe antes de transcurrir seis años, contados a partir de la publicación de esta Ley».

Que, por tanto, la entrada en vigor del referido Texto refundido de 21 de marzo de 1958 produce, respecto a las viviendas acogidas al régimen de bonificables, las siguientes consecuencias: a) Al no figurar enunciada en los artículos 3.º y 4.º exención o bonificación alguna para las primeras transmisiones *inter vivos* de ellas, quedan sin efecto los beneficios relativos al impuesto de Derechos Reales que concedían los citados Decretos-Leyes b) Se respeta la bonificación del 90 por 100 en la primera transmisión onerosa, pero condicionada a que se haya obtenido la calificación definitiva y se efectúe dentro de los seis años siguientes a la publicación de la Ley, término vencido en 1 de mayo de 1964, y transcurrido este día queda liquidado el régimen transitorio de las viviendas bonificables (6). No pueden gozar de la exención del artículo 3.º, número 59, ni de la bonificación del 90 por 100, por la razón obvia de que no se aprovechó el plazo concedido en régimen de derecho transitorio, ni, por último, de los bene-

(6) Como reconoce la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1965. "no cabe duda que el deseo del legislador al establecer la disposición transitoria sexta es precisamente para resolver y liquidar de una manera definitiva las situaciones creadas por la legislación anterior"

ficios fiscales derivados de la legislación sobre viviendas de protección oficial.

Resta por examinar la influencia que en la situación legal de estas viviendas se pudo producir como consecuencia de la publicación de la Ley de Viviendas de Protección Oficial, aprobada por Decreto de 24 de julio de 1963, que empezó a regir el día 1 de enero de 1969, fecha de la entrada en vigor de su Reglamento de 24 de julio de 1968.

Según el criterio de esta resolución, dicha Ley, en su disposición final, derogó expresamente, sin perjuicio del régimen de derecho transitorio en la misma establecido, los citados Decretos de 1948 y 1953. Tal derogación lleva consigo el que para resolver las dudas anteriormente suscitadas haya de acudir al texto de sus disposiciones transitorias y, concretamente, a la tercera y cuarta, que son las que de un modo directo se relacionan con el supuesto de hecho debatido en el recurso.

Para poder precisar cuál de tales disposiciones sea aplicable al presente caso conviene tener en cuenta que la calificación definitiva, equivalente al trámite de resolución definitiva del expediente de concesión de los beneficios de la vivienda objeto de la reclamación, lleva fecha de 21 de junio de 1968, o sea, anterior a la de 1 de enero de 1969, en que entró en vigor la Ley de Viviendas de Protección Oficial.

Las disposiciones transitorias citadas, en cuanto al extremo referente a la aplicación de sus preceptos y, consecuentemente, de sus beneficios fiscales, a las viviendas bonificables acogidas a los anteriores Decretos de 1948 y 1953, distinguen según que en los expedientes hubiere o no recaído resolución definitiva, es decir, que hubieren sido o no calificadas definitivamente como viviendas bonificables antes de la fecha de su entrada en vigor.

Con respecto a las primeras, entre las que figura la que constituye el objeto de la reclamación, dispone textualmente que las mismas «gozarán de los beneficios tributarios que les correspondan con arreglo a su calificación», y de los términos de ésta, según ha quedado razonado, resulta que la bonificación del impuesto de Derechos Reales, y hoy de Transmisiones Patrimoniales, en la primera transmisión a título oneroso de tales viviendas se limita a seis años, contados desde la fecha de concesión de la licencia municipal o tira de cuerdas y, en todo caso, a la fecha tope de 1 de mayo de 1964.

4. **COMPROBACION DE VALORES.**—*La falta de notificación de su resultado determina la unidad del expediente (RESOLUCIONES DE 21, 28 DE SEPTIEMBRE Y 5 DE OCTUBRE DE 1972).*

El Tribunal Central ha dictado en las fechas indicadas seis resoluciones anulando las liquidaciones giradas, dado que por la Abogacía del Estado no se notificó previamente el resultado de la comprobación de valores, en la que se había aumentado el precio señalado en la compra efectuada, ratificando el criterio ya sentado por el Tribunal Provincial, que acordó estimar parcialmente la reclamación y anular la liquidación impugnada, así como el expediente de comprobación de valores, por estimar que el mismo no se ajustaba a lo dispuesto en el artículo 117 del Texto refundido del impuesto, y ordenó incoar nuevo expediente de comprobación de valores ajustado a los preceptos legales, con notificación expresa de su resultado.

5. *DOBLE TRANSMISION.*—*Existe en una escritura de compraventa de bienes subastados otorgada a favor de persona distinta de la definitivamente adjudicataria de la licitación* (RESOLUCIÓN DE 26 DE OCTUBRE DE 1972).

A) *Hechos.*—El problema de fondo planteado por la reclamación consistía en decidir si otorgada en favor de persona determinada la adjudicación definitiva de la venta de un inmueble, como consecuencia de una subasta pública de naturaleza administrativa, la posterior formalización de la escritura de venta a favor del adjudicatario y cuatro hermanos implica fiscalmente una cesión parcial de los derechos del primitivo adjudicatario, liquidable como transmisión onerosa o, por el contrario, no constituye acto sujeto al pago del impuesto, no procediendo más liquidación que la girada a cargo del adjudicatario de la subasta por la adquisición de la finca a su favor adjudicada.

B) *Doctrina.*—Que según doctrina científica y jurisprudencial reiterada, en las enajenaciones que se llevan a cabo en virtud de subastas de naturaleza administrativa existen una serie de actos y formalidades, que integran la fase de preparación y generación del contrato (acuerdo de enajenación, anuncios y convocatorias, presentación de proposiciones, apertura de las mismas, licitación y adjudicación provisional), que no pueden ser confundidos con la fase de perfeccionamiento del vínculo contractual, siendo característica común de tales contratos el que su perfección se produce únicamente por la adjudicación definitiva, y de ahí que sólo cuando tiene lugar tal adjudicación se considera nacido el vínculo contractual, que obliga, tanto a los licitadores cuanto al organismo administrativo de que se trate, a su cumplimiento y ejecución (7).

Que constituyendo la escritura pública de compraventa de los bienes subastados título plenamente eficaz para la transmisión de los mismos, es evidente que el otorgamiento de ella a favor de personas distintas de la definitiva adjudicataria de la licitación, supone una novación subjetiva del contrato que se formaliza, generadora de una doble transmisión: la operada a favor de dicho adjudicatario, y la derivada de la cesión parcial del mismo a favor de los restantes adquirentes en la escritura; lo que implica fiscalmente una doble liquidación en la forma y términos girada por la oficina gestora, que debe ser mantenida en todas sus partes.

F. M. C.

(7) Véase en este sentido el artículo 45 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones locales de 9 de enero de 1953, en cuanto atañe al ámbito de la contratación de tales entidades, y los artículos 31 y 32 de la Ley de 8 de abril de 1965 y 109 del Reglamento General de Contratación de 28 de diciembre de 1967 en lo que hace referencia a los contratos que celebra la Administración del Estado.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 1933 proclamó que la circunstancia de acudir como licitador a una subasta, e incluso la de obtener en ella la adjudicación provisional, sólo crea a favor del interesado una especie de esperanza o expectativa de derecho, y que, en cambio, cuando se alcanza u obtiene la adjudicación definitiva, surge el vínculo contractual perfecto y se originan derechos y obligaciones propiamente dichos a favor del adjudicatario. También la Sentencia de 19 de febrero de 1935 mantuvo que como el contrato no se perfecciona hasta que se produce la adjudicación definitiva, toda cesión de derechos anterior al mencionado evento a favor de un tercero no entraña nueva enajenación del bien subastado, sino a lo sumo la transmisión o cesión de una mera expectativa de derechos, siendo, en cambio, de apreciar la existencia de dos transmisiones en la novación subjetiva producida por la subrogación total o parcial de un tercero en los derechos derivados de tal adjudicación definitiva.

LIBROS

FAIREN GUILLÉN, VÍCTOR: *Problemas del proceso por peligrosidad sin delito*. Editorial Tecnos. Madrid, 1972.

La obra del catedrático señor FAIREN, que hoy se reseña, consta de 246 páginas, iniciadas con un prólogo seguido de 12 capítulos, en los cuales vienen a tratarse muy diversos puntos relacionados con el tema objeto de su obra.

En el prólogo indica cierta tendencia encaminada a confundir el proceso de peligrosidad, que para FAIREN tiene indudable personalidad propia, con el penal represivo, el penal propiamente dicho, calificándole como un simple proceso especial en ocasiones.

Siguiendo su propia inspiración, según la cual, y de acuerdo con ilustres maestros, el proceso de peligrosidad—y en especial cuando se trata de la peligrosidad sin delito—debe contener especialidades que le constituyen en tipo separado del penal, trata de desarrollar a lo largo de su libro los puntos más importantes de la nueva Ley de Peligrosidad española de 4 de agosto de 1970, y del Reglamento para su ejecución de 13 de mayo de 1971, absteniéndose de entrar a considerar su aspecto sustantivo, que plantea gravísimos problemas, y solamente contempla alguno que tiene inmediato impacto sobre el proceso.

Con respecto a los problemas procesales que la nueva Ley plantea, solamente estudia algunos de ellos con trascendencia práctica inmediata, puesto que van a aparecer o aparecen ante los jueces y abogados que se encargan del manejo de tales normas.

El capítulo primero se inicia con una introducción y trata del proceso penal y proceso por peligrosidad predelictual, abordando el estado actual del problema en general. Así habla, en primer término, de la peligrosidad *ante delictum*, continuando después con las medidas de prevención y medidas de seguridad y con el proceso represivo y preventivo; diferencia entre ambos procesos reconocida en varios trabajos publicados por la doctrina e incluso por el mismo autor, encontrando razones fundamentales para diferenciar ambos tipos de proceso en cuanto a la prueba, ya que, como se destaca, es más difícil «probar un estado» que «probar un hecho», pues en el primer supuesto precisa hacerlo con los hechos sistemáticos de ese estado. FAIREN reconoce claramente las diferencias que deben existir necesariamente entre un «proceso penal represivo» y otro «preventivo», por la diferente finalidad-medio que han de cumplir—pena, medida de seguridad.

FAIREN cree y está convencido de que en el estado actual del proceso penal, el de peligrosidad debe apartarse del mismo lo suficiente como para poder fijar algunos puntos diferenciales esenciales.

Estima que la materia de peligrosidad supone la necesidad de jueces especialistas y especializados—ajenos a un trabajo que les obligue a imponer penas—, pues, según destaca, si se pone al frente de un proceso penal ordinario aplicado a la peligrosidad a un juez especialista en ésta, su propia subjetividad, su propia formación, lo transformarán, pese a la letra de la Ley, en otro diferente, y si, a la inversa, ponemos al frente

de un proceso especial de peligrosidad a un juez penal ordinario, ese proceso especial nos exponemos a que funcione como de ordinario y a que la medida de seguridad se transforme en pena. Así, pues, estima que el tratamiento legal debe confiarse a jueces especiales y especializados, como se verá al reseñar el capítulo V del presente libro.

