

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González y Martínez

Año XLV * Julio-Agosto 1969 * Núm. 473

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE :

Excmo. Sr. D. Ramón María Roca Sastre.

CONSEJEROS :

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; y

Ilmo. Sr. D. Narciso de Fuentes Sanchíz.

CONSEJERO-SECRETARIO Y JEFE DE REDACCIÓN :

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

SECRETARIO DE LA REVISTA :

Sr. D. Fernando Muñoz Cariñanos.

Dirección: General Mola, 72.—Madrid-6.—Teléf. 2 25 53 16.

Precio: 200 pesetas al año.

Número suelto: 50 pesetas.

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

Depósito legal: M. 968.—1958

SUMARIO

	<u>Págs.</u>
ESTUDIOS:	
“Planteamientos políticos de la legislación desamortizadora”, por FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE	873
“Acceso diferido a la propiedad de la vivienda”, por JOSÉ- LUIS DE LOS MOZOS	963
“La prescripción de las aguas públicas”, por DIEGO MORENO HERRERA	985
NOTAS:	
“La subrogación real en la concentración parcelaria”, por JOSÉ LUIS MERINO HERNÁNDEZ	1009
VIDA JURIDICA:	
“Derecho Sucesorio comparado” (Conflictos de Leyes en ma- teria de sucesiones), de VICENTE-LUIS SIMÓ SANTONJA, por VICENTE ESPERT	1039
JURISPRUDENCIA:	
Resoluciones y Sentencias:	
I.—Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, TIRSO CA- RRETERO GARCÍA y EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO	1051
II.—Sentencias del Tribunal Supremo:	
Jurisprudencia Civil, por BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ, EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO, JOSÉ CERDÁ GIMENO y FRANCISCO CASTRO LUCINI	1079

	<u>Págs.</u>
LIBROS:	
“La nave in costruzione” (Contributo ad una teoria dei beni), de GIACINTO AURITI, por JOSÉ CERDÁ GIMENO	1123
“El régimen de evaluación global”, de JUAN BARRIOS DE FRU- TOS, por JOSÉ MENÉNDEZ	1127
“Teoría y práctica de la reparcelación”, de ANTONIO CAR- CELLER FERNÁNDEZ, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ	1128
“Impuesto sobre los rendimientos del trabajo personal”, de GUTIÉRREZ DEL ALAMO, por JOSÉ MENÉNDEZ	1132
REVISTAS:	1135

ESTUDIOS

Planteamientos políticos de la legislación desamortizada

SUMARIO: I. Introducción (núm. 1).—II. El reformismo agrario de los ilustrados y la legislación desamortizadora de Carlos III (núms. 2, 3, y 4).—III. Las tribulaciones y apuros fiscales de un osado y omnipotente político llamado Godoy (núms. 5, 6 y 7).—IV. De Godoy a Mendizábal, pasando por Cádiz (núms. 8, 9, 10, 11 y 12).—V. Mendizábal como símbolo y Flórez Estrada como obstáculo (núms. 13, 14 y 15).—VI. La etapa final de la desamortización eclesiástica (núms. 16 y 17).—VII. La Ley Madoz de 1 de mayo de 1855 (núms. 18, 19, 20 y 21).—VIII. Consideraciones finales (números 22 y 23).

I.—INTRODUCCIÓN

1. Dos historiadores que recientemente han publicado sendos e importantes trabajos sobre la desamortización coinciden entre sí al afirmar un hecho cierto: que el fenómeno desamortizador está poco estudiado (1). Sin embargo, también es verdad que en la actualidad hay varios investigadores ocupados en esta tarea, trabajando principalmente desde el punto de vista de la economía (2). Dada la dificultad de construir la historia económica de

(1) SIMÓN SEGURA, Francisco: *La desamortización de Mendizábal en la provincia de Barcelona*, en «Moneda y Crédito», 98 (1966), 121-141, concretamente, pág. 124; GÓMEZ CHAPARRO, Rafael: *La desamortización civil en Navarra*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1967, pág. 11. Más reciente todavía es el siguiente trabajo de SIMÓN SEGURA, Francisco: *La desamortización de 1855*, en «Economía Financiera Española», 19-20 (1968); sobre este artículo cfr. la reseña de Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, en la «Revista de Administración Pública», 55 (1968), enero-abril, págs. 498 a 504.

(2) Cfr. en general la bibliografía citada en notas ulteriores, buena parte de la cual es muy reciente. Además del mismo SIMÓN SEGURA, y de algún otro historiador de quien no tengo noticia cierta, dentro del enfoque de la Historia

la desamortización en todas sus etapas y en todas las provincias españolas, tardaremos todavía varios años antes de que podamos contar con resultados generales, satisfactorios y cuantificables acerca de cómo se llevó a cabo la desamortización punto por punto cuántos bienes se vendieron, de qué procedencia, quiénes los compraron, cómo pagaron el precio los compradores, etc.

Pero no creo que haya que esperar hasta entonces para poder trazar una visión panorámica del proceso desamortizador. Conviene no olvidar que la desamortización consistió en la aplicación de una serie de textos legales, cuya génesis, estructura y contenido pueden estudiarse con independencia del análisis cuantificado y estadístico de su aplicación. Incluso los propios resultados de cada norma desamortizadora pueden inferirse en buena medida —aunque con prudente provisionalidad— del estudio de la misma, en espera de que los historiadores de la economía confirmen o rectifiquen parcialmente, y en todo caso completen las conclusiones derivadas del análisis de los textos jurídicos.

Ahora bien, para que ello sea posible es imprescindible poner en relación dichas normas legales con otra serie de fuentes de índole muy diversa, que nos permitan conocer el trasfondo político, el interés concreto y la finalidad extrajurídica perseguidos con cada disposición normativa. Desde este enfoque, la legislación desamortizadora se nos manifestará como producto de una determinada política legislativa. De una o de varias, pues, en efecto, a lo largo de todo el proceso de desamortización hubo no ya oscilaciones, sino cambios radicales en la orientación política del mismo.

Con el presente trabajo intento simplemente construir, basándome en la bibliografía disponible (en ocasiones muy valiosa y digna de crédito, aunque siempre limitada a periodos concretos) y en la legislación desamortizadora, esas líneas generales del proceso en cuestión. Para ello procuraré en primer lugar reunir visiones y datos dispersos, pero que se necesitan y complementan mutuamente a la hora de elaborar una visión de conjunto, y en segundo término, ordenar, analizar, relacionar entre sí y situar

de la economía están trabajando sobre la desamortización de Godoy el profesor RICHARD HERR, y sobre la eclesiástica en la provincia de Sevilla el profesor LAZO; cfr. de este último (LAZO, Alfonso), *La desamortización eclesiástica en la provincia de Sevilla: estudio de las fuentes*, en «Moneda y Crédito», 100 (1967), 91-103.

dentro de su momento histórico los principales textos normativos a través de los cuales se fue gestando la desamortización, y que a mi juicio no han sido suficientemente estudiados todavía, tal vez por no estar a disposición de los historiadores en una edición correcta y cómodamente manejable (3).

II. EL REFORMISMO AGRARIO DE LOS ILUSTRADOS Y LA LEGISLACIÓN DESAMORTIZADORA DE CARLOS III.

2. Es bien sabido que el ámbito de problemas en donde más claramente se manifestó el espíritu reformista de los ministros ilustrados de Carlos III fue el concerniente a la «Ley agraria». En efecto: la agricultura absorbió de manera destacada la atención de los gobernantes, tanto entre miembros rectores del Consejo Real, como a nivel de Intendentes y Corregidores. A ello confluían causas muy diversas, tales como la teoría económica de la fisiocracia (lugar de partida de los razonamientos de un OLAVIDE o de un JOVELLANOS, por citar dos personajes sobresalientes y que escriben acerca de estos temas con un intervalo de casi treinta años) (4),

(3) El núcleo originario de estas páginas fue la conferencia que sobre el mismo tema y con el mismo título tuve el honor de pronunciar en el Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad el pasado día 7 de marzo de 1969 en Madrid.

En el presente curso académico 1968-1969 y en la Cátedra de Historia del Derecho de la Facultad de Derecho de Salamanca, de la que soy titular, se ha celebrado, bajo mi dirección, un Seminario sobre la desamortización, con especial referencia a las fuentes legislativas. Parte de los datos aquí recogidos proceden de las sucesivas sesiones de dicho Seminario, y algunas de las ideas aquí expuestas ha surgido en las discusiones posteriores o en las conversaciones previas a cada sesión. A todos los asistentes al Seminario, y de manera especial a las Srtas. Charo Real Calama y Paz Alonso Romero, y a los señores Dios de Dios e Infante Motta, que actuaron de ponentes en otras tantas sesiones, mi sincero agradecimiento por su colaboración.

(4) Pablo de OLAVIDE escribió su *Informe sobre la Ley agraria*, en 1768; JOVELLANOS terminó el suyo en 1794, enviándolo a la Sociedad Económica Matritense el 26 de abril de 1794, entidad que lo publicó en 1795.

Sobre OLAVIDE y su *Informe*, cfr. DEFOURNEAUX, Marcelin, *Pablo de Olavide ou l'afrancesado* (1725-1803), París, PUF, 1959, en especial págs. 129 a 171. El texto del *Informe* lo publicó CARANDE, Ramón, *Informe de Olavide sobre la Ley agraria*, en BRAH, CXXXIX (1956), págs. 357-462.

Para el de JOVELLANOS remito siempre a la siguiente edición: *Informe de la Sociedad Económica de Madrid al Real y Supremo Consejo de Castilla en el expediente de Ley Agraria, extendido por su individuo de número, el señor don Gaspar Melchor Jovellanos*, nueva ed., Madrid, 1820.

El dato alusivo a su terminación y edición en ANES, Gonzalo, *El Informe*

el aumento demográfico y la consiguiente elevación de los precios agrícolas, el descrédito de la Mesta, el problema del aumento de la renta en los arrendamientos y subarrendos rústicos, y la tendencia a incrementar la producción agrícola preferentemente por el sistema de la extensión de cultivos.

Aunque los problemas de la política agraria de Carlos III no hayan sido objeto de un tratamiento exhaustivo hasta el momento, publicaciones relativamente recientes de CARANDE, DEFOURNEAUX, ANES y HERR, nos proporcionan un conocimiento de los mismos bastante profundo y claro; a los suyos y a otros análogos trabajos remito al lector interesado (5).

El fruto principal de esta preocupación por la cuestión agraria fue el famoso «Expediente de la Ley Agraria», iniciado con la Orden comunicada a los Intendentes por la Secretaría de Estado a 7 de abril de 1766, pidiéndoles que expusiesen sus ideas acerca de los problemas del campo (6). Los Intendentes (uno de ellos, el de Andalucía, fue don PABLO DE OLAVIDE) contestaron, y sus respuestas, unidas a otra documentación de distinta procedencia, fueron constituyendo la base informativa sobre la que debería redactarse en su día la deseada «Ley agraria». Aunque ésta, como norma general, no nació nunca, el «Expediente para su establecimiento» se gestó gracias a la ilusión de algunos y pese a las oposiciones y resistencias de otros. Don RAMÓN CARANDE ha escrito que se llevó a cabo «sin prisa y sin pausa» (7). Yo creo—y me baso para pensar así en la descripción de dicha gestación aportada

sobre la Ley Agraria y la Real Sociedad Económica Matritense de Amigos del País, en *Homenaje a don Ramón Carande*, SEP, Madrid, 1963, I, páginas 23-56, concretamente pág. 42.

(5) Cfr. obras y lugares citados en nota anterior. Todavía sigue siendo muy valioso el estudio que a diversos autores de este período dedicó Joaquín Costa en su *Colectivismo agrario en España*, Madrid, 1898, págs. 115-203, al que me referiré con frecuencia. Para bibliografía más amplia, cfr. ANES, op. cit. passim y sus notas 1 y 2. Sobre el «auge de la tierra y el ansia de poseerla», cfr. el capítulo así titulado del libro de Richard HERR, *España y la revolución del siglo XVIII*, Aguilar, Madrid, 1964, págs. 73-100. Cfr. también DOMÍNGUEZ ORTIZ, A., *La Sociedad española del siglo XVIII*, CSIC, Madrid, 1955, páginas 255 y sigs. Un resumen reciente, pero superficial, aunque bien es verdad que sin demasiadas pretensiones, en CARR, Raymond, *España, 808-1936*, Ariel, 1969, págs. 17 y sigs. Cfr. también como visión general, MERCADER y DOMÍNGUEZ ORTIZ, *La época del Despotismo Ilustrado*, en el tomo IV de la *Historia de España*, dirigida por Vicens Vives, Barcelona, 1961, págs. 21 y sigs.

(6) ANES, op. cit. pág. 28, y DEFOURNEAUX, op. cit. pág. 143.

(7) CARANDE, op. cit., pág. 358.

por GONZALO ANES (8)—, que con más pausas que prisas. Pléñese que iniciado en 1766, el «Memorial ajustado» (o texto abreviado de la documentación acumulada en el «Expediente») no se publicó hasta 1784 (9), pese a que los elementos en él resumidos se habían reunido ya antes de 1771 (10); que tras la aparición de dicho «Memorial ajustado» se publicaron por iniciativa privada y relativamente pronto varios estudios sobre este mismo tema (así, los de SISTERNES y PEREIRA en 1786 y 1788) (11), pero que el semioficial de la Sociedad Económica Matritense (es decir, el de JOVELLANOS) tardó muchos años en redactarse, y no se editó hasta 1795; y sobre todo, téngase en cuenta que no se llegó nunca a la fase legislativa propiamente dicha.

Y es que, en realidad, la preocupación reformista de ministros e Intendente de Carlos III fue siempre templada, moderada, con más dosis de «Plan teórico» que de nervio político; y si es cierto (como veremos), que en dicho reinado se promulgaron textos legales interesantes concernientes a política agraria, también lo es que tuvieron una localización geográfica en orden a su aplicación, y un contenido temático, casi siempre parciales. Al margen de la empresa colonizadora de Sierra Morena (12), los demás puntos del ideario reformista agrario de la Ilustración no plasmaron en un «corpus» legal sistemático ni en una obra política cuajada, sino en normas aisladas que dejaban sin reforma ni nueva regulación cuestiones claves de la estructura agraria.

Uno de los puntos centrales que se combatía teóricamente era el de la amortización de la propiedad agraria. Se piensa entonces que las tierras en poder de la Iglesia, de los municipios o de otras «manos muertas» rinden poco, quedan al margen del libre comercio y se sustraen, por el carácter privilegiado de sus propietarios, a la tributación de la Hacienda real (13). De modo análogo,

(8) ANES, op. cit., *passim*, especialmente págs. 25 a 32.

(9) CARANDE, op. cit., pág. 359; ANES, op. cit., lámina pág. 48.

(10) DEFOURNEAUX, op. cit., pág. 143.

(11) COSTA, J. op. cit., págs. 172 y sigs.; sobre el de Cicilia Coello, *ibidem*, páginas 175 y sigs., y DEFOURNEAUX, op. cit., págs. 164 y sigs.

(12) DEFOURNEAUX, op. cit., págs. 175 a 245.

(13) A título de ejemplo, véase el siguiente texto de FLORIDABLANCA: «XII. Perjuicios principales de la amortización. El menor inconveniente, aunque no sea pequeño, es el de que tales bienes se sustraigan a los tributos; pues hay otros dos mayores, que son recargar a los demás vasallos y quedar los bienes amortizados expuestos a deteriorarse y perderse luego que los poseedores no

se escribe que las propiedades vinculadas por vía de mayorazgos constituyen importantes obstáculos que se oponen «al bien de la agricultura» (14). En cuanto a las tierras concejiles, y en especial a los bienes baldíos (15), la posición de hombres como OLAVIDE y JOVELLANOS coincide en lo relativo a la conveniencia de su conversión en bienes de propiedad privada, aunque ambos autores difieran en lo concerniente al procedimiento de dicha transformación.

En 1768 (16) dedica OLAVIDE mucha atención al problema de los baldíos. Ya en el párrafo que dedicó a describir las «líneas directivas de la reforma agraria», OLAVIDE manifestaba que una de ellas debía ser el «habilitar toda la tierra posible repartiéndola, con discreción, entre los que hoy son inútiles y pueden transformarse en vecinos útiles, arraigados y contribuyentes, logrando al

pueden cultivarlos o son desaplicados y pobres, como se experimenta y ve con dolor en todas partes, pues no hay tierras, casas ni bienes raíces más abandonados y destruidos que los de capellanías y otras fundaciones perpetuas, con perjuicio imponderable del Estado»; cfr. FLORIDABLANCA, José Moñino, Conde de, «Instrucción reservada que la Junta de Estado, creada formalmente por mi Decreto de este día 8 de julio de 1787, deberá observar en todos los puntos y ramos encargados a su conocimiento y examen», en *Obras originales del Conde de Floridablanca*, BAE, t. LIX, Madrid, 1952, págs. 213-272, en concreto ahora pág. 214.

(14) JOVELLANOS, op. cit. págs. 100-110 Dejo intencionadamente fuera de examen toda la problemática relativa a los mayorazgos; aunque el Estado liberal terminase con ellos, la legislación desvinculadora no debe confundirse con la propiamente desamortizadora, pese a las obvias conexiones entre ambas. Cfr. como estudio relativo a esta etapa final de los mayorazgos, GIBERT, R., *La disolución de los mayorazgos*, Granada, 1958.

(15) Es verdad que, como recoge DEFOURNEAUX, op. cit., pág. 137, nota 2, estos dos términos suelen emplearse entonces casi indistintamente con referencia a los bienes municipales. Sin embargo, la identidad entre ellos no es completa ni mucho menos, dice DEFOURNEAUX que la expresión «concejiles» alude a la entidad titular de los mismos, mientras que la expresión «baldíos» equivale a «tierras incultas», y es claro que esta distinta acepción permite que se pueda entender que los baldíos (tierras incultas) no son concejiles, sino que pertenecen, por ejemplo, a la Monarquía. Y efectivamente así se tendió a entenderlo por parte de la Monarquía en muchos momentos de la Edad Moderna. Sobre este importante problema, cfr. NIETO, Alejandro *Bienes comunales*, ed. Rev. de Der. Priv., Madrid, 1964, págs. 135-168.

(16) En realidad, CARANDE y DEFOURNEAUX no coinciden en la fecha de tal *Informe*; DEFOURNEAUX lo cita siempre como de 1768 (cfr. op. cit., pág. 146 y nota 3); CARANDE alude en un momento a la fecha exacta de 20 de marzo de 1767 (op. cit., pág. 364), pero al transcribir el texto, en la data del mismo indica 20 de marzo de 1766; como según el biógrafo francés de Olavide éste fue nombrado Intendente de Sevilla en junio de 1767 (op. cit., pág. 102) las dos fechas que indica el Prof. CARANDE parecen quedar fuera de lo posible. Me inclino, pues, aunque con reservas, a aceptar la fecha de 20 de marzo de 1768.

mismo tiempo la extensión de la labranza, el aumento de la población y la abundancia de los frutos» (17). La idea básica de OLAVIDE en relación con los baldíos es la conversión de éstos en tierras labrantías; en su pensamiento no hay tanto una finalidad «social» (esto es, la de mejorar la condición de ciertas clases rurales), como una preocupación económica (aumentar la producción por «medios que se labre más y cuanto se pueda labrar») (18) y utilitaria (convertir en «útiles» a vecinos «inútiles»), móviles todos ellos por cierto muy acordes con el pensamiento político de la Ilustración. En mi opinión es claro que una «reforma agraria» que parte de estos supuestos no pretende ser una «reforma social» en el sentido de lograr un reparto más justo de la propiedad de la tierra, sino una «reforma técnica», «económica». La situación humana de las gentes del campo será también tenida en cuenta, pero, a mi entender, de un modo secundario, como muy claramente se percibe el OLAVIDE. Pero no anticipemos conclusiones; dejémoslas tan sólo insinuadas.

Para OLAVIDE, la protección legislativa deparada hasta entonces a la ganadería había destruido la labranza sin favorecer siquiera a la cría de ganados. Hora es ya de abandonar tan desastrosa política legislativa y de fomentar la agricultura, y por eso, en su opinión, «todas las tierras deben reducirse a labor» (19). La formulación no puede ser más rotunda ni más general, y, como consecuencia de tal principio, los bienes baldíos deben convertirse en tierras de labranza. Pero, ¿a través de qué sistema? (20).

En síntesis, el plan de OLAVIDE consiste en los siguientes puntos: 1, Formar cuantos lotes sean solicitados por «particulares ricos» que quieran labrar la tierra por sí mismos, en extensión no inferior a 50 fanegas, ni superior a 200, y venderlos por precio en dinero fijado tras estimación pericial. 2, Formar y vender por el mismo procedimiento suertes de tierra no excedentes de 2.000 fanegas a aquellos propietarios que las quieran para instalar en ellas a «cuarenta pobres braceros», con la condición de que el comprador

(17) Ed. cit., pág. 393.

(18) Ed. cit., pág. 433.

(19) Ed. cit., pág. 433.

(20) Para evitar citas repetidas me remito aquí globalmente a las páginas 439-447, y a los puntos o párrafos XX a XXX de lo que el mismo OLAVIDE llama «articulado metódico del plan propuesto» (*ibidem*, págs. 456-460).

debería «cederles el dominio útil, reservándose el de propiedad» (*sic*). 3, «Todos los demás baldíos se venderán en suertes de 50 fanegas cada una a censo, a canon de la octava parte de los frutos, a todo hombre que la pida, sin otra condición que la de que tenga dos pares de bueyes suyos, y no posea otras veinte fanegas de tierra propia, se obligue a hacer una corraliza, un hogar y un dormitorio en que habitar con sus ganados, dentro de un año, y a cercar su suerte dentro de dos, declarando que sólo se le podrá desposeer si no paga la cuota de frutos en dos años, supuestas las diligencias judiciales, y si deja uno de cultivar la mitad de su tierra, en cuyos casos se dará a otro colono». 4, Sobre las tierras vendidas por cualquiera de estos procedimientos no podrán establecerse capellanías ni tampoco se admitirá que tales tierras pasen a poder de «manos muertas». 5, El caudal obtenido con la suma de los precios de las tierras vendidas en régimen de plena propiedad y con la de los cánones anuales de las tierras vendidas a censo, pasará a constituir una «Caja provincial», guardándose en ella dicho capital para emplearlo en beneficio público de la misma provincia.

Con todas estas medidas, OLAVIDE quería evitar que los baldíos desamortizados (21) pasaran a manos de unos pocos potentados, como hubiera sucedido, dice él, si el reparto de los baldíos se hubiese efectuado «en los siglos pasados»; en su sueño de reformista ambicioso, veía que el resultado de su plan sería «un inmenso y nuevo número de labradores útiles, una infinita multiplicación de frutos y ganados, un comercio y circulación activa y laboriosa», así como también la construcción de gran número de obras públicas (camino, canales, puentes...), costeadas con los fondos depositados en la Caja provincial.

El «Plan» de OLAVIDE («Código de agricultura» lo llama él), es sin duda inteligente e interesante. Quiero fijar la atención del lector en el hecho de que el Intendente de Andalucía habla de «baldíos» sin preocuparse de determinar el contenido del concepto que emplea; en algún pasaje habla de «baldíos o de propios» (22), sin que quede clara la relación entre ambos términos

(21) En realidad este término («desamortizar») no es el empleado por OLAVIDE, que suele hablar simplemente de «baldíos vendidos» u otras voces semejantes.

(22) *Informe*, ed. cit., pág. 442.

dentro del contexto inmediato. Por tanto, es lícito preguntarse si OLAVIDE quería desamortizar sólo los bienes baldíos, o si intentaba hacer extensiva la desamortización a los bienes de propios.

Por las razones siguientes, creo que sólo pensó en la venta de los bienes baldíos.

En 1768, cuando escribe OLAVIDE, el régimen legal vigente respecto a baldíos y propios era muy diferente. Por un Real Decreto de 8 de octubre de 1738, Felipe V había ordenado la «enajenación de baldíos y despoblados», pero Fernando VI, por Real Resolución a Consulta del Consejo de 18 de septiembre de 1747, dispuso que cesasen tales enajenaciones, que se extinguiese la Superintendencia que se había creado al efecto, y que «aquellos baldíos que en el año 1737 gozaban o disfrutaban de cualquier modo los pueblos», les fueran reintegrados a éstos, «de suerte que los pueblos queden en la misma posesión, uso y aprovechamiento en que estaban en el referido año de 1737» (23). Según este texto, los baldíos—o al menos algunos de ellos—, son considerados como tierras incultas y despobladas que «de cualquier modo» pertenecen a los municipios; no se reconoce a estos la plena titularidad sobre tales bienes, pero sí el uso y disfrute de los mismos, así como su administración y aprovechamiento gratuito.

Muy distinto era el régimen jurídico de los bienes de propios, pues, por Real Cédula de 19 de agosto de 1760, seguida de la correspondiente Instrucción, Carlos III sometió el privativo conocimiento de los bienes de propios al Consejo Real, creando una Contaduría de Propios y Arbitrios, y encargando a los Intendentes la administración de los bienes de propios, sitos en su demarcación territorial (24).

No puede cabernos duda razonable de que OLAVIDE conocía estas disposiciones, ya que él, como Intendente, tenía que aplicarlas, y es por tanto obvio que para él no eran lo mismo los bienes baldíos que los propios. Si, pues, habla casi siempre y exclusivamente (salvo en el pasaje indicado y aun allí de modo incidental) de bienes baldíos, hay que entender que sólo se refiere a éstos, y que por lo mismo dejaba a salvo en su plan desamortizador todos los de-

(23) NoR, VII, 23,3, y NIETO, op. cit., págs. 159-168.

(24) NoR, VII, 16, 12, y VII, 16, 13.

más bienes municipales no considerados como baldíos. Con ello, su programa respetaba la parte más valiosa de las Haciendas municipales.

Ahí radica una de las diferencias más claras e importantes entre el «Plan» de OLAVIDE y el «Informe» de JOVELLANOS, quien distingue expresamente entre baldíos y «tierras concejiles», para aconsejar la reducción de todas estas fincas en bienes de propiedad privada. Para JOVELLANOS, los baldíos son «tierras vacantes», «abandonadas», y no se plantea el problema de si pertenecen o no a los municipios; las tierras incultas—los baldíos—, sean o no de los municipios, deben desamortizarse. Y el procedimiento propuesto por JOVELLANOS es el de la enajenación en plena propiedad, con lo cual, «el Estado logrará un bien incalculable» (25). Aunque a continuación del párrafo en que sienta esta afirmación general, JOVELLANOS matiza un tanto el sistema de enajenación y admite que en atención a las particularidades provinciales quizá convenga en algunas zonas (por ejemplo, en Andalucía) (26), que la enajenación se haga a censo reservativo, su preferencia en favor de la transformación de los baldíos en propiedades plenas y variables en su extensión, es indudable. En conjunto, su plan agrario es menos detallista que el de OLAVIDE, y, por lo mismo, más simplista, y eso explica que no estudie con cuidado y detenimiento cuestiones tan importantes como el mecanismo jurídico a través del cual habría de realizarse la desamortización de los baldíos.