Las soluciones que en el Derecho positivo, correspondiente a los países que enviaron ponencias nacionales al V Congreso Internacional de Derecho Procesal y la respectiva doctrina, se ven plasmadas para el problema de la peligrosidad sin delito son de tipo administrativista y judicialista, considerándose preferible por el autor la solución judicialista precisamente porque, entre otras razones, en este proceso se trata de garantizar la observancia de normas jurídicas y de aplicarlas a los casos concretos; derecho genérico a disfrutar de una sociedad pacífica, que el «peligro» perturba.

Tanto por razón de los órganos judiciales que dirigen el proceso de peligrosidad en España, como por la finalidad que el mismo persigue, como por el medio, como por el acto en que se concreta el proceso, deduce el autor que se trata de un conjunto de actos judiciales de naturaleza jurisdiccional.

Otro problema relacionado con el tema, que ha atraído la atención del autor, es el de la constitucionalidad en distintos países de las normas sobre peligrosidad y su declaración, tanto globalmente como cuanto con respecto a determinadas normas de las distintas constituciones, en particular.

A continuación se tocan otros puntos concretos, como los de partes, el procedimiento y sus recursos, y tras hacer unas reflexiones sobre todo ello cree que nunca podrá prescindirse de la cercanía de los Códigos o Leyes Procesales Penales propiamente dichos, y continúa afirmando «que aun cuando dejásemos de tener en cuenta—lo que sería un absurdo—el parentesco entre peligrosidad y delito, la misma fuerza de inercia de los potentes edificios jurídicos, contruidos por obra de muchas generaciones humanas, influiría sobre nosotros, forzándonos a no cortar los cables que deben unirlos».

Termina este primer capítulo hablando de los sistemas españoles en concreto y afirma que en España no existe distinción legal entre medidas de prevención y medidas de seguridad, y el proceso para los estados de peligrosidad predelictual, delictual y postdelictual se regula en la actualidad como único en la Ley de Peligrosidad de 1970, con derogación del anterior sistema, el de la Ley de Vagos y Maleantes de 1933, que acumulaba el tratamiento procesal de la peligrosidad—cuando existiera—a la del delito cometido por el peligroso, bajo la competencia de los Tribunales penales ordinarios, con graves inconvenientes.

Existe, pues, un proceso de peligrosidad único para las tres especies de dicha figura, sin diferenciar el tratamiento procesal de los sujetos peligrosos sin delito de los delincuentes.

El capítulo II de la obra se refiere al sistema judicial y administrativo. Dentro de este capítulo, tras haber reflejado la panorámica general y las tendencias existentes al respecto, pasa a examinar la tesis administrativa y sus peligros (defendida fundamentalmente por CLARÍ OLMEDO), para ponernos después en contacto con la tesis judicialista, aceptada por VÉLEZ MARICONDE, terminando el citado capítulo con los sistemas españoles en concreto.

Nos adentramos de esta forma en el capítulo III, concerniente a los antecedentes legislativos y fuentes legales de la materia que se viene abordando. En cuanto a los antecedentes históricos del tratamiento de los sujetos peligrosos sin delito destaca cómo algunas ponencias les dedican gran extensión y entran detalladamente en ellos; por el contrario, otras

—Italia, concretamente—se abstienen de tocar el tema. Comenzando por Argentina, la ponencia de CLARÍA OLMEDO analiza brevemente los dos proyectos de Ley en los que se admitía la peligrosidad sin delito.

En Chile, VERGARA cita los proyectos de reforma del Código Penal de 1929, que contenía un título para la prevención de estados peligrosos estableciendo medidas de seguridad, y otro, presentado al Gobierno por el Instituto de Ciencias Penales en 1941, previendo estados antisociales y proponiendo medidas de seguridad. También destaca en este país la Ley de Estados Antisociales y Medidas de Seguridad de 21 de noviembre de 1954, en la que tuvo especial influencia la Ley española sobre Vagos y Maleantes.

En Guatemala es extensa la parte que NAVARRO BATRES dedica a los antecedentes legislativos.

También en Venezuela, como dice CHIROSSONE, desde 1836 se ha legislado sobre vagos y malentendidos o maleantes, pero en esas Leyes no se precisó nunca el concepto de peligrosidad sin delito, sino que se establecieron categorías, en las cuales se mezclaron los sujetos que por ser delincuentes se encontraban comprendidos en las mismas con otros que sin haber cometido delitos, no obstante, debían ser sometidos a idénticas medidas.

Con respecto a Uruguay, la Ley de 15 de julio de 1882 se refiere a los vagos, funcionando la calidad de vago, al mismo tiempo, como estado peligroso y como agravante de cualquier delito. Posteriormente, el Código Rural de 1941 introdujo algunas modificaciones competenciales y procesales.

‘El Derecho histórico español—señala MORÓN—ofrece no pocos antecedentes de procesos y, a veces, de sanciones penales sin proceso, en orden a conductas que en el sistema español se configuran simplemente como peligrosas. La vagancia fue ya contemplada en tiempos pretéritos como verdadero delito, que, en consecuencia, determinaba una actividad de signo represivo, señalándose por MORÓN como verdadero precedente de la normativa actual la Ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933, mediante la cual, por primera vez en España, se introdujo el concepto de peligrosidad sin delito y se arbitró el enjuiciamiento necesario para su declaración.

El autor discrepa de MORÓN en este punto, puesto que la Exposición de Motivos de la propia Ley de Peligrosidad vigente, de 1970, indica que se trata de una reforma de adaptación de la Ley de 1933, «manteniendo sustancialmente sin modificación los principios en que la Ley de 1933 se inspiró».

El autor termina este tercer capítulo refiriéndose a las fuentes legales actuales que las ponencias ofrecen en cuanto a Alemania Federal, Argentina, Chile, España, Italia, Guatemala, Uruguay y Venezuela.

A continuación nos ofrece un capítulo dedicado a las Leyes de Peligrosidad y su constitucionalidad. En torno a este tema señala cómo en cada país se plantea el grave problema de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las Leyes de Peligrosidad y aun de ciertas normas de las mismas, en el caso de que la respectiva constitución las admite *in genere* o, al menos, no las prohíba. Efectivamente—dice—, las constituciones de clásico corte democrático se basan en el principio de legalidad como medio de proteger la libertad personal. Y ésta, evidentemente, sufre con la imposición de medidas, y aún más si se aplican sin la preexistencia de un delito.

España es un país de Constitución abierta, integrada por una serie de Leyes fundamentales y con una Ley de Peligrosidad, ulterior a ellas, en la que, a juicio de FAIREN, hay normas inconstitucionales.

De esta forma expone el problema de la Ley española de 1970, destacando, en breve resumen, cómo en el procedimiento de apelación de la Ley de Peligrosidad de 1970 encuentra las siguientes restricciones al derecho de defensa:

a) La audiencia del interesado depende del arbitrio del Tribunal (artículo 23, 2), de interpretarse literalmente dicha norma.

b) La presencia en la vista del «sujeto a expediente» queda excluida, como regla general, y sólo mediante dos actos previos consecutivos puede conseguirse la excepción: 1.º «que éste lo solicitare», y 2.º «que la Sala lo estimara conveniente».

Esta disminución vulneratoria del principio de bilateralidad y contradicción resulta muy grave, a juicio de FAIREN, desde el punto de vista constitucional, dada la declaración contenida en el artículo 19 del Fuero de los Españoles, en el sentido de que «nadie podrá ser condenado sino en virtud de Ley anterior al delito, mediante sentencia del Tribunal competente y previa audiencia y defensa del interesado».

El autor termina el comentario del citado artículo diciendo: «Esperamos que, tanto desde el ángulo visual de la muy dudosa constitucionalidad de la norma comentada como desde el correspondiente al desarrollo homogéneo del sistema procesal, esta Ley—la de Peligrosidad española del 70—sea reformada en el sentido de basar las vistas en el principio general de publicidad para el interesado, sobre todo, a efectos de que pueda ejercitar su derecho de autodefensa».

A su juicio, no terminan aquí las posibles inconstitucionalidades en que incurre la Ley de Peligrosidad de 1970. Son también otras las normas de la repetida Ley que pueden implicar posibles inconstitucionalidades, como, por ejemplo, el artículo 19, estimado como opuesto al artículo 19 del Fuero de los Españoles, que ha consagrado como institucional el principio según el cual «nadie puede ser condenado sin haber sido antes oído y vencido en juicio».

Terminando la exposición de los problemas de tipo constitucional que se le han planteado, comparte la idea de VÉLEZ MARICONDE de que en el proceso por peligrosidad deben respetarse totalmente todos los principios que el mismo enumera; principios de equilibrio entre el de legalidad y la instauración de una legislación de prevención social en el estado de pre-delictividad, que ANZEI ha sintetizado.

Habiendo examinado anteriormente el problema de la atribución del tratamiento de los sujetos peligrosos—y especialmente de los predelictuales—a autoridades administrativas o judiciales y las razones por las que, a juicio del autor, procede no inclinarse por la solución administrativa, trata en el capítulo V de los jueces y Tribunales de peligrosidad.

La Ley de Vagos y Maleantes de 1933 confiaba el proceso de peligrosidad a los jueces de instrucción ordinarios «o a los que especialmente sean designados para estas funciones» en Primera Instancia, y en la segunda, a las Audiencias Provinciales «o Salas que al efecto se designen»; pero el artículo 81 de su Reglamento la fijó solamente en los jueces de instrucción de la jurisdicción ordinaria.

La Ley de Peligrosidad vigente tiene el acierto de principio, a juicio de FAIREN, de separar a los Tribunales penales de los de peligrosidad, sistema que, en boca de MORÓN, representa un notable avance respecto del que regía bajo la Ley de Vagos y Maleantes.

Pero cuando la nueva Ley trata del nombramiento de los jueces de peligrosidad—exclusivamente pertenecientes a la jurisdicción ordinaria—vuelve al sistema mixto de la Ley de 1933, haciendo coexistir jueces y Tribunales especializados con otros dedicados también a tareas penales y aun civiles.

La esperanza manifestada y elevada al Gobierno por FAIREN, al amparo del artículo 8 de la Ley, en cuanto a que los jueces de peligrosidad tuvieran un cometido único, es decir, que fueran rotundamente separados de toda otra tarea procesal penal—corolario inexcusable de la distinción entre Tribunales penales y de peligrosidad, anunciada en la Exposición de Motivos de la Ley y en su artículo 13—, se desvaneció a la vista del proyecto del Reglamento y su aprobación posterior. En efecto, solamente los jueces de Madrid y Barcelona serán de «peligrosidad puros».

A salvo—como dice el autor—de que el Ministro de Justicia (en el caso de los jueces) o el Gobierno (en el caso de las Salas de apelación) amplíen el número de jueces exclusivos para la peligrosidad, no se puede hablar de tales jueces como especialistas sino en cuanto a los Juzgados de Madrid y Barcelona.

A continuación, y dentro de este mismo capítulo, trata de la competencia en la materia, estudiada en su triple dimensión funcional, territorial y objetiva.

También habla de las partes en el proceso de peligrosidad, tema objeto del capítulo VI. Como primer apartado de este capítulo nos encontramos con las partes procesales; después con el Ministerio Fiscal, que en nuestro sistema tiene una intervención muy intensa, al contrario de lo que ocurre con los particulares, cuya exclusión como parte activa es general, exponiendo los motivos que, a su juicio, sirven de base para excluir como parte a los particulares en estos procesos.

Otros puntos que también toca dentro del capítulo VI de su obra son los concernientes al sujeto pasivo, representación y defensa técnica, la rebeldía del supuesto peligroso y sus consecuencias e inexistencia de litis consorcio pasivo.

Examina, igualmente, el procedimiento declarativo de la peligrosidad con referencia, en primer término, al Derecho Comparado, para examinar posterior y especialmente el régimen español.

Dentro del Derecho Comparado se refiere, en primer lugar, a Alemania, donde existen dos procedimientos: procedimiento de seguridad y de restricción de libertad. Después se abordan los de otros países, tales como Argentina, Chile, Guatemala, Italia, Uruguay y Venezuela.

Hecho esto, dedica el capítulo VIII al procedimiento declarativo de la peligrosidad en el régimen español.

Tras unas ideas generales y estudio de la etapa de preparación del proceso pasa al examen de la primera instancia, en la que distingue las siguientes fases: a) Iniciación del proceso, respecto a lo cual el artículo 12 de la Ley dispone que «el procedimiento para la declaración del estado de peligrosidad y aplicación de las medidas de seguridad podrá promoverse a petición del Ministerio Fiscal o de oficio; en este caso, bien por ciencia propia o por denuncia de la policía judicial o de particulares». b) Período de investigación inquisitiva, detallando la Ley las diligencias inquisitivas que el Juez debe efectuar. c) Conclusión de la fase de averiguación y apertura del contradictorio, a lo que se refiere el artículo 17, norma ésta que ocasiona diversos problemas, examinados brevemente por el autor. d) Etapa contradictoria, consistente en el recibimiento a prueba, y una etapa posterior de alegaciones del Fiscal y del interesado por escrito. e) Sentencia, que habrá de contener uno de los dos pronunciamientos siguientes:

1.º Declarar probada la peligrosidad social del sujeto a expediente y su inclusión en alguno de los supuestos de los artículos 2, 3 y 4, consignando los hechos que lo acrediten y señalando las medidas de seguridad aplicables.

2.º Declarar que no ha lugar a la adopción de medidas de seguridad

por no darse las condiciones del estado de peligrosidad o por ser infundada la denuncia.

La sentencia se notificará al Fiscal y al sujeto a expediente en el siguiente día.

Cuando se rechace la denuncia por infundada podrá el denunciado, previa autorización del Juez, ejercitar las acciones penales que procedan contra el denunciante.

Toda esta normativa plantea una serie de problemas, de los que FAIREN viene a resumirnos algunos.

Por último, en este capítulo, dedicado al procedimiento declarativo de la peligrosidad en el régimen español, estudia los medios de impugnación. Como tales distingue: a) apelación; b) juicio de revisión, y c) recurso de abuso.

Respecto a la apelación, su principal problema, tratado por FAIREN, es el del desequilibrio contra los derechos de la defensa, que supone quedar a merced del arbitrio del Tribunal en cuanto a tomar la palabra el propio interesado, bien sea en nuevo interrogatorio, bien sea en la vista, de la cual se excluye, en principio, a dicha persona, lo cual llegó a hacer pensar al autor y declarar que tales normas son inconstitucionales.

Se limita aquí a resumir el artículo 23 de la Ley con algún que otro comentario.

Mediante el juicio de revisión puede el Juzgado cancelar, confirmar, sustituir, reducir o prolongar las medidas de seguridad que se hubiesen acordado.

Finalmente, se refiere al recurso de abuso, verdadero recurso que se produce en la ejecución de la medida de seguridad, conocido en otras legislaciones y en alguna, probablemente, por influencia de la Ley española de 1933.

El capítulo IX hace referencia a los procedimientos cautelares, considerándose medidas cautelares a adoptar, en base al artículo 19 de la Ley de Peligrosidad y 79 y siguientes del Reglamento, las que se expresan a continuación:

1) Detención si no pudiese ser citado o careciere de domicilio conocido el sospechoso de peligrosidad.

2) Libertad bajo fianza.

3) Declararle rebelde si dejare de comparecer sin justa causa al llamamiento judicial, acordando su internamiento preventivo.

4) Internamiento preventivo «en caso de estado de evidente indicio de peligrosidad y si las circunstancias lo hicieren necesario».

Por último, el Reglamento dispone que «las demás medidas cautelares que el Juez adopte también se regirán por las normas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en especial por lo que se refiere a la ocupación provisional del dinero, efectos e instrumentos y del permiso para conducir vehículos de motor».

Es objeto de otro capítulo la cosa juzgada de las sentencias de condena. A juicio del autor, hay en la nueva Ley del 70, en cuanto a las sentencias de condena, algunas expresiones que abonan su parecer de que surten efectos de cosa juzgada material.

El capítulo XI está dedicado a la ejecución de las sentencias. En este capítulo podemos ver recogidos los siguientes apartados: 1) La ejecución sobre peligrosos con delito y sin delito. 2) Judicialidad de la ejecución. Facultades de los jueces. 3) Los establecimientos privados. 4) Los delegados judiciales. 5) Las juntas de tratamiento. 6) Los centros de ejecución y los tratamientos. 7) Ejecuciones específicas. 8) Orden de prelación en el cumplimiento de varias medidas. 9) Las costas del proceso de peligro-

sidad. 10) Consecuencias del recurso de abuso en la ejecución de las medidas. 11) Determinación del *quantum*. 12) Resumen.

Cabe decir, por último, que reproduciendo en síntesis las numerosas críticas a la Ley de Peligrosidad y a su Reglamento, FAIREN da punto final a su obra con un capítulo dedicado a conclusiones y recomendaciones.

CARLOS MARÍN ALBORNOZ

MUÑOZ SABATÉ, I.: *Enfermedad y justicia (el papel del Derecho en la psicoterapia individual y social)*. Editorial Hispano Europea. Barcelona, 1972.

La obra que hoy se reseña consta de dos partes: la primera, concerniente al conflicto jurídico, y la segunda, a la subfunción terapéutica del jurista. Van precedidas del correspondiente índice y dos prólogos, con un total de 148 páginas, incluyendo al final un índice de autores.

En el denominado prólogo I, firmado por el catedrático de Psiquiatría señor OBIOLS, se pone de manifiesto la enorme difusión que en nuestro mundo cultural tiene el concepto de psicoterapia, sobre el cual se han vertido significados muy diversos. También se destaca en él la importancia de la presente obra en cuanto ha venido a implicar una importante contribución a la psicología.

El prólogo II lleva la firma de MANUEL SERRA DOMÍNGUEZ, catedrático de Derecho Procesal. En este prólogo también se resalta la importancia de la obra, cuyas páginas demuestran por sí solas «la eficacia del intento del autor de enfocar la realidad jurídica desde un planteamiento psicológico y el magnífico estudio efectuado sobre la lucha por el Derecho».

La primera parte del libro está dedicada al conflicto jurídico, concepto bajo el cual pueden verse recogidos muy diversos apartados.

En principio, el autor confiesa que pretende realizar un análisis lo más detenido posible de la supuesta correlación Derecho-neurosis, intentando extraer sus más importantes derivaciones patológicas y terapéuticas, las cuales si bien en el plano de la ciencia del Derecho podrán concebirse como una mera subfunción o subproducto del fenómeno jurídico, en el plano de la Medicina y de la Psicología resultan todo lo contrario, unos centros inmediatos de experiencia e interés.

Examina el conflicto humano como centro de gravedad del fenómeno jurídico y los efectos invisibles del Derecho, señalando cómo a veces la inconsciente sumisión al orden jurídico falla lamentablemente, bien sea por deficiencias técnicas en el propio ordenamiento, bien por la resistencia de los individuos a cumplirlo, y es entonces cuando se hace necesaria la intervención de un órgano investido de poder supraindividual, que restablezca o compense el orden jurídico alterado por dicha conducta. Dice también que entre el cumplimiento automático e inconscientemente voluntario de las normas jurídicas y el cumplimiento forzoso impuesto por la sentencia judicial se da, sin embargo, una instancia intermedia. Tratase del sometimiento jurídico persuasivo, generalmente impuesto por el consejo del abogado.

Bajo el título de «vivencia del conflicto jurídico» indica cómo el contenido de la mayor parte de los derechos que se conflictúan suele ser de índole marcadamente patrimonial, y es lo patrimonial lo que, al lado de su naturaleza económica, tiene una dimensión antropológica que no se puede ignorar.

Por otra parte, se pone de manifiesto la profunda influencia que el sentimiento de justicia desempeña en el desarrollo de la personalidad. Lo justo se experimenta—dice—como sentimiento, y de ahí su gran resonancia afectiva.

Habla también de la reacción vivencial ante la injusticia, puesto que el sentirse objeto de una injusticia es, en el fondo, sentirse socialmente marginado, disminuido y abandonado.

A continuación analiza las formas bajo las cuales el individuo es capaz de reaccionar frente al conflicto. Desde el punto de vista jurídico dice que estas formas pudieran quedar reducidas a dos: cediendo (allanamiento, desistimiento) o combatiendo la agresión (pleito).

Otro tema que MUÑOZ SABATÉ aborda es el que aparece en su obra bajo la denominación de «hacia una objetivación de lo justo», donde desbroza el camino de algunas dudas para poder dirigirse así con cierta objetividad al análisis de la frustración inicial del conflictuado, que emprende a continuación; pasando posteriormente a examinar la respuesta agresiva, manifestada primariamente de múltiples formas, incluso violentas, que todo conflicto jurídico despierta.

Además de la frustración y agresividad estudia el fenómeno concomitante de la angustia, que el conflicto jurídico engendra ante la amenaza de una amputación del «yo» por otro miembro de la sociedad.

En el concienzudo estudio de MUÑOZ SABATÉ es lógico que no pudiese marginarse la cuestión referente a cómo vivencia el individuo la imagen del Abogado, a quien acude en consulta para resolver su conflicto. En este aspecto, la simple lectura de la obra nos hace ver cómo el individuo lesionado, agredido, humillado o preterido suele acudir al bufete del Abogado con la íntima creencia de que éste solucionará todo su problema, al igual—dice—que el Padre todopoderoso, es decir, parece darse cierta transferencia de la imagen paterna a la figura del Abogado. El cliente busca también el consuelo, o sea, el sentimiento de haber sido comprendido y amado por encima de la razón jurídica y de la fría evidencia de los hechos.

Otro punto de bastante interés también tratado es el concerniente al consejo frustrante del Abogado. En él sintetiza, entre las varias posibles, las siguientes respuestas que el Abogado puede dar a su cliente: a) el cliente no tiene razón legal ni jurídica; b) el cliente tiene razón legal, pero no jurídica; c) el cliente no tiene razón legal, pero sí jurídica; d) el cliente tiene razón legal y jurídica, pero carece de pruebas; e) el cliente tiene razón legal y jurídica, pero la solución es antieconómica.