Otro tanto cabe decir de los párrafos que JOVELLANOS dedicó a las «tierras concejiles», a las cuales extiende sin apenas matizaciones, lo que había ya dicho sobre los bienes baldíos. Tampoco aquí, pues, puntualiza con claridad cómo habría de hacerse la desamortización de estas tierras, pues unas veces defiende que sean «divididas y repartidas en enfiteusis o a censo reservativo», para casi a renglón seguido declarar que no halla inconveniente «en que se hicieran ventas libres y absolutas de estas tierras» (27).

Y es que a JOVELLANOS le importa más la desamortización en sí, que el «cómo» se haga tal operación. La liberación de baldíos y tierras concejiles es para él un bien en sí misma, pues al dejar de

(25) JOVELLANOS, *Informe...*, pfs. 46 y 48, págs. 21-22.

(26) *Ibidem*, pfs. 49-54, págs. 23-24.

(27) *Ibidem*, pfs. 55 y 57, en pág. 26, y en general pfs. 55 a 60.

estar tales tierras amortizadas, pasan a depender del «interés individual» y pueden ser inmediatamente puestas en cultivo (28), con lo cual se remueve el inconveniente o estorbo para que la agricultura, «que se halla siempre en una natural tendencia hacia su perfección» (29), pueda seguir en pos de ella.

El liberalismo económico de JOVELLANOS en este aspecto es patente. La agricultura marcha naturalmente hacia su perfección; no obstante, hay unas circunstancias de hecho, entre ellas la amortización de tierras, que son otros tantos estorbos artificiales; el legislador debe limitarse a «remover los estorbos que retardan su progreso», y nada más que a eso (30). Por tanto, no hay que planificar en exceso, no hay que imponer rígidos destinos a los bienes desamortizados, no hay que forzar el mecanismo jurídico para conseguir que los bienes vayan a las manos de unos determinados adquirentes. El juego de la oferta y la demanda ya se encargará de nivelar intereses: «el oficio de las leyes... no debe ser excitar ni dirigir, sino solamente proteger el interés de sus agentes, naturalmente activo y bien dirigido a su objeto» (31).

Importaba mucho dejar bien claras estas características del «Informe» de JOVELLANOS, porque como es bien sabido influyó notablemente en la desamortización llevada a cabo en el siglo XIX; mucho más sin duda que el de OLAVIDE, sólo parcialmente conocido merced a su fragmentaria inclusión en el «Memorial ajustado» de 1784.

3. Ahora bien, si la amortización de tierras era entonces considerada como un mal en sí misma, ese «inconveniente» o «estorbo» existiría tanto si la «mano muerta» era un municipio, como si la detentadora de tierras era la Iglesia. En consecuencia, si convenía desamortizar los baldíos y demás tierras concejiles, también sería conveniente y oportuna la desamortización de tierras de la Iglesia. El razonamiento es lógicamente irreprochable.

Sin embargo, como quiera que en política no sólo cuenta la lógica, en el siglo XVIII la decidida actitud desamortizadora en re-

(28) *Ibidem*, pfo. 55, pág. 25.

(29) *Ibidem*, pfo. 19, pág. 10.

(30) *Ibidem*, pfo. 19 y pfo. 28, págs. 10 y 14.

(31) *Ibidem*, pfo. 24, pág. 12.

lación con los bienes municipales, no se vio acompañada de una misma línea de conducta respecto a los bienes eclesiásticos.

Según MENÉNDEZ Y PELAYO, don Pedro Rodríguez Campomanes «durante su Fiscalía en el Consejo (*Real*) fue azote y calamidad inaudita para la Iglesia de España. Empezó por atacarla en sus bienes y facultades de adquirir publicando el "Tratado de la regalia de amortización..."» (32). El «Tratado» de Campomanes se publicó en 1765 (33). Su tesis central [dejando al margen el ropaje de erudición histórica, justamente calificada por MENÉNDEZ Y PELAYO como «atropellada e insegura» (34)], es que hay que «poner límite a las adquisiciones de manos muertas en España», que hay que prohibir las adquisiciones de bienes raíces por Institutos y Ordenes regulares, si bien de manera moderada (35). No pretende CAMPOMANES desamortizar las tierras de la Iglesia, sino restringir lo más posible en el futuro las adquisiciones de bienes raíces por parte de la Iglesia.

Sus párrafos más atrevidos quizá sean los siguientes: «El presente (*se refiere a su propio programa en esta materia*) se dirige a limitar, no a despojar los bienes adquiridos por las iglesias. Para eso, por ventura, como que se trata de derechos incorporados a ellas, sería necesario y conveniente el concurso por lo menos del mismo Clero. El objeto de la ley prohibitiva actual (*es decir, de la que él propone*) no es de darle fuerza retrógrada (*quiere decir retroactiva*), sino progresiva para lo venidero respecto a los bienes de legos que actualmente permanecen en ellos y a los que los eclesiásticos ningún derecho tienen adquirido ni pueden alegar todavía». Y más adelante: «Tampoco se pide una absoluta prohibición, sino moderada con el asenso regio, para cuando convenga conceder el permiso de amortizar en rentas suficientes, que agraven (*sic*) lo menos que sea posible al común» (36).

(32) MENÉNDEZ Y PELAYO, Marcelino, *Historia de los Heterodoxos españoles*, I y II, BAC, Madrid, 1956, cfr. II, pág. 499.

(33) CAMPOMANES, Pedro R., *Tratado de la regalia de amortización*, Madrid, 1765; la dedicatoria está fechada a 31 de mayo de 1765.

(34) Op. cit., pág. 499.

(35) CAMPOMANES, op. cit., págs. 259-265.

(36) CAMPOMANES, op. cit., págs. 58 y 59, págs. 265-266. Sobre Campomanes como historiador, cfr. ALVAREZ REQUEJO, F., *El Conde de Campomanes. Su obra histórica*, IDEA, Oviedo, 1954; cfr. también FERNÁNDEZ ALONSO, J., *El Tratado de Regalía de Amortización de Campomanes y el primer proyecto de Ley ge-*

En esto consistió, dentro del campo que estamos estudiando, el «azote» regalista del Fiscal Campomanes. En relación con ulteriores medidas desamortizadoras, es evidente que la tesis de CAMPOMANES era muy moderada. Sin embargo, su «Tratado...» fue incluido por la Iglesia en el «Índice» de libros prohibidos (37) y sus ideas combatidas en el terreno de la práctica política; y combatidas con éxito, pues el proyecto del Fiscal del Consejo, don Francisco Carrasco, de limitar las adquisiciones de tierras a la Iglesia—del cual la obra de CAMPOMANES fue la defensa y el apoyo más sólidos—no logró vencer las resistencias de Roma, de la Nunciatura, de parte del clero español y de la mayoría de los miembros del Consejo de Castilla (38).

Tres años después, en 1768, OLAVIDE ni siquiera se atrevía—tal vez como consecuencia del fracaso de CARRASCO y CAMPOMANES—a defender la paralización de la amortización de tierras en manos de la Iglesia. Para el Intendente de Andalucía, la existencia de mayorazgos y de tierras amortizadas en poder de la Iglesia era «un daño ya incurable» (39). Lo único que proponía como remedio era que se permitiese la enajenación de las tierras de la Iglesia hecha a censo y por la misma Iglesia, y los arrendamientos a largo plazo (que por cierto ya venían efectuándose desde mucho tiempo atrás), así como el prohibir que los clérigos regulares administrasen y cultivasen directamente sus propias tierras, para que se

neral de amortización, a través de los despachos de la Nunciatura, en «Hispania Sacra» (1598), págs. 65-81.

(37) Facilita el dato MENÉNDEZ Y PELAYO, M., op. cit., pág. 499; concretamente desde el *Índice* de 1825.

(38) Para la génesis y la suerte final del *Tratado...*, cfr. el artículo de FERNÁNDEZ ALONSO cit. en nota 36. Según este autor (que maneja para su trabajo documentación inédita del Archivo Vaticano y la comenta muy atinada y comedidamente), la obra de Campomanes tuvo su raíz en el proyecto del Fiscal del Consejo don Francisco de Carrasco, en el sentido ya indicado (op. cit., páginas 67-69); el proyecto estaba inicialmente pensado para Valencia y Mallorca, y luego para toda España. Campomanes hizo su *Tratado...* como informe a favor de tal proyecto, o más exactamente como ampliación del mismo (*ibidem*, pág. 70). Después de gestiones diplomáticas, resistencias y oposiciones, aunque también de declaraciones favorables (*ibidem*, págs. 75-78), el proyecto de Carrasco, consistente en limitar la capacidad de adquirir en el sentido que hemos visto proponía Campomanes, fue rechazado por el Consejo Real, por votación celebrada en junio de 1766 por diez votos en contra y seis a favor (*ibidem*, pág. 79).

(39) En realidad, este calificativo lo aplica Olavide sólo a los mayorazgos (*Informe...*, ed. cit., pág. 408); pero como luego el propio Olavide declara extensivas a las tierras eclesiásticas sus razones referidas a los mayorazgos, creo que es aplicable a aquéllas el calificativo indicado.

vieran obligados a darlas en arrendamiento o a censo (40). De desamortización eclesiástica, pues, no se dice nada.

En 1787, FLORIDABLANCA pretendía tímidamente que el «Santo Padre no se oponga a la necesidad que hay de detener el progreso de la amortización de bienes»; pero declaraba que no había querido «tomar resoluciones por vía de regla, sin tantear primero *todos los medios dulces y pacíficos de conseguir el fin*» (41).

En 1795, JOVELLANOS consideraba que «la prohibición de aumentarla (*se refiere a la amortización de bienes en manos de la Iglesia*) parece ya indispensable» (42). JOVELLANOS sigue en esta materia, como él mismo confiesa, a CAMPOMANES (43), sin añadir al «Tratado...», escrito treinta años atrás, más que el siguiente párrafo, que no sé si calificar de ingenuo o de irónico: «La Sociedad (*es decir, la Económica Matritense, en cuyo nombre escribe*), señor, penetrada de respeto y confianza en la sabiduría y virtud de nuestro clero, está tan lejos de creer que le sea repugnante la ley de amortización, que antes bien cree que si S. M. se dignase de encargarse a los reverendos prelados de sus iglesias, que promoviesen por sí mismos la enajenación de sus propiedades territoriales para volverlas a las manos del pueblo, bien fuere vendiéndolas y convirtiendo su producto en imposiciones de censos o en fondos públicos, o bien dándolas en foros o en enfiteusis perpetuos y libres de laudemio, *correrían ansiosos* a hacer este servicio a la patria con el mismo celo y generosidad con que la han socorrido siempre en todos sus apuros» (44). A los dos años de publicado, el «Informe...» fue denunciado como anticlerical, luego fue incluido—al mismo tiempo que el «Tratado...» de CAMPOMANES—en el «Índice» de libros prohibidos, y allí seguía en la edición del «Index» de 1877 (45).

En suma: los teóricos de la Ilustración, cuando discurren sus respectivos «Planes» o «Informes» reformistas sobre la «Ley agraria», o en otras ocasiones y obras análogas, consideran que la amortización de tierras en las «manos muertas» es un mal, un

(40) *Informe...*, págs. 411-415.

(41) *Instrucción...*, cit., pfo. XI, pág. 214; el subrayado es mío.

(42) *Informe...*, pfo. 148, pág. 99, y pfo. 179, pág. 97.

(43) Cfr. su nota 1 a la pág. 80, del *Informe...*

(44) *Informe...*, pfo. 182, pág. 98; el subrayado es mío.

(45) MENÉNDEZ Y PELAYO, op. cit., II, pág. 646; ANES, G. op. cit., pág. 48 y su nota 74.

estorbo para el progreso de la agricultura; pero mientras que se muestran decididos partidarios de la desamortización de los bienes municipales—o al menos, de parte de ellos—, se limitan a defender la limitación o paralización en el futuro de la amortización eclesiástica, y aun esto por medios «dulces y pacíficos». La moderación del reformismo ilustrado se pone muy claramente de manifiesto en este punto (46), y la resistencia de la Iglesia a hacer concesiones en el terreno económico—anuncio de su actitud en tiempos venideros—es ya entonces muy firme.

4. Quizá la consecuencia más importante derivada del enfoque ilustrado de la desamortización fuese la idea de que mientras que la desamortización de bienes municipales podía imponerse por la vía legislativa real, todos los problemas concernientes a la limitación de la amortización eclesiástica, o en su caso, a la venta de algunos bienes del clero, había de ser materia de negociación con la Santa Sede. Esta fue la tesis «ilustrada» al respecto, y luego fue también (la coincidencia no tiene nada de casual) la tesis de los moderados en pleno siglo XIX.

Por todo ello en la legislación desamortizadora del reinado de Carlos III, que paso a exponer, sólo se aborda lo concerniente a los bienes municipales. Las raíces de esta legislación son múltiples; entre ellas debemos citar algunas causas conyunturales como la crisis agraria y los motines del verano de 1766 que culminaron en el de Esquilache (47), y otras de carácter teórico o ideológico,

(46) Las afirmaciones hasta ahora expuestas se refieren cronológicamente y de modo aproximado hasta 1795. Luego veremos lo que ocurrió en el último decenio del siglo. Sobre todo ello, ARTOLA, M. *Orígenes de la España contemporánea*, IEP, Madrid, 1959, I, pág. 97. Para el conocimiento y valoración del «reformismo ilustrado», cfr. principalmente SARRAILH, Jean, «L'Espagne éclairée de la seconde moitié du XVIII^e siècle», París, Klincksieck, 1954, pág. 505 y sigs., y 543 y sigs.; COSTA, *Colectivismo...*, págs. 115 a 203; CARANDE, Ramón. *El despotismo ilustrado de los Amigos del País*, en «Cuestiones históricas y actuales de la economía española», Bilbao, 1957, págs. 207 a 236; GARCIA PELAYO, M. *La teoría social de la fisciocracia*, en «Moneda y Crédito», 31 (1949), págs. 18 a 43, trabajo centrado en los fisiócratas extranjeros, pero fundamental en mi opinión también para situar a los españoles; muy recientemente el Prof. MARAVALL, J. A. ha publicado un interesante trabajo sobre el reformismo político-social de Cabarrús (*Cabarrús y las ideas de reforma política y social en el siglo XVIII*, en «Rev. de Occ.», 2.^a época, VI (1968), 69, págs. 273-300.

(47) En este sentido, cfr. HERR, R. op. cit., págs. 94 y 96; más ampliamente, RODRÍGUEZ CASADO, V. *La política y los políticos en el reinado de Carlos III*, Madrid, RIALP, 1962, en concreto, págs. 130-168; del mismo autor

como todo el pensamiento hasta aquí comentado, que, si bien se formuló por escrito en gran parte después de las medidas legislativas a que me refiero, sin duda, estaba ya en las mentes de hombres de gobierno, ministros y filósofos ilustrados al comienzo de la década de 1760. La conexión, por ejemplo, entre las disposiciones normativas de 1766, 1767, 1768 y 1770 y algunas de las ideas de Olavide podría plantear el problema de la prioridad, o el de quién influyó en quién. Pero sería ésta una cuestión bizantina, ya que lo importante es el paralelismo entre el pensamiento y la legislación.

El núcleo inicial de estas disposiciones fue la decisión adoptada por el Corregidor-Intendente de Badajoz en orden a entregar en arrendamiento tierras municipales a los vecinos del lugar, con preferencia de los vecinos pobres sobre los hacendados. El conde de Aranda, conocedor de este asunto, a los pocos días de subir al poder expidió la Real Provisión de 2 de mayo de 1766 haciendo extensivas a toda Extremadura las medidas tomadas espontáneamente por el Intendente-Corregidor de Badajoz, que de este modo pasaron a ser disposiciones normativas y no simples decisiones de gobierno de un funcionario determinado. En dicha Real Provisión se mandaba que los baldíos concejiles y las tierras labrantías propias de los pueblos se dividieran en suertes, se tasasen por labradores peritos y se repartiesen en arrendamiento «entre los vecinos más necesitados, atendiendo en primer lugar a los senareros y braceros que por sí o a jornal puedan labrarlas, y después de ellos a los que tengan una canga de burros, y labradores de una yunta, y por este orden a los de dos yuntas con preferencia a los de tres, y así respectivamente» (48).

Poco después, por sendas Reales Provisiones de 12 de junio y 29 de noviembre de 1767 se extendió la vigencia de la R. P. de 2 de mayo de 1766 a las tierras de Andalucía y la Mancha primero, y después, a todo el reino (49). Por último una R. P. de 11 de abril

puede verse su folleto «Política interior de Carlos III», Valladolid, 1950, de cuyas páginas 24 a 36 proceden en gran parte las ya citadas de su libro *La política y los políticos...*

(48) El entrecomillado es de la R. P. tal como la cita COSTA, *Colectivismo...*, pág. 121, a quien sigo en esta materia. El texto de tal Provisión ni se recopiló oficialmente, ni se recogió en el *Teatro...* de X. PÉREZ Y LÓPEZ; cfr. COSTA, op. cit., pág. 121 y su nota 1.

(49) COSTA, op. cit., págs. 121, y 125 a 128. PÉREZ Y LÓPEZ, X. *Teatro de la legislación universal de España e Indias*, Madrid, 1798, tomo XXVI, voz

de 1768, aclaratoria de las dos anteriores, introdujo algunas matizaciones nuevas, explicativas y complementarias de los otros dos textos legales que expresamente reconocía vigentes (50). Esta Real Provisión de 11 de abril de 1768 es uno de los textos legales más interesantes en cuanto a política desamortizadora, tanto del siglo XVIII como del XIX (51); sus principios fundamentales eran éstos.

El reparto en arrendamiento de las tierras municipales se había de llevar a cabo con «dos objetos: uno, que no queden tierras algunas sin repartir; y otro, que se extienda el reparto a los más vecinos posibles». O, como más adelante se añadía: «el fin principal a que termina la providencia del repartimiento de tierras es el común beneficio, el fomento de la agricultura, y suplir a los señareros y braceros industriosos la falta de terreno propio que cultivar, o el daño del subarriendo hasta aquí experimentado» (52).

Cada lote entregado no podía exceder de ocho fanegas y en el reparto «siempre serán preferidos los que carecen de tierras propias o arrendadas, como más necesitados y a quienes se va a fomentar» (53). Las rentas de los arrendamientos se pagarían a las autoridades municipales y serían consideradas como producto de las tierras concejiles (54).

Destacan en estas normas las siguientes ideas: en primer lugar la no enajenación de los bienes municipales, que al no ser vendidos, sino arrendados, no salen de la esfera de las Haciendas locales, antes bien continúan produciendo un beneficio a las mismas; en segundo término, el criterio del reparto, encaminado a favorecer a las clases rurales más necesitadas.

Pero la vigencia de estas Reales Provisiones duró poco. Otra, fechada a 26 de mayo de 1770 las derogó, y sustituyó el régimen contenido en aquéllas por nuevas medidas que desvirtuaron la

«Repartimientos», pág. 246, donde cita estas dos disposiciones, pero sin transcribirlas.

(50) PÉREZ Y LÓPEZ, op. cit., t. cit., loc. cit., en nota anterior con transcripción del texto íntegro.

(51) Está por estudiar—y convendría ver claro sobre ese aspecto—la conexión entre la desamortización municipal y las reformas de la Administración municipal llevadas a cabo por Carlos III.

(52) R. P. de 11 de abril de 1768, ed. y loc. cit., pños. octavo y decimotercero, págs. 248 y 249.

(53) *Ibidem*, pños. 8 y 9.

(54) Así se infiere del párrafo decimotercero, *ibidem*, pág. 249.

finalidad inicialmente pretendida. La R. P. de mayo de 1770 (55) aludía a los «inconvenientes que se han seguido en la práctica de las diferentes Provisiones expedidas anteriormente sobre repartimiento de tierras», y los atribuía «a mala inteligencia» de las mismas o a su torcida aplicación, que produjo a veces efectos contrarios a los pretendidos.

Para remediar tal situación, Carlos III y el Consejo Real decidieron en 1770: 1. Derogar aquellas Reales Provisiones. 2. Declarar subsistentes, sin embargo, los arrendamientos concertados en virtud de ellas «siempre que las tierras se mantengan cultivadas y el pago de la renta del arrendamiento esté al corriente». 3. Que quienes dejen de cultivar las suertes que se les hubieren entregado o dejen de pagar el precio del arrendamiento por un año, pierdan la suerte, que será incluida en ulteriores repartos (56). 4. Que las tierras a repartir en adelante (esto es, las aún no repartidas, o las repartidas y recuperadas por reversión en virtud de la cláusula penal) se entregasen en primer lugar «a los labradores de una, dos, y tres yuntas»; en segundo, a los braceros, jornaleros o senareros; si hecho el primer reparto sobraren tierras, se harían «otro u otros», y si aún entonces quedaran tierras sobrantes, «se repartirán a los que tengan más pares de labor, con proporción a lo que necesiten y puedan cultivar; y no necesitándolas, se sacarán a subasta, y se admitirán forasteros».

Con todas estas modificaciones se abandonaba la finalidad primitiva de las Reales Provisiones antecedentes, esto es, lo que hoy llamaríamos preocupación de reforma social agraria: dar tierras a los braceros. Como a éstos no se les ayudaba con préstamos a largo plazo o con alguna fórmula similar, carecían de capital suficiente para poner en explotación las tierras que se les entregaban, y, por consiguiente, se les aplicaba la cláusula penal ya descrita y las perdían al año o dos años de tenerlas. Por otra parte, el criterio implantado en la R. P. de mayo de 1770 para ordenar los repartos favorecía claramente a la plutocracia local, que se beneficiaba de esos repartos de tierras en base precisamente a su capacidad económica para ponerlas en cultivo. Se producía así no un reparto de

(55) NoR, VII, 25, 17.

(56) Esta disposición estaba ya inserta en la R. P. de 2 de mayo de 1766 (y probablemente también en las de 1767), pero refiriéndose a un plazo de dos años para ambos supuestos; cfr. Costa, op. cit., pág. 121

tierras en favor de las clases del proletariado rural, sino una acumulación de tierras en poder de la oligarquía municipal, de las «manos vivas» de cada lugar. Compare el lector la similitud de estas ideas de la R. P. de 1770 con las contenidas en el «Plan» de OLAVIDE; y tenga en cuenta que el Intendente de Andalucía escribió en 1768 al Consejo considerando inaplicables en Andalucía las Reales Provisiones de 1767 y 1768 por estimar que los braceros no pondrían en plena explotación las tierras que se les entregasen (57).

Y no le faltaba razón a Olavide para pensar así. Pero si los gobernantes de Carlos III (y éste al frente de ellos) hubieran pretendido realmente una reforma agraria social, la medida coherente hubiera sido conceder préstamos adecuados a esos braceros a la vez que les arrendaran tierras. Así lo hicieron en cierto modo con ocasión de la colonización de Sierra Morena, concediendo a los repobladores un pequeño lote de animales domésticos, algo de ganado y semillas y aperos de labranza (58), además de exenciones temporales de tributos, e incluso del pago del precio del arrendamiento.

Como antes anticipé, los políticos del reinado de Carlos III sólo alentaron parcialmente el reformismo agrario, y en todo caso actuaron movidos más por razones económicas (poner en cultivo tierras incultas) que por otras de índole social, que o no aparecen en sus planes y en los preceptos legales, o cuando surgieron en éstos se vieron sofocadas en primer lugar por la falta de medios adecuados para su aplicación real, y en segundo término (como ya vieron CÁRDENAS y JOAQUÍN COSTA) (59) por la resistencia que la «plutocracia provinciana» opuso a cualquier reforma social; oposición decisiva, ya que el gobierno de los municipios, y por ende la aplicación de esas Reales Provisiones, estaban en manos de los miembros de esa misma plutocracia local.

Con todo, y pese a los defectos que aún sin apurar el análisis crítico he dejado apuntados, las medidas desamortizadoras de Carlos III e incluso los correlativos planes de quienes entonces se

(57) DEFOURNEAUX, op. cit., pág. 146, nota 3.

(58) NoR, VII, 22, 3, y DEFOURNEAUX, op. cit., pág. 175 y sigs.

(59) CÁRDENAS, Francisco, *Ensayo sobre la historia de la propiedad territorial en España*, Madrid, I, 1873, II, s. a., cfr. II, págs. 187-189; COSTA, op. cit., pág. 122. Sobre los abusos cometidos por esa oligarquía municipal-cfr. el preámbulo de la R. P. de 12 de junio de 1767, reproducido por COSTA, op. cit., págs. 125-128; cfr. también NIETO, A. op. cit., págs. 846-847.

ocuparon de esta cuestión poseen en común una característica importante y positiva: su conexión con un más amplio plan de reforma o de regulación de la economía agraria. El planteamiento desamortizador no se da fuera de ese contexto más general, ni en relación con otros supuestos que, andando el tiempo, constituyeron su razón de ser.

III.—LAS TRIBULACIONES Y APUROS FISCALES DE UN OSADO Y OMNIPOTENTE POLÍTICO LLAMADO GODOY.

5. La desamortización sufrió un cambio radical de orientación política durante el periodo de valimiento de Godoy, como consecuencia de su política internacional y más inmediatamente por efecto del astronómico crecimiento de la Deuda Pública.

Entre otros «records» que hay que reconocer a MANUEL GODOY destaca uno: el haber entablado en década y media cuatro guerras: una con Francia (1793-1795), otra con Portugal (1801-1803) y dos contra Inglaterra (1797-1801 y 1804-1808) (60), o una con Francia y tres con Inglaterra si se prefiere este planteamiento (61). No nos importa aquí el resultado político o militar de cada una de ellas por desastrosos que fueran, sino otro factor más oscuro: el precio de las guerras, lo que costaron en dinero. Y tampoco voy a intentar hacer un cálculo aproximado y directo de dichos costos, sino indirectamente a través de las sucesivas emisiones de Títulos de la Deuda o «Vales reales», como entonces se llamaban.

Desde enero de 1794, en plena guerra del Rosellón contra Francia, hasta abril de 1799, tenemos noticia cierta de los siguientes empréstitos: uno de 320.000.000 de reales (más un extraño y pequeño «pico» de 4.000 reales más) emitido por Real Cédula de 16 de enero de 1794; otro de 360.000.000 por R. C. de 8 de septiembre del mismo año; un tercero creado por R. C. de 4 de marzo de 1795, de 600.000.000; el siguiente, de 240.000.000 se emitió por R. C. de 13 de agosto de 1795 (62); hubo otro de 100.000.000, emitido por

(60) UBIETO-REGLÁ-JOVER-SECO, *Introducción a la Historia de España*, ed. Teide, 3.ª ed., 1966, págs. 407-409.

(61) COMELLAS, J. L. *Historia de España moderna y contemporánea (1474-1965)*, ed. Rialp. 1967, págs. 383-400.

(62) Los datos hasta aquí expuestos pueden consultarse coincidentemente en Godoy, Manuel, *Memorias críticas y apoloéticas para la historia del reinado del señor Carlos IV de Borbón*, BAE, tomos 89 y 88. Madrid, 1956,

Real Cédula de 15 de julio de 1797, que fue ampliado con otros 60.000.000 en virtud de R. C. de 29 de noviembre del mismo año; al siguiente, exactamente el 17 de octubre de 1798 se emitieron Vales por otros 400.000.000 de reales; y el 8 de abril de 1799 se promulgó una Real Cédula que abría otro empréstito de 1.062.186.000 reales (63). En consecuencia, durante poco más de cinco años se emitieron Vales reales por un valor, al menos (64), de unos 3.150.000.000 de reales (65).

A pesar de las primeras operaciones realizadas para amortizar la Deuda Pública interior ésta siguió aumentando en los años sucesivos, pues en 1808, «según liquidación hecha por el Gobierno intruso» y reproducida por CANGA ARGÜELLES (66) el importe de la Deuda ascendía a algo más de siete mil millones de reales.

6. Pero quizá se pregunte el lector qué tuvo que ver el problema de la Deuda Pública interior con el de la desamortización de las tierras municipales o de las pertenecientes a la Iglesia. Veámoslo.

Es curioso que el mismo día que se promulgó la R. C. que abría el primer empréstito de este periodo (el 16 de enero de 1794) se diese también otra creando una contribución de un diez por ciento sobre el «producto de todos los propios y arbitrios del Reyno», destinando su importe a la amortización de Vales reales (67).

He aquí otras dos interesantes disposiciones legales de aquel entonces:

a) La R. C. de 23 de mayo de 1795 que contiene, glosa y manda obedecer un Breve pontificio dado por Pío VII en Roma, a 7 de

concretamente en el t. 88, págs. 167, 168, 170 y 172; y en SÁNCHEZ, Santos, *Colección de todas las pragmáticas, Cédulas, Provisiones, Circulares y Autos Acordados, Vandos y otras provincias publicadas en el actual reinado del señor don Carlos IV*, Madrid, I (1794) y II (1797); cfr. II, págs. 1 a 5; 75-79; 115 y sigs. y 144 y sigs.; cfr. también HERR, op. cit., págs. 314-333.

(63) GODOY, M. *Memorias...*, I, págs. 177, 178, 272 y 273.

(64) GODOY no da cuenta de más, pero quizá hubiese algún otro.

(65) La suma exacta es de 3.042.190.000 de reales de vellón. A veces las cantidades se dan en pesos, otras en reales; cada peso valía veinte reales.

(66) CANGA ARGÜELLES, José, *Diccionario de Hacienda con aplicación a España*, 2.ª ed. Madrid, 1833, t. I, voz, «Deuda de España», págs. 339-340.

(67) NOR, VII, 16, 52. Esta norma tenía ya un precedente de poca importancia práctica: la R. C. de 29 de mayo de 1792 (cfr. NOR, VII, 16, 20). La de 1794 al ampliar el contenido de la de 1792 la derogó «en cuanto no se conformase» con ella.

enero de 1795, autorizando a Carlos IV a que cobrase las rentas y frutos de las Dignidades, Canonjías y otros cualesquiera beneficios eclesiásticos vacantes, con la condición de que las aplicase «al fondo de amortización de los Vales reales» (68).

b) Otra R. C. de 24 de agosto de 1795, que creaba un impuesto de un 15 por 100 sobre el valor de todos los bienes raíces y derechos reales que adquiriera en adelante cualquier «mano muerta», impuesto que «pagará precisamente la Comunidad o 'mano muerta' que adquiera», y que se crea «con el preciso e invariable destino de extinguir los Vales reales» (69).

Estos tres preceptos aparentemente heterogéneos obedecen a unas mismas necesidades y objetivos. Desde entonces el Estado comienza, aunque tímidamente al principio, a poner en conexión la Deuda que contrae, con las dos grandes masas de bienes (los municipales y los de la Iglesia) para de algún modo todavía no definido en términos generales, extraer dinero procedente de estos grandes patrimonios con el cual hacer frente a la devolución de los Títulos de la Deuda.

De momento se trata sólo de la creación de dos impuestos (uno sobre las Haciendas municipales, y otro, que principalmente gravaría a la Iglesia) y de lucrarse con la percepción de unas rentas eclesiásticas. Para esto último se empleó la vía de la negociación diplomática, obteniéndose el correspondiente Breve pontificio. Godoy, como se ve, seguía en la línea de los medios «dulces y pacíficos» propuesta tiempo atrás por Floridablanca. Y además fue también capaz de imponer si no la prohibición de adquirir más bienes por parte de las «manos muertas» eclesiásticas (aspiración del viejo y frustrado proyecto de Carrasco y Campomanes), sí al menos, el pago al Estado de un importe impuesto sobre las futuras adquisiciones eclesiásticas; y es que desde la perspectiva fiscal entonces dominante, era más rentable a corto plazo para la Hacienda real gravar una adquisición que prohibirla.

El siguiente paso en el camino de la creciente conexión entre Deuda Pública interior y tierras desamortizables se dio entre febrero y septiembre de 1798. El Gobierno se encontraba ante una

(68) En SÁNCHEZ, S. *Colección...*, II, págs. 126 a 136.

(69) En SÁNCHEZ, S. *Colección...*, II, págs. 149-152.

crisis fiscal progresiva y se vió obligado a arbitrar nuevos medios para intentar resolverla. Una de estas medidas (de la cual se sentía muy orgulloso Godoy) consistió en vender «en pública subasta todas las casas que poseen los propios y arbitrios de mis reinos», con arreglo al contenido de una R. C. de 21 de febrero de 1798 (70). Como ha escrito un buen conocedor del reino de Carlos IV, la R. C. citada «sentó un precedente fecundo, pues la Corona recurría así a la venta de fincas vinculadas para resolver sus problemas económicos» (71). Para empezar se enajenan sólo casas, fincas urbanas; pero el primer paso ya estaba dado. En adelante se continuará considerando la venta de bienes amortizados como un recurso fiscal para saldar la Deuda Pública interior.

Cinco días después de la anterior R. C., es decir, el 26 de febrero de 1798, firmaba el rey otra (promulgada el 9 de marzo) por la que creaba una Caja de Amortización de la Deuda Pública, «enteramente separada de mi Tesorería mayor», en la cual ingresarían todas las rentas y productos destinados a la Amortización y pago de los intereses de los Vales reales. Tales rentas o ingresos eran los ya citados aquí, más otros que no he mencionado pero que ya existían (72), y en general cuantos ingresos se destinasen en el futuro a ese mismo fin. Se creaba de este modo un órgano fiscal independiente y encargado no sólo de servir de Caja de depósito de unos ingresos, o de contabilizar la Deuda por un lado y las rentas asignadas a su amortización por el otro, sino además de administrar estas rentas, de subrogar unos Vales por otros de más reciente emisión, de aconsejar nuevos empréstitos, etcétera.

Pocos meses después, Godoy madura una idea consistente en dar entrada en la Caja a «un gran fondo que pudiese alcanzar a extinguir los Vales reales» (73). Ese fondo, que no bastó, desde luego, para la extinción deseada, se constituyó merced a lo dispuesto en tres Reales Ordenes promulgadas el 25 de septiembre de 1798.

Por una de ellas se destinaba a la Caja de Amortización los «caudales y rentas de los seis Colegios Mayores», se mandaba proceder a la venta de las fincas en que tales patrimonios consis-

(70) Godoy, *Memorias...*, I, 179-180.

(71) HERR, op. cit., pág. 328.

(72) Godoy, *Memorias...*, I, págs. 182-186, donde reproduce el texto íntegro: cfr. principalmente el preámbulo y el pfo. II.

(73) Godoy, *Memorias...*, I, pág. 268.

tieran, y se aseguraba a los Colegios—a modo de compensación—un tres por ciento de renta sobre el valor en venta de sus patrimonios, quedando la Caja de Amortización obligada al pago de dicha renta (74).

La segunda R. O. de dicha fecha incorporaba «definitivamente a la Real Hacienda», y en concreto a la Caja de Amortización, «todos los bienes que quedasen de las llamadas temporalidades de los jesuitas» (75).

La última R. O. mandaba enajenar «a beneficio de la Caja todos los bienes fundos pertenecientes a hospitales, hospicios, casas de misericordia, de reclusión y de expósitos, cofradías, memorias, obras pías y patronatos de legos, bajo el interés anual del tres por ciento a los desposeídos» (76).

Con estas tres disposiciones podemos decir que se inicia la desamortización tal como siguió realizándose a lo largo del siglo XIX, esto es, con las características siguientes: apropiación por parte del Estado y por decisión unilateral suya de bienes inmuebles pertenecientes a «manos muertas»; venta de los mismos; y asignación del importe obtenido con las ventas a la amortización de los Títulos de la Deuda.

Nótese que hasta ahora se efectúa esa desamortización sólo sobre bienes de «manos muertas» políticamente débiles (Colegios Mayores, hospicios, hospitales...) o indefensas (jesuitas expulsados). La Iglesia no dio la batalla en defensa de los patrimonios de estas instituciones que o pertenecían claramente a ella, o en cierto modo de ella dependían.

Según GONZÁLEZ las ventas derivadas de la tercera de las Reales Ordenes de 25 de septiembre de 1798 continuaba efectuándose y con buen resultado en 1802 y 1803 (77), pero «los fondos que debían servir para ir amortizando Vales reales se destinaron a los gastos de la guerra» (78), con lo cual hubo necesidad de buscar nuevos bienes para ser vendidos y hacer frente con su importe a la Deuda Pública interior.

No conozco cómo se llevaron a cabo las negociaciones que des-

(74) *Ibidem*, I, pág. 271.

(75) *Ibidem*, I, pág. 272.

(76) *Ibidem*, I, pág. 273.

(77) *Ibidem*, I, pág. 370 y pág. 401.

(78) *Ibidem*, II, pág. 60.

embocaron en el Breve pontificio de Pío VII a que voy a referirme; lo cierto es que el 12 de diciembre de 1806 el Papa concedió al rey la facultad de enajenar «la séptima parte de los predios pertenecientes a las iglesias, monasterios, conventos, comunidades, fundaciones y a otras cualesquiera personas eclesiásticas, incluso los bienes patrimoniales de las cuatro Ordenes Militares y la de San Juan de Jerusalén». Los interesados serían recompensados con una renta del 3 por 100 sobre el valor de sus respectivos bienes, así desamortizados. No se trata ya de conceder a la Hacienda real unas rentas de bienes vacantes, o de no oponerse a la desamortización de bienes de instituciones benéficas, sino de algo más importante: la autorización para enajenar el «séptimo eclesiástico», computado sobre todos los bienes del clero regular o secular, si bien con la compensación de una renta del 3 por 100. Como es fácil suponer, había que aplicar «los productos de la gracia a la extinción de los Vales reales y al socorro de las urgentísimas necesidades de la Monarquía» (79).

La desamortización de bienes eclesiásticos aparece aquí como una «gracia» concedida por Roma. La situación internacional contribuiría, sin duda, a este importante otorgamiento de Pío VII, quien probablemente prefería ayudar al mantenimiento de una Monarquía del Antiguo Régimen, antes que correr el riesgo de que también la Monarquía española se desmoronase.

No obstante, todo parece indicar que la aplicación de la R. C. de 21 de febrero de 1807 por la que se publicó en España el citado Breve de Pío VII, fue mínima. El mismo Godoy, que se esfuerza por destacar la importancia de su triunfo diplomático y por alabar las favorables consecuencias de todo orden que se derivaron de dicha Real Cédula, reconoce, sin embargo, que «en 1808 faltaba mucho todavía para que se hubiese dado fin a las ventas concedidas por el Papa». Fernando VII en su primer periodo de gobierno en marzo-mayo de 1808 suspendió la venta del «séptimo eclesiástico», y, en consecuencia, este «pingüe arbitrio», como lo calificó CANGA ARGÜELLES, se quedó «casi en las primeras diligencias de su aplicación» (80).

(79) CANGA ARGÜELLES, *Diccionario...*, II, pág. 577; Godoy, *Memorias...*, II, págs. 60-61.

(80) Op. y loc. cit., en nota anterior; Godoy, op. y loc. cit., en nota anterior; ARTOLA, Miguel, *La España de Fernando VII*, en «Historia de Es-

7. Ya hemos pasado revista a los dos planteamientos de la desamortización que seguirán luchando entre sí durante el siglo XIX: desamortizar para hacer una reforma—aunque tímida—de la economía agraria, o desamortizar para hacer frente al pago de intereses y capitales de la Deuda Pública interior. Eran las dos posibilidades, y entre ellas se impuso la segunda ya desde los tiempos de Góty. La otra finalidad será defendida en varios momentos del siglo y por diversos personajes; pero nunca cuajará en textos legales. Por encima de los intereses de las clases rurales (y de los de la economía toda del país) se impondrán en adelante los de la Hacienda Pública.

Pero ¿en manos de quién estaban esos Vales reales? Puesto que la única clase social que tenía dinero líquido para adquirirlos era la burguesía es obvio que los tenedores de Títulos de la Deuda, los acreedores del Estado, eran los componentes de la burguesía, o más en concreto aquellos burgueses dedicados a especular con su dinero, con su capital. Era lógico, pues, que los más interesados en que el Estado pagase los intereses de los Vales y en que amortizase oportunamente los mismos Vales, fuesen esos burgueses.

La burguesía se fue enriqueciendo notablemente durante la segunda mitad del siglo XVIII, sobre todo, como es bien conocido, en las ciudades mercantiles y marítimas de la periferia. En las últimas décadas del XVIII tiene poder económico, pero le falta el poder político, todavía detentado por los estamentos privilegiados de una sociedad encuadrada aún dentro de los módulos del Antiguo Régimen. Cuando éste caiga, la burguesía se hará con el poder político. Y si ya antes los intereses de la Hacienda pública (defensa del crédito nacional, aminoración de la Deuda, aumento de los ingresos fiscales a través de empréstitos) y los de la burguesía (acreedora del Estado) eran convergentes, ahora, desde la implantación del Estado liberal burgués, la convergencia se convierte en identidad.

Dados estos supuestos no es difícil adivinar cuál fue la política legislativa seguida en materia de desamortización por el Estado Constitucional a través del siglo XIX.

IV. DE GODOY A MENDIZÁBAL, PASANDO POR CÁDIZ.

8. A más guerras, más Deuda. Y como en los primeros decenios del XIX la guerra es un estado habitual en nuestro país, no puede sorprendernos que la Deuda continuase ascendiendo. CANGA ARGÜELLES, que calculaba su importe en 1808 en algo más de 7.000.000.000 (81), valúa su montante en 1826 en poco más de 18.000.000.000 (82). Ya este dato nos indica que la operación de desamortizar tierras para amortizar Títulos dio escasos o nulos resultados, pues, como veremos en seguida, entre esas dos fechas se vendieron bastantes bienes con la finalidad indicada.

En marzo de 1811 se planteó en las Cortes de Cádiz el problema de la Deuda Pública y el de los medios aplicables para lograr su amortización (83).

Una primera posibilidad en orden a esta cuestión consistía en la declaración de bancarrota, es decir, en que el Estado liberal no reconociese la Deuda contraída por la Monarquía absoluta. Los diputados de Cádiz se dividieron a este respecto. Quienes pertenecían a los viejos estamentos privilegiados carecían casi por completo de Vales reales, y por lo mismo no habían experimentado pérdida alguna con el impago de intereses durante los últimos años del reinado de Carlos IV y primeros del periodo bélico, ni la sufrirían con la anulación de los Vales; por estas circunstancias, tales diputados se sentían inclinados a proponer la bancarrota total, o por lo menos, la parcial, consistente esta última (defendida en marzo de 1811 por Lázaro Dou) en reconocer los Vales pero no por su valor nominal, sino tan sólo por su valor de cotización; como éste era enormemente inferior a aquél, tal forma de reconocimiento de los Vales implicaba la cancelación automática de gran parte de la Deuda (84).

(81) CANGA, *Diccionario...*, I, págs. 140-344. En la «Memoria» firmada por él mismo en Cádiz, a 6 de marzo de 1811 y presentada a las Cortes el día 30 del mismo mes y año, la cifra que da no es exactamente igual, aunque sí muy parecida; cfr. *Diario de Sesiones*, 30 de marzo de 1811, pág. 781 y sigs. en especial ahora, pág. 783.

(82) CANGA, *Diccionario...*, I, pág. 340 y sigs. en especial, pág. 344.

(83) ARTOLA, *Orígenes...*, I, págs. 509-511. Artola ha resumido su tratamiento de la desamortización tal como aparece en esas páginas, en las más recientes de su «España de Fernando VII», cit., págs. 500 a 509; citaré siempre por *Orígenes...*, por la mayor amplitud que allí dedica a este tema.

(84) La opinión de LÁZARO DOU puede verse en D. S., día 5 de marzo

Por el contrario, los diputados pertenecientes a la burguesía, y presumiblemente tenedores de Títulos, defendieron no sólo el reconocimiento de los Vales reales, sino que éste se hiciera por el valor nominal de los Títulos, y que se reconociesen asimismo todo tipo de créditos contra el Estado, tales como los atrasos debidos a los funcionarios, o los créditos de los particulares contra la Hacienda por suministro de víveres durante la guerra, así como otros análogos.

El documento más importante en este sentido es la «Memoria» firmada en Cádiz a 6 de marzo de 1811 por el Ministro de Hacienda interino don JOSÉ CANGA ARGÜELLES, y presentada por el mismo a las Cortes en sesión del día 30 del citado mes y año.

Las principales ideas allí expuestas son las siguientes:

Es justo y urgentemente necesario defender los intereses de los tenedores de Vales, a quienes—dice CANGA—ni se les pagan réditos ni se les amortizan sus Títulos, consecuencia de lo cual es que el Crédito público sea nulo. Urge también restablecer el Crédito nacional. Una y otra necesidades son inseparables; hay que «ligar los intereses del ciudadano con los del Gobierno» (85).

La Deuda pública constaba entonces de dos clases, una anterior a marzo de 1808, ya reconocida y consolidada oficialmente, y otra constituida «por las sumas no satisfechas al tiempo del levantamiento de la Nación, y las consumidas y no pagadas desde ese momento hasta el día». A esta última la denomina CANGA ARGÜELLES

de 1811, pág. 634. El origen de esta discusión arranca de una proposición del señor García Herreros relativa a que en la venta de bienes nacionales (por entonces estaba discutiéndose si era o no conveniente venderlos y cuáles serían tales bienes), el precio se pagara enteramente en metálico, con exclusión expresa de los Vales reales y créditos contra el Estado (D. S. del mismo día, pág. 633). Argüelles opinó abiertamente en contra de tal exclusión, que él calificó de declaración de bancarrota; Dou expuso entonces su idea ya mencionada. Otros diputados se manifestaron después a favor de una u otra de las dos posiciones ya definidas; así, Quintana en ese mismo día (pág. 635) y Borruil y Pelegrín en sesión del día 20 (D. S. mismo tomo, págs. 717 y 719), secundaron a García Herreros; Aner apoyó a Argüelles, pero limitando la admisión de Vales o de Créditos sólo hasta la tercera parte del precio (D. S., 5. III. 1811, pág. 635, y 20. III. 1811, pág. 718), y como él opinaron Mejía, Creus y otros varios (cfr. locs. cit.). Como veremos, esta postura fue la que prosperó; el señor Aner en la primera de sus intervenciones citadas enarcó la defensa del crédito nacional con estas palabras: «Yo no sé cuál sería la obra más grande que pueden hacer las Cortes, si el restablecer en su punto el Crédito público, o el hacer la Constitución».

(85). D. S. 30. III. 1811, págs. 781 a 793; cito en adelante como CANGA. *Memoria*; cfr. ahora págs. 781 y 783.

Deuda pendiente no reconocida, analizando en el texto de su «Memoria» las diferentes procedencias de los créditos a favor de particulares o de entidades corporativas que la componen (86).

Todas las obligaciones contraídas por la Nación deben ser oficial y legalmente reconocidas, declarándose obligada la Nación «a pagar indistintamente las antiguas y las modernas, sin exclusión de fechas, de causas, ni de motivos». Sólo así se restablecerá la seguridad de los acreedores, su confianza respecto a la Hacienda real; y como consecuencia de todo ello renacerá el crédito público (87).

Pero no basta con el reconocimiento de los Vales y créditos, sino que hay que encontrar y dar a conocer públicamente los medios que permitirán efectuar el pago de intereses y capitales de la Deuda. Las «providencias» que a tal fin propone CANGA son las siguientes:

Primera.—Se procederá a una liquidación de todos los créditos contra la Hacienda que no consistan en Vales reales. Una vez valorados y reconocidos, se extenderá por su importe a los acreedores unos «billetes», subrogándose éstos en el lugar de aquéllos.

Segunda.—«Estos billetes de créditos liquidados representan unas letras a la vista contra la Nación, que deberá facilitar los medios de hacerlos desaparecer».

Tercera.—A tal efecto, tanto los Vales reales como los «billetes de créditos liquidados» se admitirán en pago de contribuciones, y estos últimos serán admitidos también en concepto de pago del precio de compra de las fincas que se destinen al objeto.

Cuarta.—Se mandará vender «en pública subasta a billetes todas las fincas rústicas y urbanas pertenecientes a las cuatro Ordenes Militares, los baldíos no necesarios a los pueblos para la manutención de sus ganados, y los fincas pertenecientes a conventos destruidos por la guerra». Es decir, que el precio de venta en subasta de estas fincas se había de pagar necesariamente en dichos «billetes», por lo cual sólo los acreedores del Estado que po-

(86) CANGA, *Memoria*, págs. 784 y 786.

(87) CANGA, *Memoria*, págs. 789 y 791

seyeran tales «billetes» podían concurrir a las subastas de enajenación de estos bienes.

Quinta.—También podrían ser vendidas con el mismo fin algunas de las principales fincas que fueron de Godoy o de los afrancesados y, «en caso extremado», las del «séptimo eclesiástico» (88).

La «Memoria» de CANGA ARCÜELLES significa el reconocimiento y defensa de los intereses de la burguesía, y vino a consolidar el engarce entre desamortización de tierras y liquidación de la Deuda interior, dando entrada en este sentido a un nuevo instrumento importante: la admisión de créditos contra el Estado como forma de pago del precio de remate de las fincas desamortizadas, mecanismo que desde entonces aparecerá en gran parte de la posterior legislación desamortizadora. De la «Memoria» de CANGA arranca, como ha escrito ARTOLA, la formulación detallada del segundo programa desamortizador (89), programa—conviene subrayarlo—que enlaza de hecho con las disposiciones desamortizadoras de MANUEL GODOY.

Con pocos cambios de importancia, dicha «Memoria» se convirtió en el Decreto de 13 de septiembre de 1813 (90). En él se ratificaba el reconocimiento de la Deuda posterior a 18 de marzo de 1808 (pues ya se la había reconocido en un Decreto de 3 de septiembre de 1811, primer fruto legal de la «Memoria» de CANGA); el Decreto de 13 de septiembre de 1813 dividía la Deuda en con o sin interés, según su procedencia, y en anterior o posterior al 18 de marzo de 1808, enumerando los créditos que la componían en cada caso (artículos 2 a 7).

De momento se garantizaba el pago de los intereses de la Deuda con cargo a las rentas de las fincas componentes del fondo de amortización (artículo 14), pero además se preveía que una vez terminada la guerra con Francia el Estado aumentaría sus ingresos fiscales para hacer frente con ellos a los intereses de la

(88) CANGA, *Memoria*, pág. 790, in fine y 791-793

(89) ARTOLA, *Orígenes*, págs. 511 y 518.

(90) Para las etapas intermedias de esta transformación, cfr. ARTOLA, *Orígenes*, 513-518; el texto del Decreto de 13 de septiembre de 1813 puede verse en D. S. de ese mismo día (sesión extraordinaria nocturna), págs. 6219 a 6222, y también en *Colección de los Decretos y Ordenes que han expedido las Cortes Generales y Extraordinarias desde 24 de febrero de 1813 hasta 14 de septiembre del mismo año*, t. IV, Madrid, 1820, pág. 253 y sigs.; lo citaré en adelante como *Colección Decretos*.

Deuda, y atendería a la amortización de la misma por medio de la venta de las tierras afectadas a tal fin (artículo 15).

Estas tierras reciben ya la denominación de «bienes nacionales». Son considerados como tales los bienes confiscados o por confiscar a los traidores; los de las temporalidades de los jesuitas; los de la Orden de San Juan de Jerusalén y los de las cuatro Ordenes Militares; los de conventos y monasterios suprimidos o destruidos durante la guerra; las alhajas y fincas llamadas de la Corona y los Sitios Reales, salvo los que se destinen a servicio y recreo del rey; y la mitad de los baldíos y realengos (artículo 17).

Las fincas se venderían a pública subasta, y el importe de los dos tercios del precio de remate había de pagarse «exclusivamente en créditos de la Deuda nacional» (artículos 15, 22 y 25).

Este Decreto de 13 de septiembre de 1813, que en cierto modo constituye la primera norma legal general desamortizadora del siglo XIX, apenas pudo aplicarse debido al inmediato retorno de Fernando VII y del Estado absoluto. Pero junto con la «Memoria» de CANGA encierra todos los principios y mecanismos jurídicos de la posterior legislación desamortizadora.

9. Al margen de estas discusiones, «Memorias» y disposiciones sobre el planteamiento general de la desamortización y su conexión con el problema de la Deuda pública interior, en el periodo de 1808 a 1814 se tomaron también medidas legales concernientes en concreto a la venta de algunas clases de bienes amortizados. Casi todas estas normas pueden incluirse bajo los epígrafes de la desamortización eclesiástica o de la municipal; pero antes de analizar estos dos grandes campos de la desamortización, interesa comentar un Decreto de 22 de marzo de 1811 sobre enajenación y venta de algunos edificios y fincas de la Corona (91).

Precisamente la discusión antes comentada acerca del reconocimiento de los Vales reales surgió durante el debate parlamentario de este Decreto (92). La fundamentación expresa del mismo, según consta en su breve exposición de motivos, consistía en la necesidad de suprimir los gastos de conservación producidos por

(91) Puede verse en *Colección Decretos*, t. I, págs. 109-110.

(92) D. S. 1. III. 1811, pág. 610 y sigs.

tales bienes, y en la conveniencia de recaudar fondos para sostener la «sangrienta lucha» contra los franceses.

Se decretaba la enajenación de estos edificios y fincas, salvo «por ahora los palacios, cotos y sitios reales» (art. 1). La venta, previa tasación, se haría en pública subasta (art. 3) y el precio del remate podría pagarse en Vales reales hasta un tercio de su importe, debiendo entregarse en metálico las otras dos terceras partes (art. 5); también podía pagarse un tercio del precio en metálico y los otros dos «en créditos procedentes de suministros o de asientos hechos para la subsistencia y servicio de los ejércitos en la presente guerra» (art. 6). Como puede observarse, el pago en créditos o en Vales, introducido en este Decreto, contemporáneo de la «Memoria» de CANGA ARGÜELLES, se mantuvo ya en adelante en ulteriores normas de más amplio ámbito de aplicación.