Estas respuestas del Abogado las llama el autor frustratorias, porque todas ellas, apoyándose en un argumento lógico, impiden que el individuo intente satisfacer su pretensión jurídica. ¿Cuál es la reacción del cliente en estos casos? A *grosso modo* puede leerse que entre las reacciones defensivas siempre se ha sostenido como la más frecuente la agresión. Suele ser, pues, bastante frecuente—continúa diciendo—que el blanco de la agresión, dados los condicionamientos sociales propios de una sociedad civilizada, no sea la propia persona que se perciba como la fuente de la frustración, sino que tal agresión sufra un desplazamiento hacia otras personas y objetos, no siendo tan raro como se piensa que dicha agresividad la introyecte el individuo, es decir, la dirija contra sí mismo.

La «represión», que también estudia, es, a su juicio, un mecanismo de defensa muy típico de nuestra civilización occidental, dimanante de una previa situación de fracaso, consecuencia, a su vez, de un fallo en la interacción social.

A continuación investiga las consecuencias sociológicas de la frustración y subsiguiente represión del impulso agresivo, dando así por terminada la primera parte de su obra para adentrarse en la segunda, que encontramos bajo el título de «la función terapéutica del jurista».

Antes de nada, al hablar de los Abogados y psiquiatras, resalta la responsabilidad terapéutica del Abogado o del jurista en general, por cuanto es precisamente este profesional uno de los que más esencialmente participan en las funciones integrativas del sistema social.

Todo el instrumental que emplea el Abogado consiste esencialmente en palabras, y es evidente que la palabra tiene una fuerza psicológica relevante. De cómo la misión del jurista es necesario que trascienda a unos objetivos meramente técnicos se ocupa en las páginas del libro. En ellas intenta exponer los diversos derivados psicoterapéuticos que pueden desprenderse de un asesoramiento jurídico planeado en función de los problemas que va desvelando a lo largo de su obra.

En aquellos casos en que el conflictuado no tiene razón legal ni jurídica, o solamente tiene razón legal, pero no jurídica, desde el punto de vista psicosociológico, no es buena respuesta del abogado negar simplemente su ayuda técnica al cliente, que deposita en él un conflicto carente de razón legal y jurídica. El autor, a estos efectos, viene a exponer una serie de fórmulas y métodos capaces de proporcionar al cliente una cierta solución. Son soluciones basadas en los métodos de transacción, fatiga y el de los estímulos incompatibles, aunque, por otro lado, tales métodos, aunque contribuyen a extinguir la frustración, la agresividad y la represividad en su caso concreto, no inmunizan—dice el autor—a la persona frente a futuros conflictos, de modo que en este sentido sus propiedades sociohigiénicas son harto menguadas. Por ello entiende que vale la pena centrar la atención sobre otro método más ambicioso, que puede llevar a cabo perfectamente el jurista, y que denomina de la entrevista o de la sentencia didáctica, según si quien lo emplee es el Abogado o el Juez. Ahora bien, afirma que para obtener un resultado provechoso en esta empresa didáctica, que pueden llevar a cabo tanto el Abogado como el Juez, se requiere primordialmente, y antes que nada, que la palabra de ambos sea persuasiva. A ello dedica MUÑOZ SABATÉ otro epígrafe de su obra, titulado «La seducción del justiciable por medio de la palabra».

Habla también de los fenómenos de transferencia, entendiendo por transferencia, en su aplicación especial al proceso terapéutico, transferir al terapeuta, como un copartícipe actual, experiencias tempranas en las relaciones interpersonales. Pero dice que este fenómeno difiere de lo que denomina entrevista didáctica, en el sentido de que aquí intervienen corrientes intensamente emocionales y simbolismos, al margen de toda participación consciente del Abogado, en tanto que en la entrevista didáctica el método prefiere una persuasión más racional y, por ende, más activa.

A continuación, después de haber hablado de los casos en que el conflictuado carece de razón legal y jurídica, o solamente de razón jurídica, aunque no legal, centra su estudio sobre aquellos otros supuestos en los cuales el individuo, si bien no tiene razón legal, posee, en cambio, razón jurídica, o también cuando teniendo ambos géneros de razón, la lucha por el derecho resulta convencionalmente desaconsejable en virtud de la falta de pruebas o por su evidente antieconomía.

A juicio del autor, no cabe duda de que el síntoma psicopatológico dominante en muchos de los que acuden a la consulta, tengan o no razón, es la ansiedad. Pues bien, la sola presencia en el bufete del Abogado posee ciertos efectos reductores de la ansiedad, como también los ofrece su compañía en el Tribunal o Juzgado; pero hay también algunos clientes que acuden al Abogado para saber únicamente si tienen o no razón. Resulta incuestionable, según el autor, que el diálogo entre el Abogado y conflictuado deviene el camino más usual y eficaz de reducir la ansiedad de este último, en cuanto que la palabra del Abogado comunicándole los argumentos legales y jurídicos que apoyan su derecho actúa como un verdadero tranquilizante. En este apartado, dedicado a la «entrevista

catártica», y en el siguiente, relativo a «la lucha por el derecho», MUÑOZ SABATÉ analiza la naturaleza de alguno de los procesos psicológicos que se dan en esta clase de entrevistas y la especial situación que se crea en el caso de que el Abogado deba decirle al cliente que no tiene razón legal, aunque sí jurídica.

En cuanto a los medios de que dispone el Abogado para llevar a cabo la lucha por el derecho destaca los que considera más representativos e importantes, entendiéndolo que en la mayoría de los supuestos, el instrumento por antonomasia más característico de lucha jurídica seguirá siendo el proceso.

Es así como el autor entra ya en el estudio del pleito con sus imperfecciones técnicas, señalando los más relevantes defectos que se achacan al mismo, a saber: 1.º) la lentitud; 2.º) el coste económico, y 3.º) la incertidumbre.

En torno al pleito examina: a) su dimensión lúdica, en cuanto el proceso es siempre lucha, combate, contienda, que ha de sujetarse a unas normas determinadas, es decir, que no puede ser combate brutal y anárquico, sino ordenado; b) su dimensión dialéctica; c) su dimensión dramática, en cuanto que el proceso comporta una relación cargada de tensiones emocionales, y d) su dimensión mágica.

MUÑOZ SABATÉ concibe el pleito como «una actividad lúdica, de estructura dialéctica, altamente tensional o dramática y dotada de algunos componentes mágicos».

Sobre esta base analiza cada uno de dichos caracteres desde la perspectiva exclusivamente psicoterapéutica, debiendo añadir que al referirse aquí a una cura psicológica involucra a su vez los naturales efectos psicoterapéuticos que habrán de derivarse a nivel individual de una modificación del sentimiento de comunidad.

De esta forma examina, en primer lugar, el pleito como liberación de agresividad; después, como catarsis o purificación de las pasiones del ánimo mediante las emociones provocadas por la tragedia, y, por último, como factor de integración social.

Entrando ya en el final de la obra, el autor insiste en que solamente defiende el pleito como un mal menor, y que aun así, si lo concibe como calamidad tolerable, es precisamente por las subfunciones que proporciona y otras muchas que podría suministrar de llevarse a cabo en condiciones distintas de las actuales.

Su misión ha sido simplemente—continúa afirmando—la de captar y exponer los dinamismos psicológicos que aletean en el fondo del proceso judicial y alumbrar mediante su comprensión algunas de esas subfunciones socio o psicoterapéuticas, que éste puede desarrollar de un modo a veces imperceptible para el profano.

Sentando, por último, unas interesantes conclusiones da por terminada su obra, ofreciéndonos al final un completo índice de los autores traídos a colación a lo largo de su estudio.

La obra, de lectura amena e interesante, refleja ciertos casos planteados en la vida práctica; recoge multitud de citas doctrinales; representa una aportación valiosa al campo de la psicología, en cuanto implica un exhaustivo estudio sobre las relaciones entre el Derecho y la Psicología, y, en suma, resulta de evidente interés para los profesionales del Derecho, psiquiatras, psicólogos y, en definitiva, como se puede apreciar en la misma obra, para quienes sufren por causa de la justicia o con su consejo están llamados a remediar el sufrimiento ajeno.

CARLOS MARÍN ALBORNOZ

PONT MESTRES, MAGÍN: *El problema de la resistencia fiscal*. Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1972.

Traigo este libro al campo de las recensiones porque en él he encontrado ciertas respuestas a una serie de preguntas que desde hace muy pocos años—concretamente, aquellos en que se nos ha impuesto la evaluación individual—me vengo haciendo. ¿Por qué el contribuyente carpetovetónico ofrece resistencia al pago de los impuestos?

Así como las enfermedades hereditarias tienen fácil explicación, era también fácil explicar históricamente el «terror» que hacia el Fisco ha sentido el ciudadano español. Sólo con pensar en el impuesto-castigo o en el impuesto-opresión, que asoman hasta el comienzo de la Edad Moderna, producirían respuestas tranquilizantes para el que no desease llegar más adelante; pero establecido o intentado establecer el llamado impuesto-contribución, la cosa puede no ser tan clara.

Estimo que lo que puede llamarse Derecho Financiero ha sido muy poco estudiado en España y que la idea que ha guiado o parecido guiar a la política financiera y recaudatoria ha sido la amenaza, la coacción, más que la divulgación de las disposiciones y la formación de lo que modernamente se está denominando «conciencia fiscal». Aquí ha pasado un poco como con la verticalidad de las explicaciones eclesiásticas, donde el juego del infierno ha producido tal contraste con el del cielo, que sólo por temor se han sentido obligados muchos, que ahora comienzan a ver de forma distinta. Aún recuerdo, en una inauguración de una Feria de Muestras, el terrible impacto que las palabras de un subsecretario produjeron en los oyentes—posibles sujetos pasivos del impuesto—, al amenazarles con la utilización casi diabólica del Documento Nacional de Identidad, a fin de que nadie escapase a la «presión tributaria». Todavía recuerdo los comentarios cercanos producidos por el anuncio de ese «centro electrónico» con finalidades fiscales, que el Ministerio de Hacienda puede echar a andar cualquier día, y esa ocurrencia jurídica de nuestro primer Fiscal al hablar del posible delito tributario...

¿Cómo es posible que podamos utilizar la terminología de «conciencia fiscal»? Es indudable que la conciencia tiene un proceso formativo, aparte de las buenas o malas inclinaciones del hombre. Quiero recordar aquí una gran máxima, que durante toda mi vida vengo oyendo: el cálculo estatal de los impuestos está ya basado contando con un porcentaje grande de defraudadores. Y así, QUESADA, en uno de sus magníficos chistes, sitúa a un feligrés al pie de un confesionario, que le está diciendo al eclesiástico, que le escucha: «¡Padre!, me acuso de defraudar al Fisco.» Y el cura le contesta: «Bueno, hijo, bueno; ahora dime los pecados que tienes.» ¿Si no hemos educado suficientemente al ciudadano, cómo es posible que le exijamos conciencia fiscal?

La formación de una «conciencia fiscal» no sólo requiere divulgaciones de los principios rectores de la exigencia fiscal, sino ejemplos de suficiente convicción para que la conciencia vaya tomando cuerpo real. Una mayor técnica en el sistema fiscal que evidencia una justicia distributiva del impuesto, unos tipos menos alarmantes y más en la línea mundial financiera, una justificación más minuciosa del empleo de lo recaudado y un menor deseo por parte de los órganos dirigentes de un incremento recaudatorio podían ser unas primeras andaduras para el logro de una educación fiscal. Desde el punto de vista del jurista, las exigencias ya tendrían que ser mayores, pues quizá uno de los grandes males de nuestras Leyes tributarias reside en que están hechas por hombres de Leyes y no por hombres de Derecho. La Ley General Tributaria—que hasta cierto punto

tiene indudables conquistas jurídicas—ofrece un artículo 25 capaz de hacer enojecer al jurista menos exigente: ...prescindiendo de los defectos intrínsecos o de forma que pudieran afectar a su validez.