Durante las Cortes de Cádiz se suscitó también el problema de la desamortización de bienes municipales (93). ALEJANDRO NIETO ha destacado el hecho de que en Cádiz se plantearon y discutieron «con altura que luego no ha sido superada» todas las cuestiones concernientes a la desamortización civil (94). Hubo ciertamente en Cádiz diputados enemigos de desamortizar estos bienes, se pronunciaron profecías sobre los desastrosos resultados de la política desamortizadora sobre los municipios rurales, y hubo también denodados—y victoriosos—partidarios de la enajenación de los bienes municipales.

El tema surgió a discusión en la sesión de 20 de enero de 1811 y se cerró dos años después con el Decreto de 4 de enero de 1813. En la sesión citada el diputado señor Oliveros puso en conocimiento de las Cortes el hecho de que en Badajoz, por decisión de su Junta, aprobada por el Consejo de Regencia, se estaban vendiendo bienes baldíos desde abril de 1810, ventas en las que se cometían muchos abusos, pues sucedía que los bienes «se venden acaso por una octava parte de su valor». A propuesta de este diputado, apoyada y completada por otra del señor García Herreros, se acordó suspender de momento tales ventas y nombrar una Comisión parlamentaria

(93) ARTOLA, *Orígenes...*, págs. 518-526, y NIETO, op. cit., págs. 846-862; en mi exposición procuro simplemente completar las visiones que de las discusiones ofrecen estos dos autores.

(94) NIETO, op. cit., pág. 848.

«que proponga la parte de baldíos y de bienes de propios que deba venderse en todo el reino y el modo y forma de llevarla a efecto».

En esta misma sesión, CALATRAVA advirtió que antes de decidir la parte y el cómo de las ventas, se debería «reflexionar con madurez si estas ventas serían útiles al Estado o no» (95). Fue la suya una voz—y no la única—que problematizó una cuestión respecto a la cual muchos diputados tenían ya tomada una postura previa, frívola y dogmática. Así, LÁZARO DOU pretendía eludir la discusión del problema amparándose en la tradición desamortizadora iniciada en los tiempos de la Ilustración, y que contaba con los entonces casi míticos nombres de Floridablanca y Jovellanos (96). El precedente ilustrado era, pues, globalmente invocado como argumento de autoridad en favor de un tipo de desamortización que no se ajustaba al entonces realmente propugnado. Pero ya es sabido que en una discusión parlamentaria cualquier argumento o—como en este caso—una cita oportuna de algún personaje intocable, puede ser altamente eficaz.

No creo tenga interés volver a resumir aquí las sucesivas etapas de este debate de las Cortes gaditanas (97). Pero antes de comentar el articulado del Decreto de 4 de enero de 1813 quiero reproducir las principales objeciones que se presentaron a la tesis, al fin triunfante, de la desamortización municipal. Mi intención es demostrar que el planteamiento liberal desamortizador tuvo que vencer en cada una de sus decisivas etapas una notable resistencia teórica; lo cual equivale a afirmar que se llevó en todo momento a cabo con plena conciencia de los riesgos que entrañaba y de la existencia de otras alternativas vías desamortizadoras.

Dentro de esta línea opuesta a la desamortización destaca el discurso del diputado señor Huerta, pronunciado el 2 de febrero de 1811 (98), del que conviene resaltar las siguientes afirmaciones y razones:

Los bienes de propios constituyen el patrimonio sobre el que descansa «el gobierno económico y la policía rural de los pueblos».

(95) D. S., 20 de enero de 1811, págs. 410-411.

(96) «El señor Dou: ¿Se duda por ventura que sean un mal todos los baldíos? ¿Cómo no lo han de ser si se oye a Campomanes, Floridablanca y Jovellanos? Esto es un hecho: la Ley Agraria lo dice claro» (D. S., 2 de febrero de 1811, pág. 488).

(97) Cfr. nota 93; me remito a lo allí citado.

(98) D. S., sesión citada, págs. 486-488.

A expensas de ellos se hace frente en cada lugar a los gastos concernientes a la enseñanza, «salud pública», comunicaciones, etcétera. Su enajenación, aunque proporcionara algún dudoso y siempre pasajero beneficio, produciría incontables males permanentes, de manera que tal remedio se parece «al del salvaje que cortaba el árbol por el pie para coger el fruto con más descanso».

La enajenación daría lugar a abundantes «manejos y colusiones», como se había visto ya en las llevadas a efecto en Extremadura hasta entonces. Y si, como paliativo del mal, no se ordenaba la venta de todos los baldíos y propios, sino sólo de una parte de ellos, la determinación de cuál sería ésta y su concreción en cada lugar sería lentísima y provocaría enormes gastos que reducirían casi a la nada el beneficio económico de la Hacienda real, máxime teniendo en cuenta «la resistencia que ofrecerán constantemente los pueblos» frente a la aplicación de cualquier ley desamortizadora de sus patrimonios municipales.

Poco después, cuando la Comisión encargada de estudiar este asunto presentó a las Cortes un primer dictamen en agosto de 1811, se expresaron en contra del mismo (y, por tanto, se opusieron a la desamortización municipal) LÁZARO DOU—el mismo que la había defendido frívolamente meses antes—, ANER, VERA, MORALES GALLEGU y MARTÍNEZ TEJADA, además de CALATRAVA y TERRERO. Estos dos últimos ofrecieron razones muy claras y convincentes. Veamos las de TERRERO (99):

«Me opongo—*decía*—a la venta de propios y baldíos...; ¿para quién sería el fruto de semejantes ventas? Acabo de oírlo: para tres o cuatro poderosos, que con harto poco estipendio engrosarian con perjuicio común sus propios intereses».

Y se oponía también a la entrega de las fincas municipales en concepto de arrendamiento a largo plazo, porque las mejores tierras irían a parar igualmente a los vecinos más poderosos, y además porque «si por una fortuna rara y extraordinaria» le tocase a algún vecino pobre un buen lote de tierras, las perdería al cabo de uno

(99) El discurso de Calatrava está ampliamente reproducido por NIETO, op. cit., págs. 849-850; el de Terrero, puede verse en D. S., 27 de agosto de 1811, págs. 1.701-1.703.

o dos años por falta de capital para explotarlas y para pagar el canon del arrendamiento.

¿Conocería el diputado señor TERRERO la experiencia de las Reales Cédulas de Carlos III de 1766, 1767, 1768 y 1770? No las cita; pero el eco de aquellas disposiciones llega perfectamente audible a nosotros a través de las reflexiones en voz alta del diputado gaditano.

Pese a todos estos argumentos y objeciones, la Comisión de Agricultura continuó trabajando sobre el mismo tema y sin modificar sustancialmente su línea. Fruto de la labor de tal Comisión es el proyecto de Decreto que presentó a las Cortes el 22 de febrero de 1812. Nótese que Calatrava, que en agosto del año anterior se había opuesto a la enajenación de propios y baldíos, forma ahora parte de la Comisión citada e incluso es su portavoz en las sesiones de Cortes, defendiendo como tal la reducción «a dominio particular de los terrenos de propios y baldíos» (100). Cambios de opinión como este, o el ya mencionado de LÁZARO DOU, dicen poco en favor de la reflexión y madurez de juicio de muchos diputados; o al menos, testimonian en favor de su criterio tornadizo.

Todavía se opusieron a la desamortización municipal los diputados GARCÍA HERREROS, PELEGRÍN y, de manera muy inteligente y brillante, GÓMEZ FERNÁNDEZ (101); mas inútilmente. El dictamen de la Comisión de febrero de 1812 se transformó, tras las sucesivas discusiones y con pocos retoques sustanciales, en el Decreto de 4 de enero de 1813. En todo caso, en el articulado de este Decreto se reflejan algunas ideas de quienes se habían opuesto a sus sucesivos esbozos; de ahí que la finalidad reformista aparezca formulada en su texto. No obstante, calificar de «primer gran reforma agraria de nuestra época contemporánea» al Decreto en cuestión, me parece una afirmación claramente hiperbólica (102).

La finalidad del mismo—a la cual obedece fielmente su articulado—es declarada en el preambulo, donde se dice que se pretende proporcionar con los baldíos y propios enajenados «un auxilio a las necesidades públicas, un premio a los beneméritos defensores

(100) Cfr. por ejemplo, D. S., 15 de abril de 1812, pág. 3.058.

(101) Pueden verse citas parciales pero bien elegidas de sus discursos en las obras y lugares de Artola y Nieto citados en nota 93.

(102) La expresión es del Prof. SECO en su, por lo demás, sugestiva *Introducción* al libro de ARTOLA «La España...», p. XV y XVI.

de la Patria, y un socorro a los ciudadanos no propietarios». Fin fiscal, fin militar (recompensas patrióticas) y reformismo agrario (103) en partes iguales.

El artículo 1 sentaba el precepto desamortizador general de que «todos los terrenos baldíos o realengos y de propios y arbitrios... se reducirán a propiedad particular», sin más limitación para sus adquirentes que la de no poder vincularlos o «pasarlos» a «manos muertas» (art. 2).

La ejecución de este precepto se desglosaba en dos regímenes distintos para las dos mitades del total de baldíos y propios. Una mitad (vinculada al pago de la Deuda nacional) se enajenaría preferentemente a favor de los vecinos de los pueblos donde radicasen los bienes, y se admitiría en pago de sus precios «por todo su valor» los créditos competentemente liquidados que tuvieran los compradores por razón de «suministros y préstamos» hechos al Gobierno, y en defecto de estos créditos, cualquier otro de que fuesen titulares. De este modo se intentaba (arts. 6 y 7) saldar los créditos de ayuda a la guerra (Deuda posterior a marzo de 1808) con preferencia a los antiguos Vales reales, que se admitían como forma de pago subsidiaria de los más recientes créditos.

La otra mitad de bienes baldíos y de propios se había de repartir en suertes gratuitas a favor de los individuos que hubiesen prestado sus servicios en la guerra, fueren o no militares. En esto consistían, pues, los llamados «premios patrióticos» (arts. 9 a 13). También podían entregarse estas suertes gratuitas a los vecinos de los pueblos respectivos que las pidieran y no tuviesen otra tierra de su propiedad. A estos últimos beneficiarios se les entregaban las tierras con dos condiciones no indicadas en relación con los «premios patrióticos»: una, el establecimiento de un canon redimible a favor del Municipio, equivalente al rendimiento de la tierra componente del lote durante el quinquenio 1802-1807; otra, la de que si alguno de los agraciados «dejase en dos años consecutivos de pagar el canon, siendo de propios la suerte o de tenerla en aprovechamiento», la perdería definitivamente (arts. 15 y 16).

Estas últimas condiciones invalidaban en gran parte el reformismo social agrario del Decreto de 4 de enero de 1813, por las razones

(103) El texto íntegro puede verse en CASAS, A., *Recopilación concordada y comentada de la Colección legislativa de España*, Granada, 1857, I, págs. 55-57.

ya analizadas cuando tratábamos de las Reales Cédulas de Carlos III, y repetidas en Cádiz por el diputado señor Terrero. De todos modos, este Decreto es de los más aceptables entre la densa serie de textos legales desamortizadores, pues por lo menos se esfuerza por compatibilizar los tres fines indicados.

10. En relación con la desamortización eclesiástica, trataremos tres puntos de desigual importancia—escasa en los dos primeros, mucho mayor en el último—.

El primero concierne a la Inquisición. Una vez abolida ésta (104), la Comisión de Hacienda propuso que se decretase que, desde el día de su extinción, todos sus bienes pertenecían a la Nación (105). Consecuencia de esta propuesta fue el Decreto de 22 de febrero de 1813, que contenía tal declaración, así como varias medidas para la incautación y destino del antiguo patrimonio del llamado Santo Oficio (106).

El segundo se refiere a las cuatro Ordenes Militares y a sus respectivos patrimonios. En sesión de 11 de agosto de 1811, el Conde de Toreno presentó una breve proposición, en la que pedía la extinción de las cuatro Ordenes Militares y la formación de un fondo con los patrimonios de las mismas, para con cargo a él pagar las pensiones de la recién creada «Orden Militar nacional de San Fernando»; finalmente, solicitaba que, como estas nuevas pensiones importarían una escasa cuantía, «el resto de tales bienes, que, como tan pingües, será abundante, se conceptúen bienes de la Nación, para aumento de su crédito y pago de su deuda» (107).

La idea de TORENO no prosperó de momento (ni siquiera llegó a someterse a votación), pero a la larga había de salir victoriosa. En efecto, como ya sabemos, en el Decreto de 13 de septiembre de 1813 se incluyeron entre los bienes nacionales, los de las cuatro Ordenes Militares de Santiago, Alcántara, Calatrava y Montesa, así como los de la Orden de San Juan de Jerusalén (108).

(104) Dto. de 22 de febrero de 1813, en *Colección Decretos*, t. III, páginas 215-216.

(105) D. S. 1. II, 1813, págs. 4.615-4.616.

(106) Dto. de 22 de febrero de 1813, cit. en nota 104; cfr. *Colección Decretos*, tomo III, págs. 220-222.

(107) D. S. sesión cit., págs. 1.618-1.619.

(108) Exactamente en su artículo 17; cfr. antes, núm. 8.

En Cádiz no se planteó siquiera la cuestión de la desamortización de los bienes del clero secular. Recuérdese incluso la moderada actitud mantenida durante este periodo al conservar en suspenso la ejecución del breve Pontificio de Pío VII sobre la venta del séptimo de los bienes eclesiásticos, y también la prudente reserva que sobre los mismos formuló CANGA ARGÜELLES, en su famosa *Memoria* de 1811 (109). El caballo de batalla lo constituyó, sin embargo, la cuestión de la supresión o reforma del clero regular, con la consiguiente conversión de sus patrimonios en bienes nacionales—último de los puntos que quiero tratar aquí—.

Anticipemos que ya José I había dado un Decreto a 18 de agosto de 1809, suprimiendo «todas las Ordenes regulares, monacales, mendicantes y clericales (*sic*)» existentes en España (art. 1), cuyos bienes quedaban automáticamente aplicados a la Nación (artículo 4) (110).

Este precepto fue muy importante en relación con el tema que estudiamos, pues, como consecuencia de él, muchas instituciones religiosas quedaron disueltas de hecho (al margen de toda consideración juridico-canónica). La mecánica de la guerra produjo también con frecuencia idénticos efectos en muchos conventos, monasterios y «casas de religiosos».

En un Decreto de 17 de junio de 1812 (arts. 7 y 8) se ordenó el secuestro de los bienes pertenecientes a establecimientos «eclesiásticos o religiosos extinguidos, disueltos o reformados por resultados de la insurrección o por providencias del Gobierno intruso», si bien con carácter provisional, ya que se hacía el secuestro con calidad de reintegrar a tales entidades religiosas en la posesión de las fincas, «siempre que llegue el caso de su restablecimiento» (111), esto es, cuando aquéllas volviesen a reanudar su normal vida colectiva.

La tentación de hacer definitivo el secuestro de estos bienes, convirtiéndolos en nacionales, cruzó por las mentes de los diputados más avanzados... y anidó en ellas. Desde ese momento quedaron

(109) Cfr. antes núms. 6 y 8.

(110) Puede verse su texto íntegro en *Prontuario de las leyes y decretos del Rey Nuestro Señor José Napoleón I desde el año de 1805*, t. I, segunda edición, Madrid 1810, págs. 303 y sigs.

(111) Cito a través de la referencia que al mismo se hace en escrito de la Comisión de Hacienda, presentado a las Cortes en sesión de 18-IX-1812; D. S., pág. 3.704.

enlazadas dos cuestiones hasta entonces separadas entre sí: la de la reforma del clero regular y la referente a la desamortización de sus bienes (112). Reforma que fue defendida, partiendo de la idea ilustrada de que toda institución (incluidas las aclesiásticas) sólo se justifica socialmente en función de su utilidad. Y como sólo se creía útiles a las instituciones eclesiásticas dedicadas a la enseñanza o a la beneficencia, se propuso la supresión de las demás y la conversión de sus patrimonios en «bienes nacionales», para proceder después a su correspondiente enajenación (113).

De momento, el proyecto no se convirtió en norma legal. Como ya hemos visto, en el Decreto de 13 de septiembre de 1813 no se mencionan para nada los bienes del clero regular. Pero la ocasión práctica y la idea teórica se habían enlazado y habían tomado cuerpo. Luego, en el trienio liberal, logró imponerse lo que en Cádiz no pasó de ser un amago de reforma y de desamortización eclesiástica referida sólo al clero regular.

11. El trienio liberal de 1820 a 1823 significó el restablecimiento de la legislación desamortizadora de las Cortes de Cádiz, y en algunos aspectos dio entrada a disposiciones nuevas, aunque siempre sobre problemas ya planteados en Cádiz. Dada la gran cantidad de coincidencias ideológicas y normativas entre ambas etapas, sobre todo en lo que afecta al tema que tratamos, me permito presentar formalmente aquí el trienio constitucional como una prolongación de la obra desamortizadora del anterior periodo liberal.

Por otra parte, conviene tener presente que Fernando VII, en su época absolutista de 1814 a 1820, mandó también enajenar los baldíos y realengos, con la finalidad expresa de invertir su importe en el pago de intereses y amortización de Títulos de la Deuda pública. La Real Cédula de Fernando VII no tiene importancia por causa de su aplicación (que no pudo ser muy grande), sino por su simbolismo. La pesadilla de la Deuda pública quitaba el sueño a políticos de una y otra ideología, y todos parecían estar de acuerdo en que la desamortización de bienes municipales constituía la so-

(112) ARTOLA, *Orígenes*, pág. 529.

(113) ARTOLA, *Orígenes*, págs. 529-536.

lución salvadora (114). Estas Cédulas fernandinas sirven de puente entre Cádiz y el trienio, pasando por encima de las diferencias ideológicas que supuso, respecto a ambas épocas liberales, el reinado absolutista de 1814 a 1820.

Los hombres del trienio tampoco fueron capaces de aminorar la Deuda; el problema financiero seguía pesando sobre todos los gobernantes. Más gastos militares, más déficit, más empréstitos... (115). Y, sin embargo, el Gobierno se esforzó por amortizar la Deuda interior, obedeciendo así a dos imperiosos impulsos: el de contentar a los burgueses acreedores de la Hacienda y el de aumentar el número de partidarios del régimen liberal. Las discusiones parlamentarias y la Prensa política del momento ponen de manifiesto la existencia y el peso específico de esos intereses, así como también nos dan, una vez más, a conocer la conciencia que muchos hombres tenían de los gravísimos inconvenientes y perjuicios que se derivarían de tal programa desamortizador. La argumentación, en pro de una u otra actitud, ya nos es conocida (116), puesto que en esencia se repite ahora lo argüido por una y otra parte en la etapa anterior.

El 9 de agosto de 1829, las Cortes promulgaron un Decreto disponiendo la inmediata venta en pública subasta de todos los bienes nacionales afectos a la extinción de la Deuda pública. Este breve Decreto (uno de los más radicales que conozco en este sector normativo) (117) significaba no sólo el expreso restablecimiento del de 13 de septiembre de 1813 (al que en efecto se remite varias veces a lo largo de sus artículos), sino también una postura más

(114) CÁRDENAS, *Ensayo...*, II, pág. 192; AZCÁRATE, Gumersindo, *Ensayo sobre la historia del Derecho de propiedad*, II, Madrid, 1880, pág. 342. NIETO, op. cit., págs. 862-863. En términos más generales, cfr. PINTOS VIEITES, M., *La política de Fernando VII entre 1814 y 1820*, Pamplona, 1958, págs. 289 y sigs.

(115) Cfr. el dato reproducido al principio del núm. 8, y ARTOLA, *La España...*, págs. 751 y sigs.

(116) ARTOLA, *La España...*, pág. 756. En 1821 el periódico afrancesado «El Censor», escribía contra el programa desamortizador en los siguientes términos: «En suma, queremos decir que dándose éstos (*los bienes nacionales*) a los acreedores exclusivamente, se hace siempre un bien; pero no el que se debía y podía hacer a la comunidad; se fomenta la clase de los capitalistas que se apoderarán de toda la riqueza territorial que va a entrar en circulación; pero no la clase pobre, que era precisamente la que convenía interesar (*en el nuevo régimen liberal*) haciéndola propietaria (cit. *ibidem* por ARTOLA).

(117) Cfr. CASAS, *Recopilación...*, I, págs. 92-93.

extremista respecto a la admisión de créditos como pago de los bienes enajenados.

La venta de bienes nacionales incluiría la de los así definidos en el Decreto de 13 de septiembre de 1813, más la de los bienes de la extinguida Inquisición. En el pago del precio no se admitía ya dinero efectivo (art. 3), sino que por el contrario «para el pago de los bienes y fincas de toda especie que así se subastaren y remataren serán admitidos Vales reales, recibos de intereses de Vales, escrituras de capitales y cualquiera otra especie de créditos por todo su valor, con tal que estén liquidados y reconocidos conforme a las reglas establecidas para ello» (art. 2). Los Vales y créditos se computaban, pues, por su valor nominal (pese a que en el mercado su cotización era muy inferior a éste) y no por uno o dos tercios del precio, sino por el completo importe del mismo.

También se consideraba vigente el Decreto de 4 de enero de 1813 sobre la venta de baldíos y bienes de propios, pero una Orden de las Cortes, de 8 de noviembre de 1820 (118) vino a dar normas complementarias del mismo para lograr su ejecución efectiva. Se reconocía la validez de las ventas realizadas hasta entonces, «aunque les hayan faltado algunos requisitos» (art. 13), pero para lo venidero se ordenaba que cada pueblo de la Monarquía efectuase un «expediente instructivo» de cada uno de los terrenos baldíos y de propios de su término (art. 1), para que sirvieran de base «a la adjudicación de las mitades correspondientes al Crédito público y de las suertes a los particulares» (art. 7), procediendo inmediatamente la Junta de Crédito a la enajenación de la mitad a ella correspondiente (art. 8), con arreglo—al menos de momento—al Decreto de 9 de agosto de 1820. (119).

Este régimen legal sobre la venta de propios y baldíos quedó sustituido por un Decreto de 29 de junio de 1822 (120), texto que vino a refundir el Decreto de 4 de enero de 1813, y la Orden de 8 de noviembre de 1820; su redacción es más clara y ordenada que la del precepto gaditano, cuyas disposiciones explyaya y a veces aclara, pero las líneas sustanciales de aquél se conservan en este

(118) Cfr. CASAS, *Recopilación...*, I, págs. 101-102.

(119) Cfr. lo ya expuesto sobre el Dto. de 4-I-1813, en el núm. 9.

(120) Cfr. *Colección Decretos*, t. IX, Madrid, 1822, págs. 562 a 569.

último precepto desamortizador del trienio liberal; de ahí que no resulte necesario comentarlo con detenimiento.

A través de los datos que la misma documentación de las Cortes nos proporciona, podemos conocer al menos en parte cuáles fueron los resultados de la aplicación de las medidas desamortizadoras citadas. En general, los bienes nacionales se vendieron con baja cotización, sobre todo los rústicos. El sistema de pago impuesto por el Decreto de 9 de agosto de 1820, y el bajísimo valor real de los Títulos de la Deuda fueron causas de que el desembolso efectivo realizado por los compradores fuese muy inferior al montante del precio de tasación (en alguna ocasión no pasó del 15 por 100 de este valor). Ante tales ventas escandalosas, hubo diputados en 1823 que propusieron su suspensión y la entrega de los bienes en propiedad a los arrendatarios de los mismos. Uno de estos diputados declaró que «por defecto de la enajenación, las fincas han pasado a manos de ricos capitalistas, y éstos, inmediatamente que han tomado posesión de ellas han hecho un nuevo arriendo, generalmente aumentando la renta al pobre labrador, amenazándole con el despojo en el caso de que no la pague puntualmente» (121).

Pero no obstante aquellos resultados y estas críticas, el proceso desamortizador siguió adelante, sin modificar su planteamiento.

12. La política de reforma eclesiástica esbozada ya en Cádiz plasmó durante el trienio en varias disposiciones legales de la misma importancia y muy relacionadas con la obra desamortizadora, que se adentra ya decididamente en el patrimonio del clero regular, objeto principal de la reforma.

El primero de los textos legales sobre esta cuestión es el Decreto de 1 de octubre de 1820 (122). Su artículo 1 suprimía «todos los monasterios de las Ordenes monacales; los de canónigos regulares de San Benito, de la Congregación claustral Tarraconense y Cesaraugustana; los de San Agustín y los Premonstratenses; los conventos y colegios de las Ordenes Militares de Santiago, Calatrava, Montesa y Alcántara; los de la de San Juan de Jerusalén.

(121) ARTOLA, *La España...*, págs. 758 y 751.

(122) Cfr. *Colección Decretos*, t. VI, Madrid, 1821, págs. 155-159

los de la de San Juan de Dios y los Betlemitas, y todos los demás de hospitalarios de cualquier clase». Los demás regulares quedaban sometidos a la autoridad de los obispos ordinarios (art. 9), pero no se permitía en el futuro fundar ningún convento ni profesar a ningún novicio (art. 12); de modo coherente con tal precepto, se declaraba también (art. 13) que «el gobierno protegerá por todos los medios que estén a su alcance la secularización de los regulares que la soliciten».

Consecuencia lógica de estas medidas, y señal inequívoca de cuál era uno de los objetivos perseguidos con la reforma del clero regular es el artículo 23 de dicho Decreto, cuyo texto disponía que «todos los bienes muebles e inmuebles de los monasterios, conventos y colegios que se suprimen ahora o que se supriman en lo sucesivo... quedan aplicados al Crédito público», considerándolos, pues, como bienes nacionales sujetos a inmediata desamortización. Con este Decreto de 1 de octubre de 1820, la desamortización eclesiástica ya no se reduce a medidas timidas y parciales, en todo caso negociadas, sino que se acomete franca, decididamente. De ahí que levantara resistencia de todo tipo: teóricas, diplomáticas y en fraude a la Ley (123).

Unos días después se promulgaba la Ley de 11 de octubre de 1820 (124), conocida generalmente con el nombre de «Ley de desvinculaciones». Su artículo 1 suprimía en efecto «todos los mayorazgos, fideicomisos, patronatos y cualquier otra especie de vinculaciones de bienes raíces, muebles, semovientes...». Aunque esta norma afectaba primordialmente al régimen sucesorio ordinario, es evidente que también concernía a los intereses económicos de instituciones como capellanías o fundaciones de carácter eclesiástico. Se respetaba a sus anteriores titulares la propiedad sobre todos estos bienes desvinculados (art. 2 y sigs), pero el artículo 15 llevaba a efecto aquella medida soñada medio siglo antes

(123) Una de las figuras que más tenazmente combatió la política religiosa de las Cortes en el trienio en todas sus implicaciones fue el cardenal Inguanzo; para conocer con detalle su actitud cfr. CUENCA, J. M., *Don Pedro Inguanzo y Rivero* (1764-1836), *último primado del Antiguo Régimen*, Pamplona, 1985, *passim*, y más en concreto, págs. 216 a 242. Sobre las ocultaciones y enajenaciones ficticias en fraude a la ley, cfr. ARTOLA, *La España...*, págs. 757 y 758.

(124) Las Cortes la aprobaron el 27 de septiembre; el rey la sancionó el 10 de octubre y se publicó el día 11; cfr. CASAS, A., *Recopilación...*, I, páginas 97-99.

por CARRASCO, CAMPOMANES, FLORIDABLANCA y JOVELLANOS: la prohibición de adquirir bienes inmuebles a todo tipo de «manos muertas» (125), lo cual implicaba sin duda un duro golpe a los intereses económicos de muchas entidades eclesiásticas.

Análogamente, el Decreto de 29 de junio de 1821 redujo el diezmo eclesiástico a la mitad de las cuotas que entonces se pagaban, por estimar que con ello había bastante para que la Iglesia atendiese a sus gastos de culto y clero (126). Como esta reducción beneficiaba directamente a los obligados al pago del diezmo, pero no era esa la finalidad perseguida, se creó una contribución en favor de la Hacienda real por el importe aproximado de la mitad de los diezmos. Se pensaba que con ello el contribuyente no sufría alteración notoria, y la Hacienda incrementaba sus ingresos en la misma proporción en que los reducía la Iglesia. Al margen de la exactitud o inexactitud de los cálculos en que se basó esta operación, y de la discusión sobre su licitud (cuestiones que no tienen cabida en este trabajo) conviene subrayar la vinculación existente una vez más entre necesidades fiscales y medidas de índole económico-eclesiásticas. En años sucesivos persistió el enfoque conjunto de unas y otras, y por ello una misma Ley será la que suprima el diezmo eclesiástico y la que disponga la enajenación de los bienes del clero secular.

Pero esto último sucedió ya en otra etapa: la de MENDIZÁBAL.

V. MENDIZÁBAL COMO SÍMBOLO Y FLÓREZ ESTRADA COMO OBSTÁCULO.

13. El bienio 1836-1837 presenció la promulgación de las Leyes de MENDIZÁBAL sobre la desamortización eclesiástica, indisolublemente ligadas con preceptos reformadores del clero regular y de las contribuciones hasta entonces percibidas por la Iglesia. La des-

(125) «Las iglesias, monasterios, conventos y cualesquiera comunidades eclesiásticas, así seculares como regulares, los hospitales, hospicios, casas de misericordia y de enseñanza, las cofradías, hermandades, encomiendas y cualesquiera otros establecimientos permanentes, sean eclesiásticos o laicales, conocidos con el nombre de 'manos muertas', no pueden desde ahora en adelante adquirir bienes algunos raíces o inmuebles en provincia alguna de la Monarquía» (art. 15).

(126) CANGA, *Diccionario...*, I, pág. 349, voz «Diezmo eclesiástico»; ARTOJA, *La España...*, págs. 763-764; Dto. de 29 de junio de 1821, en «Colección Decretos», t. VII, págs. 245-249.

amortización de bienes municipales queda entonces casi por completo paralizada (127), y toda la atención, todos los capitales y todas las polémicas se concentran sobre la desamortización de los bienes del clero regular y del clero secular.

Las características de la legislación desamortizadora de MENDIZÁBAL pueden sintetizarse así: conexión entre desamortización, reforma eclesiástica y amortización de la Deuda pública interior, y pretendida defensa del trono de Isabel II (esto es, de la causa liberal frente a la carlista) a través del mismo proceso desamortizador. La importancia de la desamortización eclesiástica fue en ese período mayor que en cualquier otro. Por eso y por ir unida dicha política a la reforma del clero regular, MENDIZÁBAL ha pasado a la historia como símbolo vivo del político anticlerical y del gobernante liberal y desamortizador.

En el primero de esos dos aspectos característicos, MENDIZÁBAL no aportó de original más que la ampliación de la desamortización al ámbito eclesiástico del clero secular. Fue más radical que los liberales del trienio, pero en contra de lo que suele atribuirsele, su Plan de amortización de la Deuda y enajenación de tierras careció de originalidad, pues, como sabemos, venía ya proponiéndose, y en parte aplicándose, desde los tiempos de GODOY—antecedente nada honroso, por cierto, para un ministro liberal, anglófilo y progresista. En cuanto a la segunda característica de su política, derivada de la guerra carlista, sólo podemos decir que vino a tergiversar más con su contenido partidista y su urgencia casi militar, una empresa como la desamortizadora que debió llevarse a cabo a otros ritmos y en pos de otros intereses. Por todo ello, el enjuiciamiento que ahora merece MENDIZÁBAL y su obra desamortizadora ha de ser por fuerza condenatorio.

Pero no confundamos al enfrentarnos con MENDIZÁBAL los argumentos de tipo jurídico contra la licitud de su desamortización eclesiástica y los dirigidos a combatir el «cómo» de la desamortización de MENDIZÁBAL. Personalmente creo que la desamortización eclesiástica era necesaria por razones económicas y sociales, y, por tanto, justa. Mas había que hacerla por otros motivos, buscando otros fines y empleando otros mecanismos que los elegidos

(127) Cfr. CÁRDENAS, *Ensayo...*, II, pág. 197.

por MENDIZÁBAL. Y no puede decirse que este planteamiento de la desamortización a que aludo (desamortización eclesiástica como medio para lograr una reforma socio-económica de la estructura agraria) sea anacrónico, tardía y tópica ocurrencia de hombres de nuestro tiempo. Hubo quien lo propuso y lo defendió entonces, como alternativa frente al programa desamortizador de MENDIZÁBAL. Por esto, y dejando al margen otros aspectos del problema (128), voy a reproducir en estas páginas el enfrentamiento que se produjo en 1836 entre el flamante, elegante, alto y altivo ministro que fue MENDIZÁBAL y un inquieto «político de izquierdas» llamado FLÓREZ ESTRADA.

14. Antes de la subida al poder de MENDIZÁBAL se promulgaron dos Reales Decretos (de 15 de julio de 1834 y 4 de julio de 1835) en los que respectivamente se suprimía la Inquisición (antes restablecida) y la Compañía de Jesús (que había vuelto a ser admitida en 29 de mayo de 1815), adjudicándose todos los bienes de ambas instituciones a la extinción de la Deuda pública (129). El mismo mes de julio de 1835 se promulgó otro Decreto suprimiendo los conventos y monasterios de religiosos que no tuvieran como mínimo doce individuos profesos (art. 1) y aplicando sus bienes a la extinción de la Deuda interior (art. 7) (130).

Estas medidas aisladas experimentaron un proceso de sistematización y radicalidad bajo la dirección de MENDIZÁBAL. En primer lugar un Real Decreto de 11 de octubre de 1835 restablecía

(128) Para la oposición contra la desamortización eclesiástica en general, cfr. CUENCA, J. M., *Don Pedro Inguanzo...*, ya cit.; MENÉNDEZ PELAYO, op. cit., II, págs. 957-969, en las que sintetiza un opúsculo de Balmes en esta misma línea, mezclando por su parte argumentos heterogéneos y de muy distinto valor contra Mendizábal; cfr. también PORRES MARTÍN-CLETO, Julio, *La desamortización del siglo XIX en Toledo*, Toledo, 1966, págs. 31 y sigs.; y, por supuesto, la clásica obra de ANTEQUERA, J. M., *La desamortización eclesiástica considerada en sus diferentes aspectos y relaciones*, Madrid, 1885, especialmente capítulos XI y XX.

(129) El primer período de mando de Mendizábal comenzó el 14 de septiembre de 1835 y terminó el 15 de mayo de 1836; cfr. VALERA, Juan, y LAFUENTE, Modesto, *Historia general de España*, del segundo autor, continuada por don Juan Valera desde la muerte de Fernando VII en adelante (citaré LAFUENTE VALERA, *Historia...*), t. XXI, Madrid, 1890, pág. 1; los Decretos citados véanse en NIEVA, J. M., *Decretos de la Reina Nuestra Señora Isabel II*, t. XIX, Madrid, 1835, pág. 331; y tomo XX, Madrid, 1836, págs. 280-281.

(130) R. D. de 25-VII-1835, en NIEVA, *Decretos...*, t. XX, págs. 335-336.

la vigencia del Decreto de 1 de octubre de 1820 (131)—con lo cual se ampliaba el número de instituciones religiosas suprimidas—, y lo concordaba con el Real Decreto de 25 de julio de 1835, adjudicando los patrimonios de los conventos suprimidos a la amortización de la Deuda.

El Real Decreto de 8 de marzo de 1836 y su Reglamento del día 24 del mismo mes y año (132) regulaba más por extenso la misma materia, pero dándole mayor amplitud de contenido, ya que suprimía (salvo muy escasas excepciones) todos los conventos y monasterios de religiosos varones y destinaba a la extinción de la Deuda pública los patrimonios de las casas de comunidades religiosas de uno y otro sexo, suprimidas o no (art. 20), señalando una pensión diaria a los religiosos de las instituciones suprimidas (artículo 17), que había de hacerse efectiva a costa de los patrimonios convertidos en bienes nacionales (art. 36).

Año y medio después, por Real Decreto de 29 de julio de 1837, se daba nueva redacción al de 8 de marzo de 1836, sin más modificación importante que la ampliación de la supresión de conventos y monasterios a los de religiosas (133).

La extinción de instituciones eclesiásticas del clero regular fue, pues, muy general. Obsérvese que en los dos textos legales últimamente citados se desamortizan los patrimonios tanto de las instituciones suprimidas como de las subsistentes (art. 20 de cada uno de los Decretos citados). La política desamortizadora de tierras para liquidar la Deuda interior iba así más lejos que el reformismo eclesiástico, puesto que la reforma o supresión de las Comunidades religiosas ya no era medida previa y necesaria para la desamortización de sus fincas rústicas.

Si lo era, sin embargo, en el Real Decreto de 19 de febrero de 1836, primera Ley desamortizadora de MENDIZÁBAL, dedicada a los bienes del clero regular. Se trata de un texto no elaborado por las Cortes (formalmente no es una Ley, como luego tendremos ocasión de comentar), sino personalmente por el mismo MENDIZÁBAL,

(131) Lo citan como de 23-X, que fue el día en que lo sancionó Fernando VII; este de 1835 puede verse en CASAS, *Recopilación...*, II, págs. 155-156.

(132) CASAS, *Recopilación...*, II, págs. 219-227.

(133) R. D. de 29-VII-1837, en *Colección legislativa*, t. XXIII (citaré en adelante como *Colección legislativa* los tomos posteriores a 1833, antecedentes de la *Colección legislativa*, propiamente dicha), págs. 92-99.

quien como cosa propia lo defiende en la exposición de motivos dirigida a la reina Gobernadora (134).

En su artículo primero se declaran en venta todos los bienes de «las Comunidades y Corporaciones religiosas extinguidas», y los demás que ya estuvieran calificados como «nacionales» o lo fueran en adelante. La venta se había de realizar bajo la forma de pública subasta (art. 3), partiendo las pujas de un mínimo e inicial valor de tasación (artículos 6 a 9). «Cualquier español o extranjero» podía pedir la tasación oficial y la inmediata subasta de una o varias fincas aún no tasadas por iniciativa oficial (art. 4), y su petición de tasación lo colocaba en muy ventajosa situación, ya que dicha finca se le adjudicaría automáticamente y por el valor de tasación «siempre que en la subasta no se haya ofrecido un valor superior a la tasación, y que él se avenga a satisfacer éste por entero» (art. 9). Es fácil imaginar la gran cantidad de abusos a que daría lugar esta forma de favorecer la solicitud de tasación; si el solicitante lograba que la tasación se hiciese por bajo valor y que no concurriese nadie realmente a la subasta, su negocio era magnífico.

El pago del precio de remate debía hacerse en Títulos de la Deuda consolidada o en dinero efectivo (art. 10), debiendo optar el adjudicatario de la finca por uno u otro sistema en el acto de la adjudicación (art. 12), bien entendido que la elección le vinculaba a realizar los plazos debidos del precio en la forma de pago preferida. En todo caso, la quinta parte del precio del remate debía hacerse efectiva antes del otorgamiento de la escritura que transmitía la propiedad de la finca (art. 13). Las otras cuatro quintas partes habían de pagarse en cada uno de los ocho años siguientes a la fecha de otorgamiento de la escritura si se había elegido el sistema de pago en Títulos, o en los dieciséis años siguientes si el pago se hacía en dinero (art. 14). En el primer su-

(134) Cfr. el texto íntegro, con inclusión del muy importante preámbulo-exposición de motivos (que en otras ediciones está suprimido), en FERRER y JOU, *Reales Decretos y Ordenes de S. M.*, Madrid, 1837, págs. 34 a 55, por los que cito a continuación esta norma. GALDÓS supo imaginarse a Mendizábal en trance de redactar el famoso Decreto: «Fijó su atención en el largo escrito y leyó cuidadosamente, recreándose en cada párrafo, en cada palabra, en cada letra. El preámbulo era frío, despiadado, cruel. El artículo primero, semejante a una inmensa hoz, decía con aterrador laconismo.» (PÉREZ GALDÓS, B. *Mendizábal*, en «Obras Completas», déclma ed., Aguilar, Madrid, 1968, II. pág. 537).

puesto, los Títulos de la Deuda se admitían por su valor nominal (artículo 11). Las fincas quedaban hipotecadas en garantía del pago de las cuatro quintas partes del precio de remate, durante los ocho o los dieciséis años correspondientes (art. 18).

La exposición de motivos de este Decreto está llena de declaraciones interesantes; algunas de ellas, por cierto, más interesantes que veraces. MENDIZÁBAL manifestaba abiertamente—y en este aspecto sí merece ser creído—que «el interés máximo del Estado» consistía en «sacar los mayores productos para amortizar lo más que pueda el capital de la Deuda pública». Por eso ambas formas de pago del precio de remate tenían ese mismo destino, pues el dinero percibido por Hacienda de los compradores que eligieran el pago en metálico debía destinarse íntegramente a adquirir—y por consiguiente a anular—Títulos de la Deuda (art. 21).

La otra finalidad declarada por MENDIZÁBAL era la de «crear una copiosa familia de propietarios, cuyos goces y cuya existencia se apoye principalmente en el triunfo completo de nuestras actuales instituciones». Vagamente indica el deseo—y aquí la veracidad del político se me antoja más bien escasa—de que esa «familia de propietarios» esté integrada no sólo por «capitalistas y hacendados», sino también por simples «ciudadanos honrados y laboriosos», por «el labrador aplicado» e incluso por el «jornalero con algunas esperanzas o con la protección de algún ser benéfico». No se me alcanza cuál sería el valor adquisitivo de tales «esperanzas», ni entiendo quién sería el «ser benéfico» que teniendo dinero para comprar fincas para sí fuera a prestárselo a algún jornalero insolvente.

Con el propósito de facilitar la compra de fincas por los que llamaríamos licitadores modestos, el Real Decreto de MENDIZÁBAL recomendaba la división de las fincas enajenables en suertes cuya extensión y precio se acomodasen a las posibilidades de tales compradores. Pero no nos engañemos tampoco en este aspecto. Los preceptos que mandaban ejecutar tales divisiones eran muy poco coactivos, y en su misma redacción dejaban abiertas muchas puertas justificativas de la no división de cualquier finca. Al quedar confiada la división de las fincas a comisiones municipales, era muy fácil incumplir un mandato que hubiese perjudicado, o al menos obstaculizado, la ganancia de quienes estaban encargados

de llevarlo a cabo (esto es, de la plutocracia terrateniente de cada lugar) (135). Por otra parte, tampoco hay que exagerar la eficacia que para los compradores modestos hubiera tenido la división de fincas. Si el capitalista poderoso quería comprar una finca vendida de una vez, también la habría comprado aun en el caso de que se hubiese fragmentado en tres y vendido en otras tantas subastas. La pugna entre el «capitalista hacendado» y el «labrador aplicado»—no digamos ya con el «jornalero con esperanzas»—hubiera sido en todo caso insostenible para este último.

Los beneficiarios de la ley de MENDIZÁBAL no podían ser otros que los capitalistas tenedores de Títulos o capaces de comprarlos en el mercado; o ampliando el círculo, la burguesía adinerada de provincias, que invirtió su dinero en la tierra a través de operaciones fabulosamente lucrativas concertadas al amparo de las subastas oficiales, fácilmente trucadas y propicias a todo tipo de abusos y a la más ladina picaresca. A quien desee conocer los entresijos de las trampas y fraudes con que se lucraron caciques y testaferros, «bolsistas», y «vividores», especuladores y «primistas» y demás personajes de carne y hueso protagonistas de la gran farsa desamortizadora, lo remito a unas insuperables páginas del desenfadado, irónico y muy agudo observador que fue Antonio Flores (136). Y a quien, menos crédulo que yo respecto a la veracidad de tales descripciones, no otorgue mucho valor a escritos costumbristas, y prefiera la prosa seca y el dato desnudo de escrituras, pagarés y cartas de pago, le referiré un caso concreto y real, tomado de documentos auténticos, sin más fuente que el expediente original y oficial de una venta, y sin más discreción que la de omitir los nombres de los adquirentes (137).

En Salamanca y a octubre de 1843 se adjudicó una finca, que perteneció en el término municipal de Rozados a los Mercenarios Calzados, a dos postores que la adquieren «pro indiviso» por un precio de remate de 37.000 reales. El precio de tasación había sido

(135) Cfr. las reglas 4, 5 y 6 del art. 3 del R. D. de 19-II-1836, y el art. 10 de la *Instrucción* de 1 de marzo de 1836 (ésta véase en FERRER y JOU, *Reales ...*, páginas 68 y siguientes).

(136) FLORES, Antonio, *Ayer, hoy y mañana o la fe, el vapor y la electricidad*, siete tomos en tercera ed., 1863, t. III, págs. 136-149.

(137) Es el expediente núm. 994 de la Administración General de Fincas del Estado de la provincia de Salamanca.

de 8.376 reales. Los adjudicatarios eligen el pago en Títulos, y entregan la quinta parte del mismo en Títulos de la Deuda de diversas emisiones por un valor nominal algo superior a los 7.400 reales que estaban obligados a pagar en el momento de la adjudicación de la finca, quedando obligados al pago de las otras cuatro quintas partes en los ocho años siguientes, y también en Títulos de la Deuda, según el artículo 12 del R. D. de 19 de febrero de 1836, el cual especificaba que una vez elegida la forma de pago, dicha «opción no admite reforma, porque es irrevocable». Según los artículos 13 y 18 del R. D. citado, y más claramente del artículo 49 de la Instrucción de 1 de marzo de 1836, una vez hecho el pago de la quinta parte del precio, debía otorgarse escritura de transmisión de propiedad de la finca al adquirente, el cual a su vez estaba obligado a extender pagarés u otras garantías análogas del pago de las cuatro quintas partes aplazadas; además, en la escritura debía hacerse constar que la finca quedaba hipotecada como garantía real del pago de ese 80 por 100 del precio de remate. Pues bien; en el caso que refiero todos estos preceptos se incumplen, pues ni los compradores otorgan pagarés por todo el precio debido (sino sólo dos por el importe de otras tantas anualidades debidas), ni la escritura de transmisión de la propiedad se otorga en el momento del pago de la primera quinta parte, sino en el año 1850, esto es, cuando el precio había sido pagado ya en su casi totalidad; sin duda, por esta última circunstancia, cuando la escritura se extiende no se hace constar en ella carga real alguna sobre la finca vendida.

Pero la peculiaridad más interesante de este caso es la relativa a la forma del pago. Las ocho anualidades aplazadas (cada una de las cuales debía consistir en la entrega de Títulos de la Deuda por un valor nominal de 3.700 reales) se hicieron efectivas puntualmente, pero no en Títulos de la Deuda, sino en dinero metálico; cada año los compradores entregaron la cantidad necesaria («equivalente» se dice en las sucesivas cartas de pago) para comprar en el mercado Títulos de la Deuda por valor nominal de 3.700 reales; como tal cantidad oscilaba en función del precio de cotización, cada año entregan una cantidad distinta; y como tal valor de cotización era muy inferior al nominal, los compradores pagaban cada año cantidades muy inferiores a los 3.700

reales. Sumando la primera entrega hecha en el momento de la adjudicación y consistente en Títulos, con las cantidades pagadas anualmente en metálico, resulta que los compradores de esta finca rematada en 37.000 reales pagaron tan sólo algo menos de 12.000 reales (138).

El ejemplo es muy expresivo porque demuestra que, incluso a quien no tenía Títulos en su poder, le convenía el pago hecho aparentemente en Títulos, y por tal forma optaba en el momento de la adjudicación, aunque luego, en realidad, pagara en dinero. Pero—nótese—bien—no en dinero por cuantía equivalente al precio del remate, sino en cantidad suficiente para comprar los Títulos. Por supuesto, que ese ingenioso mecanismo de sustitución no estaba ni previsto, ni autorizado por el R. D. de 19 de febrero de 1836, ni por su Instrucción complementaria. Pero la realidad de las ventas escapaba muy lejos de la mera legalidad. El fraude en favor del comprador revistió, sin duda, mil ingeniosas formas; la que acabo de describir sólo fue probablemente eso: una entre mil.

Por otra parte (y el hecho es importante porque pone de manifiesto el fracaso fiscal de la operación desamortizadora), pese a todos los esfuerzos de MENDIZÁBAL la Deuda nacional no se extinguía. RAMÓN DE SANTILLÁN, refiriéndose a este problema y a la política de MENDIZÁBAL, escribía pocos años después:

«Estos (los bienes nacionales desamortizados) debían amortizar una buena parte de nuestra Deuda; pero era una quimera esperar el restablecimiento de nuestro Crédito público de aquella operación, ni tampoco de ofrecimientos que no podían ser cumplidos. La suma de nuestra Deuda, aun reducida a la mitad con la enajenación de los bienes nacionales, era enorme respecto de los recursos que por muchos años podíamos aplicar al pago de los intereses de la ya consolidada» (139).

(138) Exactamente pagó: en el momento de la adjudicación, títulos de la Deuda de varias emisiones por un valor nominal total de 8.066 reales; luego ocho entregas de 550, 371, 490, 603, 369, 423, 476 y 603 reales, que suman 3.885; computando la entrega inicial por el valor nominal de lo pagado, suman en total 11.971 reales (cantidad mucho menor si supiéramos lo que le costaron en el mercado esos títulos que entregó por valor nominal de 8.066 reales).

(139) SANTILLÁN, Ramón de, *Memorias* (1815-1856), Pamplona, 1960 (con in-

Y un joven y sarcástico periodista, Mariano José de Larra, en un artículo donde comparaba a Madrid con un inmenso cementerio y a cada uno de los edificios públicos con sendos panteones, escribía el 1 de noviembre de 1836:

«La Bolsa. Aquí yace el Crédito español. Semejante a las pirámides de Egipto, me pregunto: ¿es posible que se haya erigido este edificio sólo para enterrar en él una cosa tan pequeña?» (140).

Pero a pesar de los insuficientes resultados fiscales derivados de su política desamortizadora, MENDIZÁBAL prosiguió en esa misma línea durante su segundo periodo de gobierno (141). De entonces data su segunda ley desamortizadora, la de 29 de julio de 1837 (142).

En ella la desamortización ya no aparece como operación conectada primordialmente con la extinción de la Deuda, sino más bien con la reforma tributaria y con el problema de la dotación para el mantenimiento de los gastos de culto y clero. Su artículo 1 suprimía los diezmos, principal componente de las rentas eclesiásticas, pero que producía también «directa o indirectamente» (143) importantes ingresos a la Hacienda real. Al mismo tiempo se declaraban bienes nacionales sujetos a enajenación, casi todos los del clero secular (arts. 2 y 3). Se dejaba, pues, sin ingresos al clero secular, y para resolver esta situación se imputaba el producto o renta total de los bienes del mismo al pago de la dota-

troducción de Federico Suárez, ed. y notas de Ana María BERASALUCE, I, página 162

(140) LARRA, Mariano José, *Artículos completos*, Aguilar, Madrid, 1961, páginas 1.321-1.327. Conocemos ya con bastante detalle los resultados de la desamortización de este periodo en Barcelona y Toledo; en líneas generales puede decirse que los estudios a que me refiero confirman desde el punto de vista de la historia económica las consideraciones aquí expuestas. Cfr. SIMÓN SEGURA, *La desamortización eclesiástica de Mendizábal...*, ya cit. en nota 1, y PORRES MARTÍN CLERO, op. cit. en nota 128; este último autor se refiere exclusivamente a la eclesiástica, salvo en una breve introducción—que no es lo mejor del libro—acerca de la evolución general del proceso desamortizador; son muy valiosas las páginas 53 a 410, núcleo central de la obra, con gran cantidad de datos; en general, comparto sus conclusiones en págs. 411 a 424.

(141) Mendizábal vuelve como Ministro de Hacienda el 11 de septiembre de 1836; cfr. SANTILLÁN, *Memorias...*, I, pág. 165; LAFUENTE-VALERA, op. cit.; tomo XXI, pág. 151.

(142) FERRER, *Reales Decretos...*, Madrid, 1838, págs. 276-279.

(143) SANTILLÁN, *Memorias...*, I, pág. 177.

ción de culto y clero (art. 6), creándose como fondo complementario de tales ingresos una llamada «contribución del culto» en cuantía necesaria para cubrir los gastos del culto y clero (art. 7). La enajenación de estos bienes no debía iniciarse inmediatamente, ya que el artículo 11 de dicha ley disponía que los bienes del clero se vendiesen por sextas partes en los seis años siguientes a 1840, «aumentando la contribución del culto en proporción a lo que los productos (*es decir, las rentas de tales bienes*) disminuyan».

La aplicación práctica de esta ley fue nula. En cuanto a los diezmos, se fue autorizando su cobro en sucesivas disposiciones de 1837, 1838, 1839 y 1840, en cuyo detalle y problemática no entro (144). La enajenación de bienes del clero secular no debía comenzar hasta 1840 (recuérdese el artículo 11 de la ley de 29 de julio de 1837), pero precisamente en el verano de 1840 las Cortes derogaron los artículos 2 y 11 de dicha ley (145). Por todo ello, la desamortización de bienes del clero secular, aunque regulada legalmente por MENDIZÁBAL en los términos indicados, no fue una realidad hasta la Ley de ESPARTERO de 2 de septiembre de 1841, que glosaré más adelante.

15. En el programa desamortizador de MENDIZÁBAL se abandonó, pues, todo reformismo agrario. Liquidar la Deuda y ganar amigos para la causa liberal fueron sus fines. Del primero ya hemos hablado bastante; el segundo, tampoco lo logró. En efecto: como quiera que los beneficiarios del R. D. de 19 de febrero de 1836 fueron los capitalistas tenedores de Títulos y la burguesía adinerada, núcleos sociales ya de antemano vinculados al bando isabelino, MENDIZÁBAL sólo vino a favorecer a los ya partidarios de Isabel II. Pero al mismo tiempo, con el radicalismo de sus medidas antieclesiásticas logró enemistarse con los grupos (algunos de éstos liberales, como el naciente partido moderado) más cercanos a la Iglesia, y.

(144) SANTILLÁN, *Memorias...*, I, págs. 256-258 a 266, y II, pág. 49.