Para saber si mis posibles reflexiones caricaturizadas en torno a la resistencia fiscal de mis paisanos, los iberos, estaban en la línea lógica es por lo que me he leído este magnífico libro, que escribe el catedrático de Hacienda y Contabilidad Pública en la Escuela de Altos Estudios Mercantiles de Barcelona doctor MAGÍN PONT MESTRES, y que prologa con maestría singular SAINZ DE BUJANDA, y es también por lo que lo recensiono y lo ofrezco en estas páginas de cultura bibliográfica.

La obra, dividida en cinco partes y unas conclusiones, viene a demostrar que la resistencia fiscal en general, y particularmente, del ciudadano español, nunca reside en el egoísmo, sino a la influencia que en el contribuyente ejerce el entorno circundante, cuyo ambiente lo modela de modo principal el comportamiento histórico de los poderes públicos en relación con los tributos. El problema no ha sido planteado debidamente por la doctrina y a menudo es erróneamente entendido por políticos y gobernantes, lo que ha supuesto unos remedios inadecuados, que han ido progresivamente endureciendo y complicando las posibles soluciones al mismo. Aunque el prologuista aconseje leer las conclusiones primero para luego ir al núcleo del libro y ver su justificación ideológica, aquí es necesario ajustarse a los pasos que marca el autor en sus diferentes partes:

A. RESISTENCIA FISCAL Y PSICOLOGÍA FISCAL

Esta primera parte sitúa al lector dentro del fenómeno de la resistencia (fenómeno que es objeto de un derecho legalizado a través del artículo 20 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana de 24 de junio de 1968) fiscal y se trata de buscar la razón por la que la persona se comporta más como individuo que como ciudadano en el campo tributario. Partiendo de la base que señalara CURTIS de que «no hay conducta sin causa», es preciso averiguar la razón de ese comportamiento.

Claro está que la doctrina, más que averiguar las causas, lo que se ha preocupado es de conocer y sistematizar opiniones de indudable utilidad para la política fiscal. Dentro del Derecho Financiero juega poderosamente un factor psicológico, y así debe concluirse con LAURE que el peso de las cargas fiscales que el contribuyente acepta depende en gran medida de la forma en que éstas le son presentadas, de lo que él mismo es consciente, por lo que reclama ruidosamente que se apliquen los artificios adecuados para disminuirle el gravamen, del que sobradamente sabe que no puede escapar. Ello responde a lo que PUBIANT llamó «ilusión financiera». Se concluyen estas primeras páginas con la denuncia del error que supone la utilización del término «carga fiscal». La doctrina ha de forzar, en lo posible, su posición para que políticos y gobernantes tengan plena conciencia del indebido uso que hacen de esta expresión y del impacto negativo que produce al contribuyente.

B. PSICOLOGÍA Y PSICOSOCIOLOGÍA

Difícil sería tratar de ofrecer al lector la gran cantidad de argumentos, teorías y fundamentos que el autor ofrece para justificar cómo la vida psíquica se halla orientada al mundo y cómo la persona experimenta el reflejo del mundo y sus relaciones con él, en su mundo interior e íntimo, que, a su vez, le condiciona. Los efluvios psíquicos, tal como emergen

del interior de la persona, están influenciados y condicionados por el mundo circundante.

Para hacer luz acerca de las causas del comportamiento de la persona, en cuanto se contempla como contribuyente, es preciso penetrar —o, por lo menos, intentarlo— en el complejo entramado de la vida psíquica para conocer su estructura y la dinámica de sus procesos. Por obligada conclusión sabemos que el comportamiento tributario, como integrante del comportamiento humano general, es el resultado final de una serie de procesos psíquicos que culminan en actos, actos que a la luz de la Psicología no tienen por qué llevar necesariamente el marchamo indeleble de la resistencia al pago de impuestos.

C. CONCIENCIA FISCAL Y MENTALIDAD FISCAL

El autor juega con estos dos conceptos partiendo de la siguiente premisa: la conciencia, referida en su sentido de responsabilidad hacia los valores supraindividuales, tiene sentido solamente cuando se refiere a la persona individual. Lo pierde en cuanto se conecta con el grupo, que, como tal, no puede tener vivencias. Lo que puede ocurrir es que la persona piense y actúe de otro modo en grupo que lo haría por separado. De ahí que se distinga entre conciencia y mentalidad, reservando la primera para el individuo, y la segunda, para el grupo.

Después de exponer estas ideas se adentra en los elementos psíquicos que influyen en la formación o modelación de la conciencia fiscal y que, en resumen, se reducen a tres clases de vivencias: las del yo individual, las transitivas y las emocionales. También se examinan dos elementos más que ejercen su influencia: la significación del pensamiento y de la voluntad y la influencia del grupo.

D UNA APLICACIÓN A MODO DE PARÉNTESIS: ESPAÑA

En el examen que el autor hace del panorama ibérico frente al tributo llega a una primera conclusión, y es la de que, en contra de apreciaciones intuitivas bastante generalizadas, la interioridad psíquica del contribuyente español no se halla dominada por el instinto egoísta y que al mismo son aplicables las conclusiones generales alcanzadas en cuanto a la resistencia fiscal.

En la formación de la mentalidad fiscal del español ha tenido decisiva influencia la actitud de los órganos rectores de la comunidad, más preocupados del aspecto recaudatorio que del de justicia, y a tal justificación cita una serie de disposiciones recientes, que sirven para demostrar el desconcertante afán de represión y amnistía, que oculta, en el fondo, un mero empeño recaudatorio (Ley de Reforma Tributaria de 26 de diciembre de 1957; Ley de 20 de diciembre de 1952; Ley de Reforma Tributaria de 11 de junio de 1964; Decreto-Ley de 3 de octubre de 1966; Decreto-Ley de 27 de noviembre de 1967, sobre medidas de paridad de la peseta; Ley de 30 de junio de 1969, y otras más que se citan). Concluye el autor con la afirmación de que mientras se siga confundiendo el sentido de responsabilidad del ciudadano patrio en la esfera tributaria—conciencia fiscal—con el ambiente exterior que prevalece—mentalidad fiscal—subsistirá y se agravará más, si cabe, el problema de la resistencia fiscal. La eliminación de esa confusión debe ser el primer punto de partida.

E. SUPERACIÓN DE LA RESISTENCIA FISCAL

En esta última etapa del libro, el autor encabeza, como conclusión anticipada sobre los medios a emplear para el cambio de la mentalidad fiscal, la de centrar la actuación en dos extremos fundamentales: un ordenamiento jurídico financiero conforme con la idea de justicia, de aplicación tan general como inexcusable, lo que lleva implícito el recto ejercicio de las funciones públicas por parte de los órganos rectores, y una educación fiscal acorde con el concepto del fenómeno tributario en un Estado de Derecho a la altura del tiempo en que vivimos.

De ahí que las dos grandes partes que destina al desarrollo de esta conclusión sean la importancia o relevancia del Derecho Financiero en la formación de un ordenamiento jurídico financiero y la enorme trascendencia que tiene la llamada educación fiscal, en la cual se examina la formación de la personalidad, la educación fiscal en la edad escolar, la del contribuyente y la del funcionario.

En el capítulo de conclusiones se hace un gran alarde de las que el libro en sí contiene, y como en las mismas cabe diferenciar las genéricas de las que se aplican solamente al contribuyente español, sólo a estas últimas nos referiremos. Fundamentalmente hacen referencia a la falta de instinto egoísta en el contribuyente español, la arbitrariedad financiera, la falta de arraigo del impuesto-contribución, la falta de un ordenamiento jurídico-tributario, el constante aumento recaudatorio, la conciencia fiscal está mediatizada por el desarrollo condicionado de la fiscalidad de la nación, falta de visión al enjuiciar al contribuyente español y confusión entre lo que podría llamarse conciencia fiscal y mera manifestación externa de conducta o mentalidad fiscal.

Habíamos hablado en un comienzo del prólogo que a la obra dedica SAINZ DE BUJANDA, y que es un prodigio de atinadas observaciones en torno al problema de la resistencia fiscal, de la función del Derecho Financiero, de la huelga tributaria y de otra serie de problemas que abren la panorámica general al lector que trata de adentrarse en la materia. De otra parte, es preciso apuntar que la obra va precedida de un sumario y seguida de una reseña bibliográfica y alfabética, aparte de un índice de autores y uno alfabético de materias tratadas.

Es obra seria, documentada, densa en algunos puntos, pero creo que muy oportuna para poder encauzar y sentar bases de una futura política financiera a seguir. No sólo es aprovechable para el contribuyente, que descubre las razones de su resistencia, sino para el político, que debe tener muy en cuenta esos factores psicológicos, que pueden ayudar seriamente a la casi eliminación del fraude fiscal. Quizá en este punto de política financiera esté haciendo falta otro «Concilio». Ya va siendo hora de que empecemos a dejar de hablar de amenazas y persecuciones, lo mismo que hemos dejado de centrar el decálogo en el sexto mandamiento.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA: *Diálogos sobre la empresa*.
Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Santiago de
Compostela. Vigo, 1972.

La presente obra, con un total de 217 páginas, viene a recoger las lecciones desarrolladas en el ciclo dedicado a la «Reforma de la empresa», dentro de las actividades del Curso Universitario de Verano de Vigo.

La primera lección que el libro nos ofrece es la del catedrático señor CREMADES SANZ PASTOR haciendo la presentación del Curso. En dicha presentación indica que la finalidad única y principal del Curso es dialogar sobre ese complejo institucional que lleva consigo el devenir productivo: la empresa.

La segunda razón que resalta la importancia de las reuniones celebradas es la de encontrarse en la tribuna catedráticos de muy diferentes disciplinas, lo que permite un rico diálogo desde muy diversos puntos de vista.

De entrada pone reparos al mismo título del Curso que inaugura. Más que de reforma de la empresa, cree que debiera hablarse de aproximación a un nuevo derecho de la empresa.

La empresa, para él es sustancialmente «una organización de medios y personas en el logro de un mismo fin: producir para el mercado».

En cuanto a la reforma del empresariado español, destaca cómo la empresa apareció en el marco del Derecho como el conjunto de actividades del empresario recibiendo, en primer lugar, por tanto, un tratamiento subjetivo. Sin embargo, no tardó en hacerse sentir la necesidad de dar una dimensión objetiva a la actividad empresarial. Posteriormente llega incluso a difuminarse la figura del propio empresario.

Se siente la necesidad de modificar la regulación de la actividad productiva para difuminar el absoluto protagonismo del empresario.

La reforma de la empresa como modificación del empresario cristaliza fundamentalmente en deseos de modificar el Derecho de Sociedades.

Aborda también el complejo problema del encuadramiento jurídico de la organización empresarial, poniendo de manifiesto cómo el tratamiento de la empresa ha desbordado al sector que originariamente pudo ocuparse de ella.