(145) El Congreso aprobó el Proyecto el 25 de junio de 1840; el 29 remitió el texto del mismo oficialmente al Ministro de Hacienda para que tomara algunas medidas urgentes (*Colección legislativa*, t. VIII, 1840, pág. 230); el proyecto pasó a ser Ley sancionada por la Reina Gobernadora el 16 de julio de 1840; el art. 1 de la «Ley relativa a las bases establecidas para la dotación de culto y clero», decía así: «Las Iglesias de España y el clero secular de las mismas continuarán en la posesión y goce de sus bienes y fincas sin poder enajenarlas, empeñarlas, ni hipotecarlas a no ser con autorización del Gobierno» (*Col. leg.*, t. VIII, 1840, págs. 256-257).

por supuesto, con ésta en todos sus componentes jerárquicos, así como también con el campesinado, víctima directa de su política como consecuencia de los aumentos de las rentas de los arrendamientos rústicos implantados por los adquirentes de las fincas desamortizadas. Muchos políticos veían en las medidas de MENDIZÁBAL «el peligro de aumentar con el número de los descontentos el de los partidarios de don Carlos» (146), y estas y otras tensiones ocasionaron su escasa duración en el poder.

La oposición contra MENDIZÁBAL fue muy heterogénea. Me interesa especialmente destacar la capitaneada por FLÓREZ ESTRADA, y ello no por la eficacia que pudiera tener en la caída de aquél, sino por contener la exposición y defensa más inteligente que conozco del programa desamortizador reformista, entonces todavía posible (147).

La biografía de FLÓREZ ESTRADA es la típica de un político liberal del primer tercio del siglo XIX español. Intervino activamente a favor de la causa liberal primero en su tierra asturiana y luego en Sevilla durante el período de 1808 a 1810; después marchó por primera vez a Inglaterra, donde estudió con entusiasmo la economía liberal de ADAM SMITH y MALTHUS. En 1813 fue Intendente de Andalucía, pero en 1814 Fernando VII lo condenó a muerte, y él tuvo que escapar de nuevo a Inglaterra. Vuelve a España durante el trienio liberal y es elegido diputado; en la década absolutista huye de nuevo a Inglaterra, de donde regresa definitivamente en 1834, para ser miembro del Estamento de Procuradores en las Cortes del Estatuto (148). Estos datos nos muestran a FLÓREZ ESTRADA no como un frío economista liberal, autor de un «Curso de economía política» dentro de las corrientes de la economía política entonces al uso, sino como un político combativo. Por lo que deduzco de su comportamiento en relación con el problema desamortizador, en

(146) SANTILLÁN, *Memorias...*, I, pág. 163.

(147) La contradicción de sus programas desamortizadores y la personal entre Flórez Estrada y Mendizábal ha sido ya expuesta brevemente por VALERA (LAFUENTE-VALERA, *Historia...*, t. XXI, págs. 1 a 9); más ampliamente por COSTA, *Colectivismo...*, págs. 15-26, y más recientemente por ARTOLA, M., en su *Introducción* a la edición de las *Obras de Flórez Estrada*, por la BAE, tomos 112 y 113. Madrid, 1958; también por MARTÍNEZ CACHERO, L. *Alvaro Flórez Estrada. Su vida, su obra política y sus ideas económicas*, Oviedo, IDEA, 1961, concretamente págs. 185 y siguientes.

(148) ARTOLA, *Introducción*, cit., págs. X a XXXVI. y *La España*, pág. 51.

FLÓREZ ESTRADA predominó el político progresista por encima del economista de escuela.

FLÓREZ ESTRADA combatió el R. D. de 19 de febrero de 1836 en dos frentes: dentro del Estamento de Procuradores, y en la Prensa.

MENDIZÁBAL presentó a las Cortes, como Presidente del Gobierno, una petición de voto de confianza; quería que se autorizase al Gobierno a «proporcionarse cuantos recursos y medios sean necesarios a la más completa asistencia a la fuerza armada» (149). Se discutió la cuestión del voto de confianza, y al final las Cortes lo concedieron casi por unanimidad. Pocos días después, MENDIZÁBAL obtuvo un Real Decreto de la reina Gobernadora disolviendo las Cortes, y a las pocas fechas promulgaba su famoso R. D. de 19 de febrero de 1836, aprovechándose tanto del voto de confianza de las Cortes como de la disolución de éstas (150).

Al reunirse de nuevo las Cortes un grupo de procuradores, entre los cuales estaba FLÓREZ ESTRADA, se opuso al R. D. de MENDIZÁBAL por estimar que éste se había excedido respecto a los poderes que se le otorgaron en virtud del voto de confianza; pedían que el Gobierno llevase ante las Cortes el Real Decreto en cuestión, y se sometiese éste a debate y a su eventual aprobación, suspendiéndose entre tanto la ejecución de las ventas iniciadas al amparo del mismo. Pero ni siquiera se quiso dar oído a los procuradores acerca de este tema, y los contradictores del Decreto de MENDIZÁBAL tuvieron que limitarse a hacer constar en el Acta de la sesión de 3 de mayo de 1836 su protesta porque no se les permitía «medio alguno para reclamar del Gobierno» la presentación del R. D. de 19 de febrero de 1836 y de su Instrucción complementaria, así como la suspensión de las ventas (151). Como consecuencia de la hábil maniobra de MENDIZÁBAL y de la nega-

(149) Art. 2 del Proyecto de Ley de voto de confianza al Gobierno, presentado el día 21 de diciembre de 1835 (D. S. de ese mismo día, pág. 114).

(150) La votación sobre el voto de confianza se celebró el día 31-XII-1835, y sólo hubo un Procurador que votó en contra (el Sr. Pradiña); Flórez Estrada votó a favor; D. S., de ese día, págs. 215-216; la ley sobre el voto de confianza se leyó ante el Estamento el día 18 de enero de 1836 (cfr. D. S. de ese día, pág. 473), y el día 27 se leyó ante el mismo Estamento el R. D. de esa fecha que disolvía las Cortes: D. S. de esa fecha, pág. 587.

(151) D. S. de 30 de abril de 1836, págs. 262-263, y D. S. 3 de mayo de 1836, págs. 266 y 267. Ya en la primera de estas sesiones el Procurador Sr. Parejo denunció el hecho de que «se han apreciado fincas en la décima parte de lo que valen...».

tiva del Estamento a impugnar «a posteriori» su actuación, la oposición parlamentaria contra el citado Decreto quedó anulada.

No fue tan fácil reducir al silencio a FLÓREZ ESTRADA fuera de las Cortes, porque el 28 de febrero publicó en «El Español» un breve, pero denso y muy inteligente artículo titulado «Del uso que debe hacerse de los bienes nacionales», en donde se contiene lo esencial de su argumentación contra MENDIZÁBAL y de su propio programa desamortizador (152).

Para que no hubiera dudas acerca de su posición, FLÓREZ ESTRADA se declara desde el principio de su artículo partidario de la desamortización, pero enemigo del sistema propuesto por MENDIZÁBAL. Y como la raíz de este procedimiento consistía en la vinculación de tal medida con la liquidación de la Deuda pública e indirectamente con los intereses de los acreedores y especuladores de Títulos, FLÓREZ ESTRADA ataca precisamente por la raíz. Según él no hay que desamortizar las tierras *para pagar la Deuda*; su tesis queda resumida en este apretado párrafo:

«El Estado, sin que se pueda decir cosa en contrario, cumple, igualmente que pagando de una vez toda su deuda, pagando el interés correspondiente. Sentados estos antecedentes, la cuestión que hay que resolver es la siguiente: ¿el Gobierno debe pagar de una vez toda su deuda dando fincas en lugar de dinero, o convendrá que arriende en enfiteusis todas estas fincas y reparta su renta entre los acreedores? Hacer ver que el segundo método es el único justo, el único compatible con la prosperidad futura de nuestra industria, el único conveniente a los intereses de los acreedores, el único popular, y, por consiguiente, ventajoso al sostén del trono de Isabel II, el único que no perjudica a la clase propietaria, el único, en fin, por cuyo medio se puede mejorar la suerte de la desgraciada clase proletaria desatendida en todas las

(152) Cfr. en *Obras...*, BAE, t. 112, págs. 361-364. El artículo fue atacado en otros dos periódicos por dos autores anónimos, a los que replicó a su vez Flórez Estrada; después, Ramón de la Sagra se opuso de nuevo a Flórez en el núm. 194 de «El Corresponsal», y también le contestó Flórez; las dos réplicas de Flórez pueden verse en dicho tomo, págs. 367-383 y 387-406, respectivamente. En mi exposición de las ideas de Flórez utilizo argumentos por él expuestos indistintamente en sus tres artículos, ya que son complementarios entre sí; citaré únicamente la página correspondiente.

épocas y por todos los gobiernos, es lo que me propongo hacer ver...» (153).

Con este planteamiento la política desamortizadora quedaba liberada de su finalidad espúria y volvía a enlazar (pero con más bríos y mejor visión) con el enfoque de los ilustrados: desamortizar para reformar la estructura agraria. Además, en el programa de FLÓREZ ESTRADA la preocupación reformista es predominantemente social, de manera tal que presenta la desamortización como la ocasión y el instrumento únicos para mejorar la condición de las clases rurales.

Por otra parte, como «la mala distribución de la riqueza es, en último resultado, el origen de todas las querellas del género humano» (154), este reparto de la tierra produciría indirectamente notables beneficios generales a toda la sociedad. Y políticamente sería el camino para conseguir «nuevos y positivos intereses» para «el sostén del trono de Isabel II». En efecto:

«Con el sistema enfiteútico todas las familias de la clase proletaria serían dueñas del dominio útil de la tierra que cultivasen, y, por consiguiente, interesadas en sostener las reformas y el trono de Isabel, pues en ellas verían cifrado su bienestar. Por el contrario, el sistema de vender las fincas, hará la suerte de esta numerosa clase más desgraciada de lo que es aún en la actualidad, y, por consiguiente, les hará odiosa toda reforma y el orden existente de cosas» (155).

Técnicamente su programa consistía en entregar las tierras en «arrendamientos enfiteúticos» (*sic*) por cincuenta años, a los mismos colonos que las estaban trabajando a la Iglesia, con la posibilidad de renovación del contrato al expirar dicho plazo, siempre que lo solicitase el colono y accediese a una actualización de la renta; de momento, el importe de ésta «no debería exceder ni bajar de la suma que se pagaba al convento hace veinte años» (156).

(153) Op. y loc. cit., pág. 361.

(154) *Ibidem*.

(155) Op. y loc. cit., pág. 363.

(156) Op. y loc. cit., pág. 368.

El plan propuesto era también ventajoso para el Estado, pues éste no perdía la propiedad de los «bienes nacionales», sino que la conservaba con la expectativa de aumentar el producto obtenido de ellos cada cincuenta años al renovar las rentas de los «arrendamientos enfiteúticos», y con la certeza de que el valor de las fincas aumentaría como consecuencia del régimen de cultivo a que las someterían los arrendatarios (157). Simultáneamente, el Estado podía invertir el importe de las rentas de las tierras en el pago de los intereses de la Deuda, con lo cual quedaría suficientemente restablecido y protegido el Crédito público.

FLÓREZ ESTRADA, polemista agudo y valiente, argumenta además con otros dos tipos de razones, a saber: ofreciendo ejemplos reales de que su sistema es viable, y criticando con duros y sensatos vaticinios la Ley de MENDIZÁBAL. En el primer sentido menciona varias veces la legislación desamortizadora del Duque Leopoldo el Grande de Toscana, que consistió aproximadamente en las mismas medidas por él propuestas (158). En el segundo, sus palabras suenan ahora como auténticas profecías de los resultados de la desamortización de MENDIZÁBAL.

Augura (y no era difícil el pronóstico sobre este punto) que, dada la extraordinaria abundancia de tierras ofrecidas en venta en el mercado, «calculados los fraudes inevitables que ha de haber», la depreciación del papel de la Deuda y los enormes gastos de administración, «se puede asegurar sin temor a equivocación que si hoy los bienes nacionales tienen un valor como de 100, con ellos no se amortizará una Deuda de 30». Advierte también que «con el plan de venta todas las clases de la sociedad quedan altamente perjudicadas: sólo ganan los especuladores» (159).

Además, los compradores de las tierras enajenadas por el sistema de MENDIZÁBAL harán lo mismo que hicieron los del trienio: aumentar las rentas de los arrendamientos, haciendo víctima de su interés al colono, con lo cual se empuja a éstos a que continúen

(157) Op. y loc. cit., pág. 362.

(158) Op. y loc. cit., págs. 364, 369 y 374. Sobre la desamortización realizada en Toscana por Ley de 1769 hay un interesante libro del abogado florentino Gregorio FIERLI, *Dei Livelli di Mano Morta coerentemente al pfo. XVIII della legge d'Ammortizzazione pubblicata in Toscana nell'anno 1769*, nueva edición, Firenze, 1805; encuadradas junto a esta obra, hay dos adiciones a la misma del propio autor, publicadas ambas en Firenze, 1804.

(159) Op. y loc. cit., pág. 362.

engrosando (como ya lo estaban haciendo en Galicia) la causa del carlismo (160).

Pero el nervio fundamental de la exposición de FLÓREZ ESTRADA es su preocupación por no desaprovechar una oportunidad de favorecer a las clases del proletariado agrario. El interés de éstos es el mayoritario en el seno de la sociedad, y puesto que «sólo es justo lo que es favorable a la mayoría de los asociados» (161), a ellos hay que atender.

«¿Será posible—se pregunta FLÓREZ ESTRADA—que nuestro Gobierno a costa de tan graves inconvenientes, se desentienda de abrazar la única medida capaz de sacar a la clase numerosa de la sociedad del estado de abyección y de miseria en que se halla?» (162).

«¿Malogrará nuestro Gobierno la oportunidad rara y sin igual apreciable que se le presenta, sin tener que vulnerar ningún derecho ni que excitar ninguna queja fundada, de regenerar España, formando así su Ley Agraria, esto es, distribuyendo del modo más equitativo y ventajoso la propiedad, que es don de la naturaleza y no producto de la industria del hombre, de cuya justa distribución penden la consolidación de las instituciones fundamentales de los pueblos y el bienestar de los asociados?» (163).

Pues sí: la oportunidad se malogró.

El lector habrá advertido, sin duda, en el último párrafo citado ideas y aun expresiones («Ley agraria», «regenerar») que enlazan curiosamente el programa de FLÓREZ ESTRADA con la Ilustración por un extremo, y con el regeneracionismo de la generación del 98 (de los sociólogos del 98 como COSTA, MACÍAS PICAVEA, ISERN, CÉSAR SILLÓ, etc.) por otro; no en balde le gustaba tanto a JOAQUÍN COSTA el programa de FLÓREZ ESTRADA. Y la coincidencia se da también en el fracaso que acompañó a todos estos intentos de reformismo

(160) Op. y loc. cit., págs. 363, 373 y 374.

(161) Op. y loc. cit., pág. 377.

(162) Op. y loc. cit., pág. 362.

(163) Op. y loc. cit., pág. 376; pueden verse en los artículos citados en mi nota 152 los pobres argumentos esgrimidos contra Flórez por sus detractores; análogamente, SANTILLÁN, *Memorias...*, I, pág. 162.

regeneracionista. En el fondo, FLÓREZ ESTRADA quiere vincular lo que podríamos llamar «mejora otorgada» al campesinado, con la conservación del Estado liberal. No es FLÓREZ ESTRADA un revolucionario, por supuesto. Es un hombre de izquierdas, un político que ve cuál es la conveniencia de los grupos mayoritarios, y cree que se debe y se puede conceder a esa clase social lo que en justicia le corresponde. Ahí radica su ingenua visión: en creer que la clase que entonces ocupaba el poder iba a estar dispuesta a hacer concesión tan importante, cuando ni siquiera el proletariado tenía conciencia—ni menos aún, fuerza—para exigir lo que era su justo interés. Es triste comprender que FLÓREZ ESTRADA tenía que fracasar, y más triste aún comprobarlo.

No estuvo solo FLÓREZ ESTRADA; algunos procuradores del Estamento le secundaron, como vimos. Y algunos escritores del grupo de los románticos-liberales-progresistas, como LARRA y ESPRONCEDA, apoyaron por escrito su política (164). Pero veinte votos parlamentarios y media docena de plumas son escasa fuerza frente a un Gobierno que defendía los intereses de los grupos sociales detentadores del poder. Máxime si se tiene en cuenta que varios altos funcionarios anticiparon ya años antes (en 1833) buena parte del programa de MENDIZÁBAL, cuya política se veía así respaldada «no sólo por los sectores de la sociedad que podían beneficiarse de la misma, sino también por funcionarios quizá procedentes de esos sectores» (165).

Así las cosas, FLÓREZ ESTRADA no pasó de ser un obstáculo para MENDIZÁBAL, pero un obstáculo superable y superado, y la ocasión por él señalada, una ocasión perdida.

VI. LA ETAPA FINAL DE LA DESAMORTIZACIÓN ECLESIAÍSTICA.

16. Durante las décadas centrales del siglo, la desamortización de bienes del clero fue una cuestión disputada entre los par-

(164) LARRA (ed. cit. de sus *Artículos...*, págs. 1.317 a 1.321) glosó y alabó un breve escrito de ESPRONCEDA contra Mendizábal y a favor de Flórez en términos elogiosos para el programa desamortizador de éste.

(165) ANES, G., *La crítica de un programa de los ilustrados en vísperas de la desamortización*, en «Rev. Occ.», 2.^a época, VI (1968), 65, págs. 189 y siguientes, en concreto pág. 197.

tidos moderado y progresista, y estuvo centrada principalmente en torno a los bienes del clero secular, cuya enajenación fue suspendida, como ya dije, por el artículo 1 de la ley de 16 de julio de 1840 (166).

Al año siguiente ESPARTERO, durante su regencia, imponía de nuevo la desamortización de bienes del clero secular por medio de la ley de 2 de septiembre de 1841, norma que no es una simple restauración de la vigencia de la segunda ley de MENDIZÁBAL (la de 29 de julio de 1837), si bien contiene lo esencial de aquélla en orden a la desamortización (167). En la ley de ESPARTERO se consideraban como bienes nacionales todas las propiedades del clero secular salvo las pocas exceptuadas en el artículo 6, y se los declaraba sujetos a venta (arts. 1, 2 y 3); ésta debía someterse a las mismas normas vigentes respecto a la enajenación de los bienes nacionales en general (art. 10), pero con la diferencia de que el pago del precio de remate debía hacerse en metálico hasta el 10 por 100 de su importe, y en Títulos de la Deuda o en cupones de intereses vencidos de la misma, el 90 por 100 restante (art. 12), y todo ello en un máximo de cinco plazos, el primero en el acto del otorgamiento de la escritura, y los demás en los cuatro años siguientes (art. 10); se exceptuaban de estas normas reguladoras del pago las fincas tasadas en menos de 40.000 reales, pues el precio de remate de éstas había de hacerse en metálico y a través de veinte plazos anuales (art. 11). Precisamente tengo a la vista una escritura de venta de una finca del lugar salmantino de Rozados tasada en 13.000 reales, rematada por 20.000 en 30 de enero de 1844, y pagada en 20 plazos de 1.000 reales, el último de ellos en 1864. Las condiciones de pago eran en este caso tan favorables, que supongo que la mayoría de las fincas serían tasadas por menos de 40.000 reales (con independencia de su valor intrínseco e incluso del precio de remate alcanzado) para que los compradores pudiesen acogerse a este muy benigno artículo 11 de la ley de ESPARTERO.

Esta ley era complementaria de otra de 14 de agosto de 1841 por la cual ESPARTERO resolvió, no tanto con hechos como con declaraciones normativas, el problema de la dotación del culto y

(166) Cfr. antes número 14 y nota 145.

(167) Ley de 2 de septiembre de 1841, en *Col. leg.*, t. IX (1841), páginas 449-452.

clero. Se disponía que los gastos de conservación y reparación de las iglesias parroquiales, y los del culto parroquial, se sufragaran con los llamados «derechos de estola o pie de altar», y que la cantidad no cubierta con estos ingresos se repartiese entre todos los vecinos de la parroquia para ser satisfecha obligatoriamente por cada uno de ellos (art. 1). Además se creaba una contribución de culto y clero por importe total de algo más de cien millones de reales (art. 7) (168). Como puede apreciarse, se conservaba en lo esencial el planteamiento de la segunda ley de MENDIZÁBAL.

La ley de ESPARTERO de 2 de septiembre de 1841 estuvo vigente escasamente tres años, durante los cuales se vendieron, sin duda, importantes fincas del clero secular. Pero tan vinculada estaba esta medida desamortizadora a la vida política del partido progresista en el poder, que la caída de este había de determinar necesariamente la derogación, o, al menos, la suspensión, de dicha ley. Es justo reconocer que los moderados se opusieron a la desamortización del clero secular ya en el mismo verano de 1841. Así, «El Correo nacional», órgano periodístico del partido moderado, publicaba el día 23 de julio de 1841 un artículo en el que se lee:

«...debemos advertir que el partido conservador (*léase moderado*) si llega, corriendo el tiempo, al poder, al paso que procurará hacer reconocer y legalizar por la corte de Roma las enajenaciones de los bienes de los regulares, jamás reconocerá ni sancionará el despojo del patrimonio de las Catedrales, Colegiatas y parroquias del reino; nunca mirará como un hecho consumado un acto de ira, de rencor, de venganza, como el que se va a cometer» (169).

Por eso a nadie sorprendió entonces ni puede sorprender ahora, que una de las primeras preocupaciones de los moderados al subir al poder fuese paralizar las ventas de bienes del clero secular. En el gabinete constituido el 3 de marzo de 1844 presidido por NARVÁEZ, era Ministro de Hacienda ALEJANDRO MON, quien encargó a PEDRO SAINZ DE ANDINO la redacción de la exposición de motivos y la minuta de un Decreto de supresión de tales ventas. El documento, pu-

(168) *Col. leg.*, t. IX (1841), págs. 420-422.

(169) Cit. por ANTEQUERA, op. cit., pág. 211.

blicado por el profesor SUÁREZ VERDEGUER (170) es interesante no tanto por su real influencia en el texto legal promulgado meses después, como por ser un franco indicio de la actitud del ala derecha del partido moderado.

SAINZ DE ANDINO califica de «noble, religioso, justo y político» el pensamiento de la supresión de las ventas y anticipa que de momento el Gobierno sólo puede prudentemente imponer la suspensión de las mismas, reservándose «la adjudicación definitiva e irrevocable que debe hacerse al clero de sus propiedades, para cuando el Gobierno adquiriera una situación más firme» (171).

Dejando a un lado sus argumentos—o más bien afirmaciones—retóricos, las principales razones que esgrime SAINZ DE ANDINO en favor de la tesis moderada son: a) el atraso del pago de las asignaciones y derechos económicos reconocidos al clero en virtud de la ley de 14 de agosto de 1841; b) que habiéndose incumplido ésta, cesa el principal fundamento práctico de la ley desamortizadora de 2 septiembre de 1841; c) que aunque se hubiesen hecho efectivos integra y puntualmente, los derechos económicos concedidos a la Iglesia, eran insuficientes para cubrir las necesidades de la misma; d) el mal estado de muchos templos y la indecorosa situación económica del clero (172).

Pero SAINZ DE ANDINO, en el artículo 1 de la minuta de Decreto por él redactada no hablaba simplemente de suspensión de las ventas, sino de que «se devuelvan al clero» los bienes no vendidos en virtud de la ley de ESPARTERO (173), con lo cual iba, sin duda, más lejos de lo que el Gobierno creía de momento prudente, y de lo que él mismo parecía dar a entender en la exposición de motivos de su minuta de Decreto.

Tanto la exposición de motivos, firmada por ALEJANDRO MON, como el texto definitivo (muy lacónico, por cierto) del R. D. presentado por él a la reina el 15 de julio, sancionado el 26 del mismo mes, y promulgado el 8 de agosto de 1844 (174), por el que se sus-

(170) «Documentos del reinado de Fernando VII. V. Pedro Sainz de Andino. *Escritos*», vol. tercero, ed. Universidad de Navarra, Pamplona, 1969, páginas 23-24 y 161 y siguientes.

(171) *Ibidem*, págs. 161 y 162.

(172) *Ibidem*, págs. 164 a 170.

(173) *Ibidem*, págs. 170 y 171; véase también SANTILLÁN, *Memorias...*, II, páginas 49-51.

(174) Suele citarse indistintamente por estas fechas y también por la del

pendían las ventas de bienes del clero, eran ciertamente más cautos que los equivalentes escritos de SAINZ DE ANDINO.

MON comenzaba aludiendo genéricamente y en términos nada alarmistas a la mala situación de la Hacienda real; encarecía a continuación la obligación de contribuir a «la conservación de la religión de nuestros padres»; y sentados estos antecedentes, afirmaba que «la imposición conocida con el nombre de contribución de culto y clero ha sido infructuosa en algunas partes, en otras se ha resistido su ejecución, y en muchas los clamores del clero han venido a aumentar los apuros del Tesoro público...». Así las cosas, no había más remedio—decía—que suspender las ventas de bienes del clero secular y aplicar las rentas de los mismos al mantenimiento del culto y el clero. Y a eso se limitaba en efecto el articulado del Real Decreto. Además, MON, buen político, tranquilizaba los ánimos de quienes habían comprado los bienes del clero regular y secular ya enajenados oficialmente, declarando ser «voluntad firme y resuelta del Gobierno» el «respetar y hacer que todos respeten» aquellas enajenaciones.

Con ello se aludía al núcleo mismo de las negociaciones diplomáticas con Roma. El Gobierno moderado puso en ellas gran empeño y en el curso de las mismas hizo muchas concesiones a Roma, precisamente a cambio del reconocimiento por parte de la Santa Sede de las ventas ya firmes. Creo que en muchos miembros del partido moderado puede adivinarse el siguiente razonamiento más o menos inconsciente: «nosotros ya nos hemos enriquecido bastante; califiquemos de respetables las enajenaciones de bienes del clero regular, base de nuestra riqueza; pero impidamos la de los bienes del clero secular, con lo cual al defender los intereses económicos de la Iglesia, conseguiremos que ésta olvide, y aun sane las anteriores ventas; prometamos no desamortizar más, y consideremos como despojo injusto la desamortización de bienes del clero secular». Un análisis nominal y a poder ser biográfico de los miembros rectores del partido moderado y de la procedencia de su desahogada posición económica contribuiría a corroborar que ese era uno de los más poderosos argumentos con que los mode-

rados justificaban su actitud; de momento, mi atribución de tal razonamiento es meramente conjetural.

Al Decreto ya comentado siguió otro de 3 de abril de 1845 en cuyo artículo único se declaraba que «los bienes del clero secular no enajenados y cuya venta se mandó suspender por R. D. de 26 de julio de 1844, se devuelven al mismo clero» (175). Unos años después y dentro de esta misma línea de concesiones económicas a la Iglesia, se promulgaba una nueva ley de dotación del culto y clero, que pasó en gran parte al texto del futuro Concordato (176).

La génesis diplomática del Concordato de 1851, muy lenta y laboriosa, ha sido estudiada por PÉREZ ALHAMA (177). Después de muchos avatares, el Concordato se firmó el 16 de marzo, se ratificó el 1 y 23 de abril y se promulgó en España por Ley de 17 de octubre de 1851 (178).

En relación con nuestro tema, los preceptos más importantes del Concordato son los siguientes: la fijación de la cuantía de las dotaciones de la jerarquía eclesiástica, desde el Arzobispo de Toledo hasta el simple cura párroco (arts. 31 a 33), así como la de los gastos del clero (art. 34); la determinación de los fondos con que había de atenderse a dichas dotaciones, fondos que estarían integrados principalmente por el producto de los bienes devueltos al clero por la ley de 3 de abril de 1845, y por una imposición sobre las propiedades rústicas y urbanas en la cuantía necesaria para hacer frente al montante de la dotación, y que sería recaudada por el mismo clero, si bien con el auxilio de las autoridades públicas (art. 38); se reconocía capacidad a la Iglesia para adquirir bienes «por cualquier título legítimo» (art. 41); y finalmente, se declaraba que la Iglesia no molestaría a los que compraron fincas procedentes de la desamortización eclesiástica, ni a los herederos o adquirentes de tales compradores (art. 42).

Quedaba así establecida la obligación estatal (raíz de la que

(175) *Col. leg.*, t. XXXIV (1845), págs. 137-138.

(176) *Col. leg.*, t. XLVI (1849), págs. 356-357.

(177) PÉREZ ALHAMA, Juan, *La Iglesia y el Estado español. (Estudio histórico-jurídico a través del Concordato de 1851)*, IEP, Madrid, 1967. Personalmente discrepo de algunas afirmaciones del autor sobre interpretación general de la desamortización; cfr. sobre ello mi reseña a dicho libro en *AHDE*, XXXVII (1967), págs. 612-617.

(178) Una correcta y muy accesible edición del mismo es la publicada por TIerno GALVÁN, Enrique, *Leyes políticas españolas fundamentales (1808-1936)*, editorial Tecnos, Madrid, 1968, págs. 495 y sigs., por la cual cito.

todavía continúa asumiendo el Estado actual) de hacer frente a los gastos del culto y clero, y si no se llegaba a hacer expreso reconocimiento de la legitimidad de las adquisiciones de bienes eclesiásticos desamortizados, si se comprometía la Iglesia a no impugnar de ningún modo dichas compras. «Do ut des».

El Estado español se comprometía también a la devolución de los bienes del clero regular femenino no enajenados: «Pero—*decía el artículo 35 del Concordato*—teniendo Su Santidad en consideración el estado actual de estos bienes y otras particulares circunstancias, a fin de que con su producto pueda atenderse con más igualdad a los gastos del culto y otros generales, dispone que los prelados, en nombre de las comunidades religiosas propietarias, procedan inmediatamente y sin demora a la venta de los expresados bienes por medio de subastas públicas hechas en la forma canónica y con intervención de la persona nombrada por el Gobierno de Su Majestad. El producto de estas ventas se convertirá en inscripciones intransferibles de la Deuda del Estado del 3 por 100...».

Análogamente, además de los bienes devueltos en 1845 y de estos indicados en el artículo 35, el Estado español se obligaba a devolver a la Iglesia, «desde luego y sin demora», todos los bienes eclesiásticos no comprendidos en la ley de abril de 1845 pero que estuviesen aún en su poder (es decir, bienes de regulares, no desamortizados, y otros semejantes). «Pero—*se añadía*—atendidas las circunstancias actuales de unos y otros bienes, y la evidente utilidad que ha de resultar a la Iglesia, el Santo Padre dispone que su capital se convierta inmediatamente y sin demora en inscripciones intransferibles de la Deuda del Estado de 3 por 100...» (artículo 38).

A mi entender, la gran vencedora de la negociación y de la firma del Concordato de 1851 fue la diplomacia vaticana. A cambio de la normalidad de las relaciones entre Roma y España y de la concesión contenida en el artículo 42 del Concordato, la Iglesia consiguió las ventajas ya enumeradas, entre las que destaca la terminación de la desamortización de sus bienes. Como último residuo de la política desamortizadora quedaba la enajenación de bienes a realizar en virtud de los ya comentados artículos 35 y 38, con la inversión del producto de tales ventas en Títulos de la Deuda. De este modo, el Estado atendía a las necesidades de

su Hacienda, y la Iglesia convertía los peores de sus bienes inmuebles (esto es, los que nadie hasta entonces había querido comprar) en patrimonio nobiliario. El trueque es un claro signo de los nuevos tiempos.

El Concordato cayó muy mal entre la opinión pública en general, pero fue muy bien recibido, como era lógico, entre la mayor parte del clero (179).

17. Las alternativas políticas entre 1854 y 1874 tuvieron decisiva repercusión en la desamortización eclesiástica.

Durante el bienio progresista y siendo Ministro de Hacienda don PASCUAL MADOZ, se promulgó la Ley general de desamortización de 1 de mayo de 1855. Pocos meses estuvo en el Ministerio MADOZ, y, sin embargo, a lo largo de su mandato, entre enero y junio de 1855 consiguió sacar adelante la que él calificaba como «mi desamortización». El artículo primero de esta Ley declaraba en venta—entre otros—los bienes del clero, y aunque el primer período de aplicación de dicha norma fue muy corto en relación con la venta de bienes eclesiásticos—como veremos en seguida—, SIMÓN SEGURA ha dado a conocer cifras demostrativas de que entonces se enajenaron muchas y muy valiosas fincas de procedencia eclesiástica (180). La resistencia contra la Ley MADOZ por lo que ésta tenía de texto desamortizador de bienes de la Iglesia fue muy tenaz.

En efecto; después de obtenida la aprobación de las Cortes, hubo que vencer un importante obstáculo: el que opuso la reina. Isabel II no quería firmar la Ley MADOZ por el perjuicio que ocasionaba a la Iglesia, y se resistía a ello pensando que en tal firma le iba la salvación de su alma. Al fin se sometió a las presiones que sobre ella ejercieron ESPARTERO y O'DONELL, pero al parecer con la íntima decisión de impedir la desamortización de bienes del

(179) PÉREZ ALHAMA, op. cit. pág. 447 sobre las operaciones al Concordato. Como ejemplo de opiniones de clérigos de diferente jerarquía eclesiástica favorables al Concordato, cfr. SÁNCHEZ RUBIO, J., *Juicio imparcial y comentarios sobre el Concordato de 1851*, Madrid, 1853, especialmente págs. 327 y 328; cfr. también CUESTA, G., *Cartas del Cardenal-Arzobispo de Santiago a «La Iberia», periódico progresista, sobre la necesidad del poder temporal del Papa*, Madrid, 1866, págs. 156 y sigs.

(180) SIMÓN SEGURA, *La desamortización de 1855*, cit. en nota 1, págs. 110, 116 y 119; sobre MADOZ, cfr. *ibidem*, pág. 95, y SANTILLÁN, *Memorias*, II, páginas 245-248.

clero tan pronto como pudiese. Como la Ley Madoz infringía claramente el Concordato de 1851, las relaciones diplomáticas con Roma se hicieron insostenibles; el Nuncio salió de Madrid, y don JOAQUÍN FRANCISCO PACHECO, a la sazón embajador español en Roma, hubo de retirarse también. Pero el triunfo de ESPARTERO y O'DONELL —más de aquél que de éste— sobre Isabel II, y sobre Sor Patrocinio, en quien se personalizaba la influencia clerical sobre la reina, fue efímero. La resistencia contra la desamortización eclesiástica prosiguió en la Corte; después de la dimisión y retirada política de ESPARTERO, el Gobierno, presidido ya sólo por O'DONELL, se vio obligado a suspender las ventas de bienes del clero por el Real Decreto de 23 de septiembre de 1856. Pocos días después (al siguiente de un famoso baile en Palacio) caía O'DONELL, y NARVÁEZ, su sucesor, suspendió la ejecución de toda la Ley Madoz por Real Decreto de 14 de octubre de 1856 (181).

A los dos años (exactamente el 30 de junio de 1858) volvió al poder O'DONELL, pero separado ya del tronco progresista y al frente de la Unión Liberal. Su medida desamortizadora estaba dentro de la vía media elegida como conducta por dicho partido; O'DONELL, por Real Decreto de 2 de octubre de 1858, restableció la Ley Madoz, pero excluyendo del ámbito de la misma los bienes de la Iglesia. GALDÓS atribuye a los partidarios de la Unión Liberal las siguientes ideas:

«Desamorticemos y repartamos, pero no con violencia revolucionaria, sino con parsimonia y suavidad conservadoras, concordando con el Papa la forma y modo de conciliar los intereses de la Iglesia con los de la sociedad civil» (182).

Y en verdad que era esa la intención de O'DONELL, que en éste como en otros tantos aspectos siguió una política más cercana a la línea moderada que a la progresista. O'DONELL envió pronto a Roma como embajador a RÍOS ROSAS (hombre que ya en la crisis de septiembre-octubre de 1856 había intervenido como mediador entre la tendencia a mantener la Ley Madoz y la postura de NARVÁEZ), con el fin de poner punto final a la cuestión de la desamor-

(181) LAFUENTE-VALERA, *Historia...*, t. XXIII, págs. 202-205, y 228 a 230; el R. D. de 23-IX-1856, en *Col. leg.*, t. LXIX, pág. 513; el R. D. de 14-X-1856, en *Col. leg.*, t. LXX, pág. 79.

(182) PÉREZ GALDÓS, *O'Donell*, en «O. C.», ed. cit., III, pág. 191; el R. D. de 2-X-1858, en *Col. leg.*, t. LXXVIII, págs. 5 a 9.

tización eclesiástica. Las nuevas negociaciones pretendían llegar a un acuerdo sobre la regulación definitiva de la permuta de los bienes eclesiásticos en poder del Estado por Títulos de la Deuda, aclarando, unificando y detallando lo dispuesto por los artículos 35 y 38 del Concordato. La gestión diplomática dirigida por Ríos Rosas terminó con la firma del importante Convenio de 25 de agosto de 1859, ratificado en 7 y 14 de noviembre, y convertido en Ley de 4 de abril de 1860 (183).

El Gobierno español prometía a la Santa Sede no hacer en adelante por su decisión unilateral ninguna venta ni conmutación de bienes eclesiásticos (art. 1); reconocía capacidad a la Iglesia para «adquirir, retener y usufructuar en propiedad y sin limitación» toda clase de bienes (art. 3) y declaraba derogada (en ese mismo artículo 3 la Ley Madoz de 1 de mayo de 1855 en todo cuanto se opusiera al texto del Convenio.

Con arreglo a estos preceptos, la situación de los bienes adquiridos por la Iglesia después de 4 de abril de 1860 es perfectamente clara y no plantea problema alguno ni en orden a la capacidad de adquirir, ni en relación con la disposición por parte de la Iglesia de tales bienes, ni tampoco de carácter registral (184).

Más interesante y menos clara es la situación de los bienes pertenecientes a la Iglesia antes del citado Convenio. De entre ellos hay que distinguir los enumerados en los artículos 31 y 33 del Concordato de 1851, y en el artículo 6 del Convenio de 1860, que se consideraban exceptuados de la permuta por Títulos, y que, por tanto, quedaron en propiedad de la Iglesia, con plena capacidad de ésta para enajenarlos y con posibilidad de inscripción registral de los mismos a favor del adquirente (185).

Todos los demás bienes pertenecientes a la Iglesia desde antes de 1860, no desamortizados antes de esa fecha y no exceptuados de permuta por los preceptos citados, quedaban sujetos en virtud de los artículos 35 y 38 del Concordato, y sobre todo, como consecuencia de los artículos 4 y 5 del Convenio de 1860, a una

(183) LAFUENTE-VALERA, *Historia...*, t. XXIII, págs. 228, 241 y 256-257; el Convenio de 4 de abril de 1860, en *Col. leg.*, t. LXXXIII, págs. 267-277.

(184) ROCA SASTRE, R. *Derecho hipotecario*, t. III, 5.ª ed. Barcelona, 1954; págs. 239-240.

(185) Cfr. textos citados y ROCA SASTRE, op. cit., y loc. cit., en nota anterior, págs. 242-243.

permuta por Títulos de la Deuda consolidada del 3 por 100. El artículo 4 facultaba a los Obispos a que valorasen aquéllos de los bienes indicados que estuviesen radicados en su diócesis, y el Estado se comprometía a entregar a la Iglesia inscripciones intransferibles de la Deuda por la suma total del valor de dichos bienes.

Estos quedaban, pues, sujetos a desamortización, siendo el Estado el encargado de llevarla a ejecución (y no los Obispos, como determinaba el artículo 35 del Concordato de 1851, para los bienes mencionados en ese mismo artículo). Para aclarar más este punto se promulgó la ley de 7 de abril de 1861, que consideraba sometidos dichos bienes enajenables a la Ley Madoz, aunque especificaba fines concretos a los que debía destinarse la inversión de los fondos obtenidos con el producto de tales enajenaciones (186).

Esta ley de 7 de abril de 1861 ha estado, sin duda, vigente hasta la del Patrimonio del Estado de 16 de diciembre de 1964, de la que luego hablaré. Por tanto, la cuestión de la vigencia de las leyes desamortizadoras antes de 1964 debía resolverse discriminando entre los diversos tipos de bienes eclesiásticos en función de su adquisición por la Iglesia antes o después del Convenio de 4 de abril de 1860. Y así lo entendió, acertadamente a mi juicio, ROCA SASTRE, cuando consideraba como bienes todavía sujetos en 1954 a desamortización, los permutables por Títulos de la Deuda en virtud del Convenio de 1860. Cierto es, como este autor afirmaba, que pocos bienes quedarían ya que no hubiesen sido enajenados; pero los que hubiere debían ser vendidos por el Estado y no por la Iglesia (187). A la argumentación de ROCA SASTRE (y desde luego a favor de ella) hay que añadir la Ley de 7 de abril de 1861 (no citada por ROCA ni por J. M. PRADA) (188), y que sin lugar a dudas regulaba el cómo de la desamortización de tales bienes, remitiéndose a la Ley Madoz. Por el contrario, en relación con los bienes adquiridos por la Iglesia después de 1860, o con los bienes exceptuados de permuta, puede considerarse totalmente derogada sin duda toda la legislación desamortizadora (189).

(186) *Col. leg.*, t. LXXXV, págs. 291-293.

(187) *Op. y loc. cit.*, págs. 240-241.

(188) PRADA, J. M., *¿Se hallan vigentes las leyes desamortizadoras?* en «Rev. Esp. Der. Canónico», XIII (1958), núm. 37, pág. 33 y sigs.

(189) Véase más adelante el núm. 23.

Esta situación legal se vio alterada en periodos como el de 1868 y años inmediatos, en los que se promulgaron algunas normas sobre disolución de la Compañía de Jesús, y sobre supresión de conventos y monasterios, con la consiguiente ocupación y enajenación de sus patrimonios; pero la vigencia de tales preceptos no duró mucho, y la cuantía de las enajenaciones realizadas entonces ya no podía ser muy elevada (190).

La ejecución del Convenio de 1860 ha llegado hasta nuestros días. A la Iglesia se le reconoció siempre (salvo en momentos del periodo 1868-1874) la pacífica posesión de los bienes suyos que estaban exceptuados de permuta por el artículo 6 del Convenio, y cuando alguna autoridad política provincial se incautó de algunos de estos bienes, el conflicto con la autoridad diocesana se resolvió a favor de ésta (191). Del mismo modo, a la vez que se daba cumplimiento al Convenio por la ley de 7 de abril de 1861, una Real Orden de 11 de enero de 1862 dispuso la entrega a los Obispos diocesanos de las inscripciones de la Deuda equivalentes a los bienes permutados (192).

El profesor PORTERO ha dado noticia de las más recientes derivaciones del problema que nos ocupa (193). Al parecer, poco después de entregados a los diocesanos los Títulos de la Deuda, el Gobierno de Isabel II suspendió el pago de los intereses «hasta nuevo aviso»; aviso que no se dio hasta 1959, con lo cual se fueron acumulando los intereses vencidos, debidos y no pagados de aquellos Títulos, al mismo tiempo que se perdían o destruían muchas de las inscripciones de la Deuda. Planteado el problema hacia 1958, nuevamente se buscaron las láminas que faltaban, y con base en las encontradas se trató de calcular el importe del patrimonio eclesiástico compuesto por las láminas y por los intereses vencidos y debidos, estimándose su alcance en unos 1.200 millones

(190) Cfr. Dto. de 12-X-1868, suprimiendo la Compañía de Jesús (*Col. leg.*, t. 100, pág. 290); Dto. de 18-X-1868, suprimiendo conventos y monasterios (*Col. leg.*, t. 100, pág. 327 y sigs.); Orden de 16-XI-1868, sobre ocupación y enajenación de bienes de «jesuitas y regulares» (*Col. leg.*, t. 100, págs. 677 y sigs.); Dto. de 1. III. 1869, sobre incautación y venta de bienes de Obras Pías (*Col. leg.*, t. 101, págs. 341 y sigs.).

(191) Dto. de 9-I-1875 (*Col. leg.*, t. 114, págs. 32-33).

(192) R. O. de 11-I-1862, cit., por PORTERO, op. cit., en nota siguiente, pág. 156.

(193) PORTERO, LUIS, *Hacia el fin de la desamortización*, en «Rev. Esp. Der. Canónico», XVII (1962), núm. 49, págs. 153 a 161; lo sigo en este punto.

de reales de vellón. Después de algunas negociaciones, el problema ha quedado resuelto por el artículo 16 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el bienio 1960-1961, en virtud del cual el Ministro de Hacienda ha entregado a la Iglesia Titulos de la Deuda Interior a 4 por 100 por valor nominal de 300 millones de pesetas y con intereses a pagar a partir de 1 de enero de 1959 (194).

VII. LA LEY MADDOZ DE 1 DE MAYO DE 1855.

18. El Decreto sobre desamortización de propios y baldíos promulgado durante el trienio liberal apenas tuvo tiempo de ser aplicado, como sucedió con otras varias normas desamortizadoras. Las décadas que transcurren desde entonces hasta 1855 presencian la casi paralización de la desamortización de bienes municipales (195).

Durante períodos de mando progresista se dieron varias disposiciones confirmando los repartos de tierras concejiles efectuados a fines del siglo XVIII en virtud de la Real Cédula de 1770, o realizados en ejecución del Decreto de las Cortes de Cádiz de 4 de enero de 1813 (196). Pero como cuantitativamente no fueron muy importantes aquellos repartos, puede suscribirse como exacta la siguiente afirmación de Cárdenas: «Hasta 1854 se había respetado en cierto modo el dominio de los pueblos, pues si muchos de sus bienes se habían repartido y enajenado, casi siempre se había procurado distribuirlos de manera que quedaran en poder de vecinos o comuneros partícipes de su propiedad. Ni aun en sus mayores necesidades se había atrevido el Gobierno a obligar a los pueblos a vender todos sus propios para favorecer al Erario» (197).

Además, en el período entre 1823 y 1825 se dieron disposiciones muy equilibradas en relación con este problema; entre ellas destaca la Real Orden de 24 de agosto de 1834 (198). Según el artículo 1, los Ayuntamientos quedaban encargados de formar «los

(194) Cfr. «B. O. del E.», del 26-XII-1959.

(195) Cfr. antes el núm. 11 y la nota 127; CÁRDENAS, op. cit., II, pág. 196.

(196) Cfr. antes el núm. 9; CÁRDENAS, op. cit., II, págs. 197-198.

(197) CÁRDENAS, op. cit., II, pág. 198.

(198) NIETO, op. cit., pág. 864, donde la califica de «extremadamente prudente»; CÁRDENAS, op. cit., II, pág. 196; el texto en NIEVA, *Decretos de la Reina* .. t. XIX, págs. 359-360.

oportunos expedientes para la subasta de la finca o fincas de los propios que convenga enajenar», conveniencia que dependía, pues, del criterio municipal, sometido después a aprobación del Gobernador civil de la provincia. La venta podría hacerse según los casos en plena propiedad, o a censo reservativo o enfiteúutico, debiendo razonar en cada caso el Ayuntamiento «las ventajas de la enajenación y de la especie de contrato que se determine».

El Estado no vendía las fincas ni las convertía en «bienes nacionales». Simplemente autorizaba las mencionadas enajenaciones, limitándose a vigilar, de modo muy discreto por cierto, las iniciativas municipales sobre esta materia. Por lo demás, como el Estado, por otra Real Orden de 3 de noviembre de 1835 especificó el destino que los Ayuntamientos debían dar a los fondos obtenidos de estas enajenaciones, dejando muy escaso margen de libre disponibilidad municipal sobre la inversión de tales ingresos, los Ayuntamientos, no viendo ventajas importantes ni en las ventas ni en la inversión de los fondos producto de ellas, hicieron muy escaso uso de la Real Orden de agosto de 1834, y enajenaron muy pocas fincas de sus bienes de propios (199).

Dentro de esta misma línea hay que entender las disposiciones que procuraron fomentar la construcción de ferrocarriles (obra pública clave a partir de 1848) animando a que interviniesen los pueblos en su financiación y autorizándoles a enajenar sus bienes para invertir en dicha obra pública el producto de las ventas (200).

Cuando se llegó al bienio progresista, los patrimonios municipales eran, pues, todavía muy importantes.

19. La aprobación por las Cortes del Proyecto de Ley general desamortizadora de don PASCUAL MADRIZ se llevó a cabo venciendo la resistencia de los municipios y la de un grupo de diputados no muy numeroso, pero sí muy expresivo en la exposición de sus razones.

Algunos años atrás, exactamente el 30 de septiembre de 1851, se hizo girar a todos los municipios españoles un cuestionario intere-

(199) Cfr. CÁRDENAS y NIETO, obras y páginas citadas en nota anterior.

(200) NIETO, op. cit., pág. 865; CÁRDENAS, op. cit., II, pág. 198, y GÓMEZ CHAPARRO, op. cit., en nota 1, pág. 23.

santísimo (201). Hay en él preguntas relativas a cuántos y cuales son los bienes municipales; cuáles son sus rentas y cuales sus cargas; cuáles son los destinados al aprovechamiento común y en qué consiste éste; qué fincas municipales se han enajenado desde 1800 a 1851, etc. Todas estas interrogantes tenían una clara finalidad informativa para la Comisión parlamentaria redactora del cuestionario.

Pero hay en él otras preguntas cuya respuesta debía expresar no un mero dato o cuestión de hecho, sino una declaración de voluntad por parte de las autoridades de cada municipio. A éstas, en efecto, se les pregunta en septiembre de 1851 si consideran conveniente la enajenación de «los bienes de propios, caudal común o de vecinos y baldíos apropiados y arbitrados de ese distrito»; si convendría su enajenación total o parcial, en propiedad plena («venta real») o a censo, y qué destino debería darse a los fondos obtenidos de las ventas, en el supuesto de que se considerasen aconsejables.

Durante la discusión del proyecto de la Ley Madoz, CLAUDIO MOYANO, enemigo de la desamortización municipal, aludió a esta Consulta hecha a los municipios, a la que respondieron en 1852 unos 2.000 (202); de ellos, sólo 20 prestaron su asentimiento a la venta de los bienes municipales, siendo muy sintomático el hecho de que de esos 20 pueblos, sólo 6 tenían bienes de propios (203). Por ello, aunque quizá sea cierto, como ha escrito ALEJANDRO NIETO,

(201) Lo ha transcrito íntegro GÓMEZ CHAPARRO, op. cit., págs 24-27

(202) En la Biblioteca de la Universidad de Salamanca faltan los tomos del *Diario de Sesiones* correspondientes a los años 1854 a 1874, ambos inclusive; por ello, y puesto que este trabajo lo he elaborado como ya dije en nota 3 en esta ciudad, no he podido consultar la discusión parlamentaria en las fuentes directas; por ello me remito en este punto a SIMÓN SEGURA, quien—como ha hecho ver Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO en la reseña de dicha obra, cit., en nota 1—no cita sesiones ni páginas concretas; a Alejandro NIETO, que utiliza en este punto el resumen tal como lo trae REUS Y GARCÍA en su *Manual de desamortización civil y eclesiástica*, Madrid, 1862, y a GÓMEZ CHAPARRO, op. cit., págs. 32 y sigs.

Me parece que la consulta aludida por Claudio Moyano debe ser la misma del cuestionario de 30 de septiembre de 1851, dada a conocer por GÓMEZ CHAPARRO: éste declara que no se conocen las respuestas al mismo (op. cit., pág. 28); en todo caso los pueblos que contestaron a él lo harían a fines del año 1851 o durante el año 1852, fecha en que sitúa Claudio Moyano las respuestas de los Municipios a que él se refiere; no parece probable que hubiera en el breve plazo de dos años más de una consulta de esa índole.

(203) CÁRDENAS, op. cit., pág 198; SIMÓN SEGURA, *La desamortización de 1855*, pág. 97.

que los pueblos no defendieron tanto como debieran sus patrimonios comunales (204), también es verdad que las Cortes conocían la oposición de los mismos a la enajenación de sus patrimonios, y que obraron con plena responsabilidad y completo conocimiento de los desastrosos efectos que se derivarían de la desamortización municipal.

Esos efectos desfavorables fueron denunciados por los diputados que se opusieron a la Ley Madoz. Un grupo de ellos pretendió aplazar la discusión de la Ley por no haber sido las Cortes suficientemente informadas de los datos en que el Gobierno se basaba para proponerla (205); pero al desecharse esta propuesta y entrar las Cortes en la discusión del articulado, hubo varios diputados, especialmente CLAUDIO MOYANO, BUENO, ARIAS y CONCHA, que esgrimieron sólidos argumentos contra la desamortización municipal, y más en concreto contra el sistema propuesto, esto es, la venta en propiedad y en pública subasta sin graduación cronológica de ofertas parciales. En síntesis, tales argumentos fueron los siguientes (206):

1. En los bienes de propios fijan su sustento miles de habitantes de los municipios rurales, que gracias a ellos suplen la miseria de sus ingresos particulares. Enajenar tales bienes implicaba aumentar la miseria de los vecinos pobres de los municipios rurales.

2. Aun siendo cierta la mala administración que de sus bienes hacían los municipios, de ello no se deriva la necesaria enajenación de las fincas, sino la necesidad de corregir y mejorar la administración municipal de sus propias Haciendas.

3. Como con cargo a estos bienes pagan los municipios muchos servicios públicos (enseñanza, medicina, higiene...), su enajenación obligará al aumento de las contribuciones municipales a pagar por los vecinos, aumento que, dada la utilidad marginal del dinero, perjudica sobre todo a los vecinos económicamente más modestos.

(204) NIETO, op. cit., pág. 866.

(205) Cit., por GÓMEZ CHAPARRO, op. cit., pág. 34.

(206) Discursos citados por GÓMEZ CHAPARRO, op. cit., págs. 37 y 39 y 44 y siguientes, y SIMÓN SEGURA, *La desamortización de 1855.*, págs. 97 a 103.

4. Las enajenaciones favorecerán a los especuladores, y a los ya poderosos propietarios rurales, que serán nuevamente los compradores, pero no a los simples colonos o braceros de los municipios rurales, que no podrán nunca comprar las fincas subastadas. El ejemplo de lo que había sucedido hasta entonces indicaba claramente que la historia volvería a repetirse.