Inmediatamente después se refiere a la acción sindical de la empresa, cuyo sentido varía según la concepción que se tenga de ésta.

Por otra parte, viene a decirnos que la repercusión pública de la actividad empresarial debe ser tenida en consideración en el intento de elaborar un nuevo Derecho de la empresa. Esto no puede limitarse en la actualidad, según afirma, a una mera reforma del empresariado social. Debe abarcar, muy por el contrario, todas las perspectivas desde las cuales se interesa el ordenamiento jurídico por la organización que la empresa constituye.

Da especial relieve al protagonismo, que cristaliza en la seguridad social, fenómeno social de nuestros días, destacando que frente a quienes sostenían la necesidad de mantener por todos los medios el pleno empleo a costa de la empresa se inicia el camino de coordinar la posibilidad de prescindir en determinados casos de ciertos trabajadores, pasando éstos a disfrutar de las prestaciones dispensadas por la seguridad social para el caso de desempleo.

Finalmente se refiere a la meta a lograr formulando una serie de preguntas, que deja abiertas a las ponencias presentadas por los ilustres participantes en el Curso.

El profesor ALONSO GARCÍA, catedrático también de Derecho de Trabajo, aborda una de las perspectivas que plantean los aspectos y repercu-

siones de la reforma del empresariado social. El título de su conferencia versa sobre los «Problemas que plantea, desde el punto de vista laboral, la denominada Ley de Cogestión».

Tras unas consideraciones previas entra en el planteamiento y exposición de las cuestiones, que aparecen rotuladas bajo la denominación genérica apuntada al señalar el epígrafe de su conferencia.

El régimen de participación del personal en la administración de las empresas que adopten la forma jurídica de sociedades fue establecido en nuestro ordenamiento por la Ley de 21 de julio de 1962, desarrollada tres años más tarde por el Decreto de 15 de julio de 1965, disposiciones ambas que constituyen el régimen jurídico básico en la materia que ahora nos ocupa, lo cual no significa que deban ignorarse otras normas sin cuya consideración dicho régimen resultaría incompleto o incomprensible.

La normativa sobre el régimen de participación del personal, que consagran las dos disposiciones mencionadas como básicas, no carece de antecedentes inmediatos ni está exenta de razones; de aquí que el autor considere interesante analizar tanto los antecedentes como las razones indicadas, con la finalidad de determinar incluso la validez de las conclusiones a que, en su caso, pueda llegarse.

Otro problema o punto que aborda es el de la evolución y transformaciones de la empresa. No se trata con la formulación del enunciado precedente—dice—de trazar un análisis acerca de los diversos planteamientos históricos, sino que simplemente quiere poner de manifiesto una serie escalonada de hechos, cuya significación dogmático-jurídica explica, en gran parte, las medidas que en los distintos ordenamientos han servido de cauce para viabilizar, con mayor o menor fortuna, el objetivo de la participación del personal en la administración y gestión de las empresas.

Dentro del epígrafe «evolución y transformaciones de la empresa», dos son los apartados que podemos contemplar.

1. La separación de titularidad y gestión.
2. La evolución de los poderes empresariales.

Lo cierto es—continúa afirmando el profesor ALONSO GARCÍA—que, por unos u otros caminos, con mayores o menores limitaciones, el resultado a que conduce una política de participación del personal es siempre el mismo: disminución del poder del capital; debilitamiento de las estructuras jurídicas tradicionales sobre las cuales la empresa se ha montado en su desarrollo, tal y como éste se considera en una organización económica capitalista, y limitación de los poderes del empresario como elemento organizador y factor de coordinación de los diversos componentes de la empresa, sobre todo en lo que respecta a su estimación como titular de unas potestades radicadas en la naturaleza de su función, pero procedentes de manera inmediata del nombramiento de los titulares del capital».

En su conferencia también se refiere el autor a la naturaleza y carácter de los representantes del personal.

Las normas sobre participación del personal en la administración de las empresas que adopten la forma jurídica de sociedades contienen un mandato esencial, según el cual, en el caso de hallarse dichas sociedades administradas por consejos u organismos similares, «incluirán en dicho organismo administrador una representación del personal que en ellas trabaje».

La cuestión así planteada le conduce de lleno a determinar primero el carácter de los órganos de administración de las sociedades de capital, examinando la significación de los administradores en la Ley de Sociedades Anónimas.

El problema adquiere especial relevancia, ya que de cuál sea la naturaleza de los consejeros representantes del personal ha de concluirse

igualmente si su participación debe entenderse alcanza no solamente a los actos de gestión, sino también a los de representación del Consejo de Administración.

Posteriormente se refiere a la significación de los representantes del personal, destacando las dos siguientes posturas extremas aceptables en el plano doctrinal:

a) Conceptuar a los representantes del personal como consejeros o administradores de igual naturaleza que los del capital, a los cuales procedería aplicar idéntico régimen jurídico que a éstos.

b) Estimar, por el contrario, que los representantes del personal cubren un doble objetivo, del cual arrancaría una posible doble condición, ya que, por un lado, son miembros del Consejo, y por otro, al ser designados por el personal, forzosamente han de seguir las directrices de quienes les designan.

ALONSO GARCÍA indica que el régimen jurídico aplicable a los representantes del personal permite hablar de una solución propia, notablemente individualizada, en el Derecho español. A su juicio, los representantes del personal tienen la misma naturaleza jurídica que los restantes miembros del Consejo de Administración, si bien su condición de miembros de un órgano social no autoriza a desconocer la serie de circunstancias específicas que en cuanto a diversos extremos: origen, forma de designación, responsabilidades determinadas, causas de cesación, etc., en ellos concurren.

Sentada la precedente conclusión, considera importante precisar en qué medida la participación regulada por la Ley de 1962 es una participación restringida o, por el contrario, sin más limitaciones que las establecidas por la Ley de Sociedades Anónimas en relación con los administradores.

Sobre este punto cree que la estimación que de estos representantes del personal puede hacerse es la de verdaderos administradores, «con idénticas facultades y deberes que los representantes del capital» en el ejercicio de sus funciones, ostentando tal condición, sin embargo, limitadamente, no por razón de naturaleza, sino a virtud de las circunstancias concurrentes en los mismos.

A continuación habla de la responsabilidad de los consejeros representantes del personal, cuestión cuyo planteamiento exige dilucidar previamente el problema general relativo a la responsabilidad de los administradores de la sociedad, para después ver si la responsabilidad establecida en la Ley de Sociedades Anónimas con respecto a los administradores alcanza también a los consejeros representantes del personal.

Las funciones de los representantes del personal son también objeto de especial consideración. Dichas funciones son examinadas en un triple aspecto:

a) Como miembros del órgano de administración de la empresa.

b) Como vocales del jurado de empresa.

c) Como enlaces entre el organismo administrador de la sociedad y el jurado de empresa.

Por otro lado, ALONSO GARCÍA dedica parte de su conferencia a las condiciones para la validez de los acuerdos de los organismos administradores suscitados por el régimen jurídico sobre participación del personal, dando punto final a su ponencia con la exposición de otros problemas surgidos de la Ley de 1962, tales como los concernientes al ámbito de aplicación, naturaleza del acuerdo de aplicación del sistema en empresas legalmente no obligadas, posición de los representantes del personal como miembros del jurado de empresa y despido de los representantes del personal.

El catedrático de Derecho Mercantil AURELIO MENÉNDEZ MENÉNDEZ también aparece en las hojas del libro con su conferencia titulada «Algunas preguntas sobre la reforma de la empresa». Para él, la reforma de la

empresa se presenta como una tarea llena de dificultades y la cuestión está en saber hasta qué punto, es decir, hasta qué límites es compatible la reforma de la empresa por la vía de la participación en los beneficios, y muy especialmente por la vía de la participación en la gestión, con el sistema económico vigente. A su juicio, la reforma de la empresa no es más que una muestra de movimientos sociales más profundos, que anuncian una nueva mentalidad.

El también profesor VELARDE FUERTES dedica su conferencia al tema «La experiencia de gestión obrera en la España de 1936-1939». Nos ofrece una documentación extensa de lo ocurrido, tanto en el tiempo como en el espacio, examinando al mismo tiempo el original sistema creado por el espíritu anarcosindicalista en España en el período 1936-1939.

JOSÉ VIDA SORIA, catedrático de Derecho de Trabajo, trata de la «Acción sindical en la empresa». Tras una introducción, en la que pone de manifiesto que acción sindical en la empresa significa, ni más ni menos, que «el conjunto de problemas que tiene planteados el sindicato obrero en orden a la consideración y replanteamiento de su acción y de sus objetivos, que están condicionados por la nueva fisonomía y la nueva dinámica de las unidades empresariales», se refiere a la acción sindical y la empresa, ofreciéndonos un planteamiento general, para después exponer un resumen y planteamiento crítico y terminar con la especial referencia a la situación en la realidad española.

Otro tema tratado es el de la «Problemática de la participación en el valor creado en la empresa». El ponente sobre el tema es el catedrático sobre Economía y Hacienda Pública, CARLOS OTERO DÍAZ.

Considera conveniente destacar como condición de partida que en cualquier discusión sobre problemas distributivos se entremezclan de forma más o menos explícita tres puntos de vista totalmente distintos: el punto de vista puramente económico o análisis de lo que tiene que ocurrir en función de los datos de base; el punto de vista político o enjuiciamiento de lo que tiende a suceder en función de las instituciones sociales, y el punto de vista jurídico, que se propone lo que debe ser apuntando hacia la idea de justicia.

Desde el ángulo estrictamente económico, el problema de la distribución radica en investigar las causas que determinan las proporciones en que se divide el valor creado por la empresa entre los que participan en su creación.

Al final de su conferencia afirma que «frente a lo que podíamos llamar leyes primarias, que rigen la distribución del valor creado, existen una serie de remedios tendentes a la nivelación de rentas, que pudieran agruparse en medios de actuación directa y métodos de actuación indirecta. Las políticas de acción directa engloban todas las variadas técnicas de redistribución, en las que hay que incluir las distintas clases de transferencias, el sistema fiscal y la seguridad social.

Las políticas de actuación indirecta tratan de remover las causas que determinan las situaciones de preeminencia, como, por ejemplo, reducir el grado de monopolio, mejorar la estructura de la empresa y del sistema económico en su conjunto, arbitrando instituciones, como los sindicatos, que tiendan a compensar el poder de la parte más fuerte y fortalecer así la capacidad de negociación del factor trabajo».

El último trabajo reflejado en el presente libro es el concerniente al «Dinamismo de la Seguridad Social», ofrecido por MANUEL ALONSO OLEA, catedrático de Derecho de Trabajo.

Comienza diciendo que quizá, a los efectos de su exposición, convendría hablar más de «dinamismo del Derecho de la Seguridad Social» que del «dinamismo de la Seguridad Social».

Cita numerosas disposiciones promulgadas en materia de seguridad

social desde finales de 1969, como prueba del evidente dinamismo del Derecho de la Seguridad Social.

A su juicio, resulta quizá más significativo aún, a los efectos de su conferencia, la contemplación de un precepto único, tradicional, por lo demás, en nuestro Derecho de la Seguridad Social, y contempla cómo se sigue explayando en él su jugoso contenido y la realidad jurídica que en él se define.

Se refiere a la definición del accidente de trabajo, hoy contenida en el artículo 84 de la Ley de Seguridad Social, que ha heredado un texto sustancialmente inmodificado desde Ley primera de accidentes, Ley de 30 de enero de 1900.

El accidente de trabajo es la lesión corporal que el trabajador sufre con ocasión o por consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena. Multitud de decisiones de los Tribunales Superiores, Supremo y Central de Trabajo han interpretado esta norma, cuyo contenido parecería, en consecuencia, como si debiera estar definitivamente agotado. Es el caso, sin embargo—continúa diciendo el profesor ALONSO OLEA—que siguen apareciendo nuevos supuestos de hecho, a alguno de los cuales se refiere, llegando de esta forma a dar punto final a la obra hoy reseñada.

CARLOS MARÍN ALBORNOZ

Acta de las sesiones de trabajo celebradas por las Comisiones de Estudio del I Simposio sobre Propiedad Horizontal. Organizado por las Cámaras de la Propiedad Urbana de la Zona de Levante. Valencia, octubre de 1972.

Llega a mis manos una publicación que supera las cien páginas y en la que se contiene el resumen de los estudios de las siete comisiones y de sus conclusiones en ese I Simposio sobre Propiedad Horizontal. Por la trascendencia que para el aspecto urbanístico representa este cambio de ideas y conclusiones de los asistentes a la reunión y por la repercusión que todo ello puede tener en un futuro traemos a estas páginas la publicación, que no sólo está cuidada, sino que tiene una especie de «andadores» para el lector que no quiera molestarse en sintetizar ideas: marginalmente va colocándose la materia de que trata cada párrafo o cada conjunto de ellos.

El I Simposio (palabra ésta que particularmente me hace tanta gracia como los nombres de ciertos pueblos y ciudades españolas: Los Santos de Maimona, San Nicolás de Tolentino, Tamarite de Litera, Almunia de Doña Godina y Melgar de Fernamental) se celebró en Valencia y a sus sesiones acudieron la totalidad de sus miembros, concurriendo también la mayor parte de los juristas que aportaron sus comunicaciones y un gran número de profesionales del Derecho en el campo del Notariado, la Abogacía y los Registradores de la Propiedad, así como los Letrados de las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana. Las sesiones fueron presididas por el vicepresidente de la Cámara, don José Mora y Ortiz de Taranco; por el de la Cámara de Madrid, don Antonio Rosillo Herrero, y por los señores presidente y vicepresidente del Comité Técnico del Simposio, don Fernando Monet Antón, decano del Colegio Notarial de Valencia, y don Luis Díez-Picazo y Ponce de León, catedrático de Derecho Civil de la Universidad, actuando como secretario de actas don Carlos Villena y García, Registrador de la Propiedad.

He dudado de cuál de los dos sistemas sería más útil en esta recensión: si ofrecer una síntesis de cada punto tratado en cada comisión o copiar literalmente las conclusiones finales. He optado por un camino intermedio o ecléctico: sintetizar lo resuelto por cada comisión y al final dar también una síntesis de las conclusiones. Para ello es preciso ir distinguiendo materias:

A. PRESUPUESTOS SOCIOLOGICOS, TÉCNICOS Y ECONÓMICOS

Se destacan los presupuestos que con mayor influencia han concurrido en el desarrollo de la propiedad horizontal y que pueden ser estimados como objetivos y subjetivos: la gran demanda de viviendas, la organización comercial de empresas constructoras, el éxodo del campo a la ciudad, etc. La propiedad horizontal es un instrumento idóneo a las necesidades y aspiraciones en materia de vivienda, pero es preciso señalar que no se ha utilizado con los resultados óptimos que podrían obtenerse de su aplicación, entre otros factores, por el predominio del espíritu mercantil en la materia.

B. COMUNIDADES DE CONSTRUCCIÓN Y OTRAS FORMAS DE ACCESO A LA PROPIEDAD HORIZONTAL

En forma un tanto concisa van sucesivamente apareciendo ante el lector una serie de manifestaciones que originan la propiedad horizontal, como la comunidad de propietarios y el problema de los incrementos de construcción en virtud del ejercicio de los derechos de mayor elevación, problema que trata de resolver la ponencia por medio de una fórmula que permita la constitución de la propiedad horizontal desde su origen sin situaciones intermedias. También se examina la construcción para venta a terceros y edificación por cooperativas, necesitándose en este último caso una coordinación de legislaciones entre el cooperativismo y las viviendas de protección oficial. Igualmente se apunta el problema de la propiedad horizontal en forma de sociedad anónima y el de apartamentos, con escisión entre su dominio y su uso, caracterizado éste por su fungibilidad. También se afrontan los problemas de la extinción de la copropiedad, la constitución de propiedad horizontal en caso de casas arrendadas y la fundamental figura del cambio o permuta de solar por obra.

C. LOS ELEMENTOS OBJETIVOS DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL

Se parte de una idea primordial que supera la de la tradicional configuración del edificio como casa y aun como construcción unitaria compuesta de una o más plantas, para sustituirlo por un criterio funcional y de destino, dentro de cuyo complejo contenido—como objeto de la propiedad horizontal—tienen cabida sus distintos elementos privativos, comunes y especiales, destacándose entre estos últimos los llamados «procomunales» y los anejos, y ensamblándose todos ellos como un todo complejo, al que la Comisión denomina «unidad orgánica de edificación». Boreamos el párrafo dos del artículo 8 de la Ley Hipotecaria en su proyección agrícola.

Sobre estas bases se acepta la denominación de «departamentos» para designar a las partes privativas. Se van sucesivamente examinando los elementos comunes de difícil precisión y que deben ser aclarados en su problemática acudiendo a principios generales (relaciones de recíproca

dependencia, inseparables, no renunciables, indivisibles y con *numerus apertus*), determinando sus clases (inmuebles, muebles, servicios y derechos) y una enumeración de algunos (suelo, vuelo, cuotas y, sobre todo, el problema de los departamentos procomunales y anejos), así como la problemática del edificio en construcción, la parcela aérea como objeto de derecho y su inscripción registral.

D. NATURALEZA Y CONTENIDO

Las ponencias sobre este punto inciden en la idea de que estamos ante una «institución jurídica», frente a la cual su construcción puede realizarse de las siguientes formas: *a)* La teoría de la servidumbre, que ve en la propiedad horizontal un conjunto de titularidades separadas dentro de un entramado de servidumbres recíprocas, que recuerdan la figura clásica de la *oneris ferendi*. *b)* Teoría de la copropiedad, que cuenta con calificadas adhesiones doctrinales, que consideran a la propiedad horizontal como una institución de condominio y como una subespecie de la comunidad dentro de la más amplia esfera de la propiedad urbana. Dentro de esta tesis existe la postura colectivista de la plural titularidad de los condominios y la dualista que distingue entre cosas de exclusiva propiedad, cosas en comunidad y cosas comunes en forzosa indivisión. *c)* La teoría de la interposición de un ente colectivo que supone una especie de mediación entre la propiedad y el uso y disfrute de los apartamentos o pisos, bien mediante la figura de una cooperativa o de una sociedad o compañía. *d)* Teoría del derecho de superficie, que la Comisión rechaza por la condición temporal del derecho de superficie y otras razones jurídicas. *e)* Teoría de la propiedad especial, que supone una propiedad independiente, pero sometida a unas cargas y obligaciones mutuas, tiene ciertas variantes, como las de signo asociativo o sobre objetos en conexión, propiedad plena sobre cada piso e indivisa sobre los elementos comunes, y la que podemos llamar institucional de la propiedad horizontal, considerando a la misma como compleja, en la que se integran elementos de la propiedad, del condominio de la servidumbre... Por último, se señala la construcción particular de la doctrina notarial, que evidencia la existencia de una propiedad exclusiva sobre una porción materialmente determinada del inmueble, y de otro, sobre el resto de la finca, dando la impresión de una pluralidad de derechos interdependientes que se comparten sobre el mismo edificio.

Siguiendo con la naturaleza no de la propiedad horizontal, sino con la de cada piso, se concluye aceptando la expresión legal de que existe un derecho de propiedad singular y exclusivo sobre cada piso o local. Se perfila el objeto desde el punto de vista conceptual, físico y de carácter accesorio, así como el de ser susceptible de aprovechamiento independiente.

Respecto al contenido de la propiedad privada se van examinando los derechos de disposición no sólo sobre el piso o local, sino sobre la cuota, la posibilidad de pacto de los derechos de adquisición preferente, la interferencia de retractos legales en los casos de pisos en proindivisión ordinaria o hereditaria, las limitaciones al derecho de propiedad privada (*a)* en cuanto al arrendamiento; *b)* en cuanto al uso y disfrute de la cosa objeto del dominio; *c)* en cuanto a los gravámenes, estudiándose preferentemente el derecho de hipoteca en relación con los elementos procomunales, y *d)* en cuanto a la renuncia y abandono), las facultades de modificación y los límites del dominio (legales, generales, de vecindad, administrativos y convencionales o estatutarios).

Las dos últimas cuestiones que estudia detenidamente esta comisión

son las referentes a la propiedad de los elementos comunes y a la naturaleza de las obligaciones derivadas de la propiedad horizontal. Ambas cuestiones ofrecen singular interés no sólo por la trascendencia que la cuota representa en la organización comunitaria, sino por las repercusiones en relación a los gastos y responsabilidades con sus diversas variantes.

E. EL TÍTULO DE CONSTITUCIÓN, LOS ESTATUTOS Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Respecto del título de constitución se examinan las diferencias que el mismo plantea con los estatutos y las normas de régimen interno, y al hablar de las clases de títulos distingue entre los *inter vivos* (constructor único, extinción de condominio, obra nueva con extinción de condominio y adjudicación a cada condominio de cada propiedad separada y la fórmula de que cada comunero contribuye a la edificación dentro de un régimen de propiedad horizontal existente durante la construcción) y *mortis causa*. Se estudia la naturaleza jurídica del título constitutivo en torno a su carácter dispositivo o como acto de administración, como negocio jurídico o como negocio dispositivo configurativo. El trabajo se completa en materia de título examinando los elementos personales del mismo, que presentan singulares variantes al considerarlo como negocio dispositivo; los elementos reales, que imponen la diferenciación entre el edificio en sí; los pisos o locales sobre los que recae la propiedad separada, y los elementos comunes para el adecuado uso y disfrute del complejo objeto de la propiedad horizontal. Respecto a los elementos formales, se distingue entre la situación de propiedad horizontal creada por un acto jurídico, que tiene como consecuencia la plural titularidad separada; el contrato de propiedad, que nace de un negocio entre las partes, dirigido a crear unas obligaciones, y el título notarial inscrito en el Registro de la Propiedad, que tiene carácter constitutivo.

Tres últimas materias se estudian en esta parte: los estatutos, cuya regulación no es preceptiva, sino simplemente supletoria (presentando numerosos problemas su modificación); el derecho transitorio (que divide las propiedades horizontales según estén o no inscritas), y la inscripción de la propiedad horizontal en el Registro. Desde este último punto de vista, la Comisión expone que la propiedad horizontal inscrita consiste en la constatación tabular de un negocio jurídico caracterizado por la pluralidad de titulares y por la especialidad de su objeto, que da lugar a la constitución de una propiedad sometida a régimen especial, que regula el fenómeno complejo de una propiedad ordinaria sobre los pisos o locales de un edificio en conexión con la propiedad recayente sobre el edificio entero y sus elementos comunes, con la fijación necesaria de una cuota centesimal, y cuya inscripción registral la reviste de efectos *erga omnes*.

Creo que merecería una recensión especial toda esta parte, destinada a tan delicado asunto, en el que, como hemos visto, se parte de que la inscripción supone una «constatación tabular de un negocio jurídico», y en la que se abordan cuestiones tan serias como el problema del doble folio y su interdependencia, rogación, legitimación, tracto, personalidad de la comunidad, fe pública, prioridad, actos inscribibles, derecho de superficie, régimen sucesorio, derecho de elevación, permuta de solar por obra, concordancia registral, inexactitud, estatutos, modificaciones, etc.

F. ORGANOS DE GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN

El informe de la Comisión sobre este importante punto de la propiedad horizontal manifiesta la dificultad del mismo durante los períodos de preconstitución y construcción del edificio, así como de la multiplicidad de hechos, que impiden reducir a un tratamiento unitario la materia. Se estudian los supuestos de intervención de los definitivos interesados, el supuesto de cambio de suelo por vuelo, el constructor único y los adquirentes privados, la construcción colectiva y el sistema de autoconstrucción. Especialmente se estudia el problema jurídico e hipotecario del propietario único.

Por lo que se refiere a los órganos rectores de la comunidad ya constituida, que exige las máximas garantías de autenticidad y legitimidad, se hace precisa una fórmula que garantice la legalidad de los acuerdos iniciales. Se adopta como posible solución el sistema de juntas más flexibles, distinguiéndose entre las rectoras y las comisiones delegadas. Por último, se estudia el problema de la administración, planteándose la necesidad de órganos profesionales de gestión, aportaciones de las Cámaras de la Propiedad y estableciéndose una mayor gradación de sanciones ante prohibiciones infringidas. Se hace referencia a la impugnación de acuerdos, a la necesidad de unificación de procedimientos, a la conciliación obligatoria y a la intervención de las Cámaras de la Propiedad.

G. URBANIZACIONES Y OTROS COMPLEJOS DE EDIFICACIÓN

La problemática que trata de resolver la Comisión es la de si el régimen de propiedad horizontal es aplicable también a otros supuestos que no sean las propiedades por pisos o, lo que es lo mismo, a la generalización del sistema a otros diferentes casos. Se concluye que, a pesar de la normativa legal que parece restringir el supuesto al caso de edificio único, la ponencia no comparte este sistema restringido, pero va matizando una serie de supuestos que pueden entrar dentro del régimen y otros quedar excluidos fuera del mismo.

Van apareciendo ante el estudioso los casos del edificio único o de los edificios superficialmente limitados en cuanto a la ocupación parcial del solar o con aprovechamiento diferenciado de tal solar como elemento común; el supuesto de solar gravado con una servidumbre de luces, vistas y paso; el caso del derecho de superficie, de una desmembración censal o de la concesión de un derecho de vuelo. También se consideran los supuestos de casas empotradas o a caballo, a los que se considera inaplicable el sistema de propiedad horizontal; el inmueble formado por varios edificios; los edificios independientes sobre solar comunitario, y el problema de las urbanizaciones privadas.

H. ESTADÍSTICA Y FISCALIDAD EN LA PROPIEDAD HORIZONTAL

La idea que preside el informe de esta Comisión radica en el hecho de que actualmente se ha llegado a la sustitución de la casa-vivienda por el edificio de pisos, y el abandono del hogar rural por el departamento en el ámbito de la ciudad. La proporción entre las viviendas destinadas a la venta y las construidas para su alquiler ha dado lugar a un tremendo desequilibrio en favor de aquéllas, que sólo ha sido paliado de una forma transitoria cuando en los cupos fijados para la construcción de viviendas de protección oficial se ha concedido preferencia al sector arrendaticio;

pero cuando tales motivos coyunturales desaparecieron, se ha producido una drástica recesión en la construcción de viviendas para arrendar. También se pulsa, a efectos estadísticos, la figura de la hipoteca y la problemática del precio aplazado como figura de garantía.

En el aspecto fiscal se recorre la tabla de nuestros impuestos y contribuciones (¿realmente cabe distinguir entre impuestos y contribuciones? No me refiero a su aspecto técnico, sino a su repercusión social y psicológica: ¿el impuesto no es una contribución del ciudadano?), y así se examina el de transmisiones patrimoniales, actos jurídicos documentados en relación con las diferentes operaciones a que dan lugar los distintos supuestos. También se hace referencia al arbitrio de plusvalía (auténtica amenaza municipal, que llega cuando la euforia de la adquisición se ha disipado), la contribución territorial, el impuesto de tráfico de empresas, etc.

I. CONCLUSIONES

Son nueve—sin llegar a los diez del Decálogo—los puntos en los que se basan las conclusiones de este I Simposio. De la afirmación inicial de que la Ley de Propiedad Horizontal actual puede estimarse como «satisfactoria y adecuada» se pasa luego a puntualizar sus defectos y sus lagunas, sin perjuicio de anticipar que es preciso fomentar este sistema social de multiplicación del número de propietarios. Dogmáticamente no se han logrado unos perfiles definitivos. Se hace necesaria una regulación legal más precisa del llamado apartamento procomunal. Es aconsejable que la propiedad horizontal sea escriturada públicamente y que su inscripción sea obligatoria en el Registro de la Propiedad. Se notan inseguridades en los períodos de preconstitución y construcción del edificio en propiedad horizontal. El procedimiento al que se remite la Ley de Propiedad Horizontal en determinados supuestos es inadecuado. Se exige una normativa similar a la de la propiedad horizontal para regular las urbanizaciones privadas. Es preciso refundir la legislación fiscal, reducir los tipos impositivos y conseguir una tabla más amplia de exenciones.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

REVISTAS

•

5

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Abril-junio

Apuntes críticos al Derecho español de la concentración de empresas, por Enrique de la Torre Martínez y José Luis Villar Ezcurra, páginas 395 a 474.

Las obligaciones facultativas en el Derecho español, por José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez, páginas 475 a 538.

La habilitación de edad, por José Manuel Lete del Río, págs. 539 a 548.

El domicilio, por Rafael Alvarez Vigaray, págs. 549 a 573.

REVISTA DE DERECHO FINANCIERO Y HACIENDA PUBLICA

Septiembre-octubre

Nuevo régimen fiscal de Canarias, por Jaime Basanta, págs. 893 a 896.

Financiación de viviendas de protección oficial, por Tomás Fernández de Pinedo, págs. 897 a 902.

Deducción de honorarios a profesionales, por José María Martín Oviedo, págs. 903 a 904.

Convenios fiscales, por Tomás Fernández de Pinedo, págs. 905 a 912.

Comentario al III Plan de Desarrollo, por José María Guitián de Lucas, págs. 913 a 933.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Abril-junio

La posición del asegurador privado ante las nacionalizaciones del sector, por Ramón Martín Mateo, páginas 153 a 190.

Los efectos extraterritoriales de las Leyes contra las prácticas restrictivas de la competencia, por Oriol Casanovas y La Rosa, págs. 191 a 217.

Problemas actuales del Derecho de Sociedades, por Luis Fernández de la Gándara, págs. 221 a 244.

La tasación pericial en los seguros de daños, por Fernando del Caño Escudero, págs. 245 a 255.

REVISTA DE DERECHO NOTARIAL

Enero-marzo

Posibles reformas en la reglamentación del instrumento público, por Pedro Avila Alvarez, págs. 13 a 54.

La unidad de acto, por Aurelio Díez Gómez, págs. 55 a 86.

La permuta en el Derecho egipcio (estudio crítico de ciertos papiros), por José Luis Merino y Hernández, págs. 87 a 108.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Octubre-noviembre-diciembre

Aspectos técnico-jurídicos del planeamiento, por Francisco Perales Madueño, págs. 13 a 28.

Expropiaciones urbanísticas, por Angel Mingo de Miguel, págs. 29 a 60.

Algunos problemas en materia de licencias municipales de edificación, por Rafael Gómez-Ferrer Morant, págs. 61 a 79.

REVISTA DE ESTUDIOS AGRO-SOCIALES

Abril-junio

Derecho Agrario y Reforma Agraria, por Alberto Ballarín Marcial, páginas 15 a 30.

El mundo rural y la novela iberoamericana contemporánea, por Andrés Amorós Guardiola, págs. 31 a 52.

Las nuevas tendencias de la Reforma Agraria en Iberoamérica, por Marcelino Gavilán Estelat, págs. 53 a 70.

Obstáculos para el desarrollo rural en Iberoamérica y España, por José Vergara Doncel, págs. 71 a 86.

Situación presente y perspectivas de los mercados mayoristas en América latina, por Leandro Castro Rodríguez, págs. 87 a 100.

Problemas del desarrollo económico en la zona nordestina brasileña, por Rafael Alvargonzález Cruz, páginas 101 a 150.

La estructura comunal en las Reformas Agrarias de Iberoamérica, por Manuel Lizcano, págs. 151 a 154.

La integración económica latinoamericana, por Ramón Tamames Gómez, págs. 155 a 168.

Justicia agraria en Iberoamérica, por Antonio Agúndez Fernández, páginas 169 a 184.

REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

Noviembre

Los créditos documentarios, por Teresa Puente Muñoz, págs. 557 a 628.

Sobre la propiedad intelectual, por Carlos Onecha Santamaría, páginas 629 a 639.

Diciembre

Cuatro notas sobre las sociedades anónimas y su tratamiento penal, por José María Martínez Val, páginas 685 a 700.

El nuevo delito de cheque en descuento (art. 563 bis, b), del Código Penal, por Gonzalo Quintero Olivares, págs. 701 a 759.

Enero

Notas para un concepto de la Filosofía del Derecho, por José María Martín Oviedo, págs. 7 a 54.

Bases para articular el estatuto del menor trabajador (apéndice de derecho del menor a la Ley de Contrato de Trabajo), por Luis Mendiábal Osés, págs. 55 a 81.

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Octubre-noviembre

La contaminación de las aguas residuales, sus problemas y régimen

jurídico administrativo (conclusión), por Eduardo Roca Roca, páginas 938 a 959.

Diciembre

El recurso de nulidad contra el laudo arbitral, por Alfonso Pérez Gordo, págs. 1122 a 1160.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

Noviembre

La denominada acumulación de responsabilidades contractual y aquiliana, por Juan Sánchez Vázquez, págs. 965 a 986.

Acerca de la legitimación ejecutiva de los herederos del aceptante de

la letra de cambio, por Luis Alonso Prieto, págs. 987 a 990.

Diciembre

Las donaciones con pactos especiales, por José Menéndez, págs. 1055 a 1080.

El contrato de arrendamiento rústico protegido, por Valentín Rodríguez y Vázquez de Prada, páginas 1080 a 1086.

Enero

La resolución del Consejo de Europa sobre la edad de la plena capacidad jurídica, por José María Castán Vázquez, págs. 3 a 6.

El patrimonio de los hijos sometidos a la patria potestad, por Mariano Alonso Pérez, págs. 7 a 39.