5. Puestos a enajenar, repártanse los bienes a enfiteusis.

Como ve el lector, muchos de los argumentos esgrimidos en 1855 eran casi idénticos a los expuestos durante las Cortes de Cádiz, y a las objeciones presentadas por FLÓREZ ESTRADA veinte años atrás. Pero del mismo modo que en 1836 prosperó el Real Decreto de MENDIZÁBAL, también en 1855 se aprobó la Ley Madoz; y por la aplastante mayoría de 159 votos contra 13. Ni MADDOZ ni ESPARTERO recurrieron a las trampas parlamentarias de MENDIZÁBAL en 1836; la composición de las Cortes les era favorable. Ello demuestra la eficacia del sistema de voto censitario. Excluidos de las Cortes los individuos pertenecientes a núcleos y clases rurales, los diputados (salvo esa minoría de hombres más conscientes, o más desinteresados, o menos implicados en el sistema) por fuerza habían de votar una Ley desamortizadora que personalmente beneficiaría a muchos de ellos, y que era además bandera distintiva del partido progresista, al que la mayoría de los diputados pertenecía.

También hubo, sin embargo, diputados que se opusieron a la Ley Madoz por el hecho de la inclusión de los bienes del Clero en su artículo 1, estimando que lo contenido en el Concordato no debía ser contradicho por una Ley del reino, que significaba la tácita repulsa de aquel texto; pero también en este aspecto prosperó—como sabemos—la visión desamortizadora propia del partido progresista (207). Estas tensiones parlamentarias, y más aún

(207) Cfr. SIMÓN SEGURA, *ibidem*, pág. 102. En realidad también los demócratas de entonces, núcleo inicial del Partido demócrata, sostenían en su programa la *desamortización completa civil y eclesiástica*; así se lee en el punto 11 del manifiesto democrático de 6 de abril de 1849; cfr. EIRAS ROEL, A., *El partido demócrata español (1849-1868)*, Madrid, 1961, pág. 165. Esto quiere decir que «las izquierdas burguesas» del momento eran partidarias de esa política, sin entrar en detalles del cómo y del para quién; sería necesario conocer cómo cayó la desamortización en la opinión pública, y en qué medida

las que en la Corte entablaron políticos y líderes de los partidos en candelero (208) demuestran que el punto políticamente crucial de la Ley Madoz no fue su aplicación a los bienes municipales, sino la desamortización de los bienes del clero.. No obstante, económicamente y enfocando la eficacia a largo plazo de tal Ley, fue sin duda mucho más importante su aplicación a los patrimonios municipales (209).

20. Examinemos los principales preceptos de la Ley de 1 de mayo de 1855.

La primera nota distintiva (210) es su carácter general. En efecto, su artículo 1 declaraba en estado de venta los bienes pertenecientes al Estado, al clero, a las Ordenes Militares de Santiago, Calatrava, Alcántara, Montesa y San Juan de Jerusalén, a Cofradías, Obras Pías y Santuarios, al ex Infante don Carlos, a los propios y comunes de los pueblos, a la Beneficencia y a la Instrucción pública; y para subrayar más la generalidad se añadía la siguiente cláusula: «... y cualesquiera otros pertenecientes a manos muertas, ya estén o no mandados vender por leyes anteriores».

De este modo, todos los bienes desamortizados por leyes anteriores o los declarados en venta *ex novo* por la Ley Madoz quedaban sometidos al régimen en ella establecido. El hecho es nuevo en la legislación desamortizadora, que fue apareciendo—como hemos descrito—de manera parcial y ocasional, pero nunca bajo un planteamiento normativo general. Dentro de este enfoque es coherente con el artículo 1 el artículo 29, que declaraba derogadas todas las normas «sobre amortización o desamortización que en cualquier forma contradigan el tenor de la presente Ley». Por ello, en el futuro, la Ley de 1 de mayo de 1855 constituirá si no el único texto legal desamortizador, sí el fundamental. Las más recientes normas desamortizadoras serán complementarias respecto a ella

la apariencia de medida progresista que tal política revistió fue aceptada por los núcleos periodísticos de los diversos grupos políticos de Madrid y de las demás capitales provincianas. Para ello sería necesario bucear con calma y detenimiento en la Prensa de la época, trabajo que está por hacer.

(208) Cfr. antes el núm. 17 y las notas 181 a 183.

(209) En el mismo sentido SIMÓN SEGURA, *La desamortización de 1855*, págs. 124-125 y sigs.

(210) *Col. leg.*, t. LXV, págs. 5 y sigs.; la *Instrucción*, complementaria de dicha ley es de 31-V-1855; cfr. *ibidem*, págs. 163 y sigs.

(como la Instrucción de 31 de mayo de 1855), vendrán a suspenderla total o parcialmente (Decretos de 23 de septiembre y 14 de octubre de 1856) o a restablecerla (Decreto de 2 de octubre de 1858), o a modificar su articulado en puntos particulares (Ley de 11 de junio de 1856), o a declararla aplicable respecto a algún tipo concreto de bienes (Ley de 7 de abril de 1861). Por las mismas razones en nuestros días el problema de la derogación de la legislación desamortizadora se centra primordialmente en la Ley de 1 de mayo de 1855.

Su artículo 2 exceptuaba de venta una serie de bienes entre los que hay que destacar «los terrenos que hoy son de aprovechamiento común», excepción que permitió a los municipios excluir algunos de sus bienes (211).

Las fincas debían venderse en pública subasta (art. 3), y el pago debía hacerse íntegramente y en todo caso en metálico y en quince plazos, el primero de ellos al contado, y, por tanto, a lo largo de catorce años (art. 6). En este artículo radica otra importante novedad de la Ley: la no admisión de Títulos de la Deuda computados por su valor nominal como forma de pago del precio de remate de las fincas subastadas. Se aminoraba así la conexión entre desamortización de tierras y amortización de la Deuda interior, y se evitaba también que la diferencia entre el valor nominal de los Títulos y su valor real, notablemente inferior siempre, pasase a aumentar el beneficio económico de los compradores. Como diré en seguida, el Estado se comprometía a invertir parte de los fondos obtenidos con la venta de los bienes desamortizados en la compra de Títulos; pero naturalmente los compraría según su valor de cotización. Con ello el beneficio de la operación desamortizadora para la Hacienda pública podía preverse mayor que en anteriores ocasiones.

El destino que había de darse al producto obtenido con las ventas dependía en cada caso de la naturaleza de los bienes vendidos. El 80 por 100 del producto de la venta de los bienes municipales se invertiría en Títulos de la Deuda al 3 por 100 intransferibles y a nombre de los correspondientes municipios (art. 15),

(211) Sobre el aspecto terminológico de esta expresión, su importancia y la interpretación legal y jurisprudencial de que ha sido objeto, Cfr. el brillante análisis que de todo ello hace NIETO, op. cit., págs. 221 a 232.

salvo la parte de ese 80 por 100 que los mismos municipios solicitaran invertir en obras públicas locales, siempre que lograsen a tal efecto la autorización de la Diputación provincial (art. 19).

Del mismo modo, el producto íntegro de la venta de bienes de Beneficencia e Instrucción Pública se invertiría en Títulos intransferibles a favor de las Corporaciones en cuestión (art. 20).

Por lo que respecta a los bienes del clero, se distinguía entre la inversión de los fondos obtenidos con su venta (de la que luego hablaré) y la compensación entregada al clero. En este sentido se declaraba que se emitirían a favor del clero inscripciones intransferibles de la Deuda consolidada al 3 por 100, por un capital equivalente al producto de las ventas (art. 22), dedicándose los intereses del mismo a cubrir el presupuesto de culto y clero (artículo 23).

La idea básica y común de estos preceptos consiste en compensar o indemnizar a las entidades cuyos bienes se enajenan con una cantidad equivalente al valor en venta de los mismos (o al 80 por 100 de éste en el caso de los municipios). Claro es que tal equivalencia era tan sólo aparente si atendemos a las siguientes razones: 1. La diferencia entre valor real y valor en venta, dado que éste disminuiría notablemente como consecuencia del aumento de la oferta y de los abusos típicos del sistema de venta en subasta. 2. La depreciación de la moneda; como lógico efecto de la misma resulta hoy en día indiscutible el hecho de que la renta de 3 por 100 de los Títulos de la Deuda es insignificante a siglo y pico de la desamortización, y en todo caso mucho menor que el rendimiento efectivo que los municipios podrían obtener ahora de los bienes que constituían su patrimonio.

Este principio de la compensación no entraba en juego, como es natural, en relación con la venta de bienes del Estado. Por eso se establecía que los fondos recaudados con la venta de bienes del Estado, más el equivalente al 20 por 100 de los procedentes de bienes municipales vendidos, y el producto íntegro de la venta de bienes del clero, se invertiría en rescatar Títulos de la Deuda, en obras públicas y en cubrir el déficit del presupuesto del Estado «si lo hubiere» (art. 12)..

Hasta aquí la Ley Madoz. Vino a completarla la Instrucción de 31 de mayo de 1855, que creaba un complicado y costoso apa-

rato burocrático dedicado a la ejecución de la ley de 1 de mayo de 1855. Esta fue modificada por ley de 11 de junio de 1856, seguida de su correspondiente Instrucción (212); en esta ley (y al margen de preceptos aclaratorios o complementarios de muy concreto contenido) destacan sus artículos 8 y 9; en el 8 se declaraba que «los bienes se dividirán para los efectos de esta ley en dos clases: 1.^a Del Estado; 2.^a De las Corporaciones civiles». Y el artículo 9 incluía a estos efectos los bienes del clero dentro de la clase primera, esto es, como bienes del Estado.

Esta clasificación de los bienes iba encaminada a ordenar con más claridad el principio de la compensación (que sólo regía para los de la clase segunda), así como también el destino de los fondos obtenidos con las ventas, puntos bastante confusamente regulados por la Ley MADUZ. Además, esta inclusión de los bienes del clero entre los del Estado tendrá después importancia a efectos derogatorios de la legislación desamortizadora, como veremos más adelante.

En cuanto a la supresión parcial o total de la Ley MADUZ, y al restablecimiento parcial de la misma, me remito a lo ya expuesto en el número 17.

21. La aplicación de la Ley de 1 de mayo de 1855 fue muy desigual en las distintas provincias españolas. SIMÓN SEGURA nos ha dado a conocer bastantes datos sobre este punto (213). En alguna ocasión, como sucedió en Navarra, la Ley MADUZ encontró una resistencia poco menos que invencible. GÓMEZ CHAPARRO ha estudiado cómo las instituciones forales navarras paralizaron durante años la aplicación de la ley general desamortizadora, acogándose a la Ley Paccionada de 16 de agosto de 1841 (214); y cómo la Junta Provincial de Ventas de Navarra, desde su creación por Real Orden de 6 de junio de 1861 y a través de su importante intervención en el proceso desamortizador, interpretó la Ley MADUZ de modo muy favorable a los intereses municipales, logrando que se exceptuasen de venta muchos pastizales, bosques y robledales que constituyen aún hoy «la principal fuente de riqueza de la

(212) *Col. leg.*, t. XIX, págs. 146 y sigs. y 154 y sigs.

(213) *Op. cit.*, págs. 112 y sigs.

(214) *Op. cit.*, págs. 53 a 92.

inmensa mayoría de los municipios de la parte Norte de Navarra» (215). Pero es claro, que las restantes provincias españolas no pudieron acogerse al especial régimen foral navarro, y, por consiguiente, en todas ellas (aun con las diferencias cuantitativas y cualitativas expuestas por SIMÓN SEGURA) los resultados de la Ley Madoz fueron desastrosos (216).

Pero no sorprendentes. En relación con la enajenación de bienes municipales, parte primordial de las ventas realizadas al amparo de la Ley Madoz, hay que repetir que los pueblos se opusieron a ella tanto a través de la ya comentada respuesta al cuestionario de 1851, como durante la discusión de la ley, pues fueron muchos («miles de escritos» según el diputado LÓPEZ INFANTE) los memoriales, exposiciones y alegaciones dirigidas al Congreso por los Ayuntamientos en contra del proyecto de ley (217).

Esta es quizá una de las agravantes con que hay que condenar a los autores de la Ley desamortizadora. Y otra, similar a la anterior, es que ya eran conocidos los resultados de cómo se había llevado a efecto la desamortización de MENDIZÁBAL, pese a lo cual, los políticos del momento no quisieron aprender nada de aquella experiencia. A no ser que, extremando el juicio condenatorio contra los diputados de 1855 y su egoísmo de clase o partido, convengamos en que precisamente porque sabían qué había pasado con la anterior legislación desamortizadora, quisieron repetir y generalizar la receta, con muy pocas modificaciones.

Resulta en efecto casi increíble la incongruencia de pensamiento de algunos importantes políticos y juristas de entonces, en relación con la desamortización. Tal sucede, por ejemplo, con VENTURA DÍAZ. En uno de sus estudios administrativos puede admirar el lector la lucidez con que critica la desamortización eclesiástica de MENDIZÁBAL; dijérase que una vez más a través de él estamos oyendo a FLÓREZ ESTRADA. Censura VENTURA DÍAZ la anterior desamortización porque el Estado ha obtenido muy poco beneficio de ella; porque los bienes se vendieron a muy bajo precio, y porque de tal

(215) Op. cit., págs. 93 y sigs., y 169-171.

(216) Del mismo modo que hice antes respecto a la ley de Mendizábal (cfr. nota 140), me remito a los estudios ya existentes (los mencionados en notas 213 a 215) sobre datos y cuadros estadísticos relativos a la aplicación de la Ley Madoz.

(217) Cfr. GÓMEZ CHAPARRO, op. cit., pág. 45.

política sólo se lucraron unos pocos. Y añade que si fuese necesario desamortizar, por lo menos tal operación debiera realizarse transmitiendo los bienes a censo enfiteútico, para que el Estado conservase la propiedad sobre los bienes, con lo cual también se lograría que creciese el Crédito público, pudiendo la Hacienda aplicar al pago de los intereses de la Deuda las rentas procedentes de los cánones pagados por los tenedores de los bienes nacionales (218). ¡Ah! Pero el autor se olvida de tan juiciosas ideas al escribir su «Discurso» siguiente, dedicado a los «Bienes de propios y su enajenación». En relación con los bienes de propios (y VENTURA DÍAZ escribe en vísperas de la Ley Madoz), si es conveniente la desamortización; ya no se mencionan ahora los abusos que habrán de repetirse, ni las rápidas y poco lícitas fortunas que se amasarán a costa de tales fincas subastadas; y en flagrante contradicción con lo que el mismo autor había escrito páginas atrás, VENTURA DÍAZ defiende la enajenación de estos bienes en plena propiedad, y no su entrega en enfiteusis; la única medida prudente que aconseja es que no se vendan todos los bienes a la vez, sino que se gradúe la oferta para evitar la depreciación (219). Si tan bien comprendía VENTURA DÍAZ—y como él cualquier político de aquellos años centrales del siglo—los pasados inconvenientes de la desamortización de MENDIZÁBAL, ¿cómo fueron capaces de repetir la misma medida ampliando incluso su aplicación al área de los bienes municipales?

Es forzoso reconocer que el comportamiento público de los hombres de Estado de aquel periodo carece de justificación, si nos olvidamos precisamente de los intereses de la clase burguesa (de los cuales, por supuesto, ellos jamás se olvidaron). Si lo que se quería era sanear la Hacienda ¿por qué no recurrir, por ejemplo, a la solución propuesta en su día por FLÓREZ ESTRADA respecto a los bienes del Estado y el clero, pero respetando las fincas de propiedad municipal? ¿No habían ya comprobado que la fórmula de desamortización en ventas realizadas en públicas subastas daba lugar a abusos, a enriquecimientos injustos y enormes de unos pocos y al escaso beneficio estatal? Si de verdad querían provocar el nacimiento de una clase de nuevos propietarios rurales ¿por qué

(218) VENTURA DÍAZ, *Estudios prácticos administrativos, económicos y políticos*, t. II. Madrid, 1855. «Discurso VIII». págs. 311-317.

(219) *Ibidem*, págs. 340-359.

repetir el sistema de enajenaciones en plena propiedad y al mejor postor, en vez de implantar el método de los arrendamientos o la enfiteusis a favor de los antiguos colonos y en condiciones ventajosas para éstos? ¿Por qué aplicar el mismo método desamortizador a los bienes del clero y del Estado que a los municipales? ¿No hubie-
ra sido justo y conveniente desamortizar aquéllos por el sistema de enfiteusis propuesto por FLÓREZ ESTRADA, y conservar a los pueblos sus bienes de propios, de los que tanto se beneficiaban los vecinos no propietarios? ¿Por qué confundir e involucrar un problema de reforma de la Administración de las Haciendas municipales con el de la desamortización de tales patrimonios?

No hubo en los políticos del XIX ni ignorancia de circunstancias de hecho, ni desconocimiento de los antecedentes y de los inconvenientes pasados, ni por ende falta de visión de cuáles serían los resultados de la fórmula desamortizadora. Los autores de la Ley de 1855 (e igual que ellos los de 1836) actuaron con plena conciencia y responsabilidad.

Precisamente por eso, el juicio que la Ley Madoz ha merecido a hombres de época posterior ha sido unánime y justamente condenatorio. JOAQUÍN COSTA habló a estos efectos de «la guerra loca de la nación contra sus municipios» (220), y de modo semejante se expresaron ANTONIO MAURA, ROMANONES, SANTIAGO ALBA o CAMBÓ (221). En nuestros días, administrativistas e historiadores del Derecho que se han ocupado del tema censuran con la misma dureza la desamortización municipal. «Fue—escribió CIRILO MARTÍN-RETORTILLO (222)—una operación impuesta por el Estado que determinó la quiebra de miles de municipios rurales españoles».

(220) *Colectivismo...*, pág. 334.

(221) Citados por CIRILO MARTÍN-RETORTILLO, *La desamortización y los Municipios rurales*, en «Rev. de Est. agrosociales». 1954 (6), págs. 83 y sigs., concretamente págs. 88-89.

(222) Cfr. trabajo cit., en nota anterior, pág. 86. Análogamente, cfr. SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO, *Problemas de los Municipios rurales*, en «Problemas políticos de la vida local», IEP. 1961, págs. 273 a 308, especialmente págs. 292 a 300; ALEJANDRO NIETO, op. cit., págs. 865-872; GÓMEZ CHAPARRO, op. cit., págs. 44-52.

VIII. CONSIDERACIONES FINALES.

22. En suma: que la desamortización municipal no debió hacerse, y que la de bienes eclesiásticos y de otras «manos muertas» no debió hacerse como se hizo. Pero toda la burguesía, incluso la de izquierdas, quiso desamortizar, y, por consiguiente, la desamortización fue un hecho consumado. Un síntoma ya tardío de esa unánime tendencia desamortizadora es la actitud política de PI y MARGALL respecto a este problema; cuando en 1873 ocupó el poder, pretendió resucitar el programa de FLÓREZ ESTRADA, pero para aplicarlo no como aquél quería a los bienes eclesiásticos, sino a la masa de bienes baldíos, concejiles y realengos que aún quedaba por vender (223). Creo que hubiera sido poco provechosa la desamortización municipal incluso hecha con arreglo a la fórmula de FLÓREZ ESTRADA, a no ser que se hubiese discriminado mucho entre las distintas clases de bienes municipales y se hubiera valorado decisivamente en cada caso la opinión de los pueblos (tal como sucedía, por ejemplo, según la Real Orden de agosto de 1834, ya comentada). Pero es indudable que, puestos a desamortizar, el sistema preferible para la mayoría de la población rural hubiera sido el aconsejado en su día por FLÓREZ ESTRADA, único que hubiera facilitado la creación de una clase media rural de pequeños propietarios, con la que se habría estabilizado en nuestro país el régimen liberal, y se habría llenado el vacío entre el latifundista y el bracerero.

Esto se ve muy claramente hoy, y no soy, por supuesto, el primero en señalarlo (224). Lo importante, sin embargo, es comprobar que también entonces lo vieron y lo dijeron algunos políticos y

(223) Cfr. su discurso de 13 de junio de 1873, en F. PI y MARGALL, y F. PI y ARSUAGA, *Las grandes conmociones políticas del siglo XIX en España*, ed. Seguí, Barcelona, S. A., II, págs. 82 a 86, especialmente, pág. 85; ha sido íntegramente reproducido por A. JUTGLAR, en *Federalismo y revolución*, Barcelona, 1966, Apéndice 6, págs. 200 a 207, y parcialmente, por el mismo autor en su *Ideologías y clases en la España contemporánea*, I, (1808-1874), Edicusa, 1968, pág. 348.

(224) En el mismo sentido, cfr. entre otros VICENS VIVES, *Historia económica de España*, ed. Teide, Barcelona, 1959, págs. 568-575; análogamente Fabián ESTAPE, en la voz *Desamortización* del *Diccionario de Historia de España*, de la «Rev. de Occidente», I, pág. 864; TAMAMES, Ramón *Estructura económica de España*, 3.ª ed., SEP, 1965, págs. 31-35.

escritores, a quienes no se prestó oído, porque ni su voz ni su pensamiento interesaban a la burguesía que tan fácilmente se estaba lucrando. Permitaseme reproducir dos de estos testimonios pertenecientes a hombres tan dispares como ANTONIO FLÓREZ y FRANCISCO PI Y MARGALL, que escriben respectivamente en 1853 y 1873.

Según FLÓREZ.

«...las ventas de los bienes nacionales no se han hecho de manera que salgan de las manos muertas a las vivas, sino para echarse el muerto de un mostrenco a otro más mostrenco aún. Esto es, para pasar de la comunidad de los frailes a la comunidad de los bolsistas. Así lo han querido las exigencias políticas, verdaderas madrastras de los principios económicos y de toda buena administración».

Y más adelante apostilla:

«...la propiedad ha pasado así de la comunidad de los frailes a la comunidad de los capitalistas, y así, tejiendo y destejiendo, las cosas han venido a quedar en el fondo lo mismo que estaban» (225).

Por su parte, PI Y MARGALL, comentando su propio discurso de 13 de junio de 1873 ya mencionado, escribió estos párrafos, con los que quiero terminar:

«Quería, por fin, ir mejorando la suerte de los braceros del campo, no menos dignos de la atención de los Gobiernos que los de las ciudades. Nos queda aún por vender una gran masa de bienes baldíos, concejiles y realengos. Por la forma de enajenación hasta aquí usada, los bienes nacionales han ido a manos de hombres que eran ya propietarios territoriales, o de capitalistas que, generalmente hablando, han buscado la tierra no para cultivarla, sino para hacerse con más seguras rentas. No se ha distribuido la propiedad todo lo que exigían los intereses de la libertad y el orden; y los colonos,

(225) FLORES, Antonio, *Ayer*, cit., en nota 136, t. III, págs. 147 y 210

en vez de sacar de la revolución provecho, han visto crecer de una manera fabulosa el precio de los arrendamientos. Eran casi condueños cuando estaba la propiedad en manos de la Iglesia y la nobleza, que ricas, opulentas y estables, ni propendían al cambio de arrendatarios, ni tenían afán por estrujarlos; después han sido muy otras sus condiciones y su suerte. Así se explica que el nuevo orden de cosas haya tenido y tenga todavía en los campos tan escasos prosélitos. Atento, por una parte, a los intereses de la revolución, por otra al bienestar de los braceros, y por otra a la necesidad que yo he visto siempre de que la tierra vaya paulatinamente a manos del que la cultiva, tuve un decidido empeño en cambiar el sistema de enajenación, cuando menos para aquellos bienes por los que el Estado no tiene obligación de indemnizar a nadie, y la satisfacción, al fin, de que se presentara a las Cortes el oportuno proyecto. Se cambiaba en él la venta por la enajenación a censo reservativo, y se prefería entre los postores al que no pagase contribución directa y fuese reconocidamente apto para cultivar la tierra» (226).

Ni que decir tiene que el proyecto de PI Y MARGALL fue inútil. Y así, los mejores proyectos desamortizadores-reformistas (los de la Ilustración, el de FLÓREZ ESTRADA en plena etapa desamortizadora, y el de PI Y MARGALL ya demasiado tardío) se parecen entre sí no sólo por su contenido, sino también por la suerte que corrieron. Todos ellos fracasaron, y sólo prosperó el más acorde con los intereses de la burguesía, que de este modo consumó su revolución a través de la desamortización. Era necesario desamortizar las tierras de la Iglesia y de las demás «manos muertas» no municipales. Al hacerlo, se pusieron en cultivo muchas hectáreas de tierra y se aumentó, sin duda, la producción agraria. Al dejar de pertenecer las tierras antes amortizadas al ámbito de las tierras exentas de tributación, el Fisco debió aumentar sus ingresos como consecuencia de los impuestos pagados por los adquirentes de las tierras desamortizadas por razón de las mismas; pero como el sistema impositivo estaba en manos precisamente de los terratenientes (como consecuencia de que las Cortes estaban siempre

(226) *Las grandes conmociones...*, II, pág. 127.

compuestas por individuos elegidos a través del voto censitario), la Hacienda pública no obtuvo seguramente notables beneficios por esas contribuciones rústicas, quedando frustrado el aumento de tributación ante el interés particular de quienes eran al mismo tiempo legisladores y contribuyentes. Tampoco logró la Hacienda todos los efectos esperados de la desamortización en relación con la Deuda interior, ya que ésta superó siempre con su crecimiento por nuevas emisiones el importe de las antiguas que se iban amortizando, al menos en parte.

De este modo, el único beneficio importante a escala nacional derivado de la desamortización fue el aumento de la producción agraria y de la renta nacional como consecuencia de la extensión de cultivos. Y esos beneficios quedaron íntegramente en manos de la burguesía de base terrateniente, al frustrarse los proyectos desamortizadores encaminados a distribuir entre las clases rurales una parte al menos de las tierras, y, por consiguiente, una parte importante del aumento de la renta. El planteamiento jurídico-político de la desamortización desembocó necesariamente en estos resultados que «grosso modo» podemos entrever.

23. Unas palabras finales sobre la derogación de la legislación desamortizadora.

La Ley MADUZ y la de 11 de julio de 1856 quedaron suspendidas por el artículo 1, regla 1.^a del Real Decreto de 3 de marzo de 1917 «en lo referente a la venta de bienes inmuebles y derechos reales pertenecientes a los Ayuntamientos» (227), y definitivamente derogadas en relación con los municipios por el artículo 5 del Estatuto Municipal de CALVO SOTELLO (228).

Por último, la cláusula derogatoria y la Tabla enumerativa de disposiciones derogadas de la ley de Patrimonio del Estado de 15 de abril de 1964 resuelve las dudas sobre la desamortización de bienes eclesiásticos y en general del Estado, puesto que menciona y deroga la Ley MADUZ, su Instrucción de 31 de mayo de 1855, y la Ley de 7 de abril de 1861. Como en los artículos 8 y 9 de la Ley de

(227) Cfr. el *Anuario...*, de ALCUBILLA, año 1917, pág. 155; y Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, op. cit., en nota 222, pág. 299.

(228) Estatuto Municipal de 8-III-1924, art. 5: «Quedan derogadas las leyes desamortizadoras en cuanto se refieren a los bienes de los Municipios y de las Entidades locales menores».

11 de julio de 1856—también enumerada y derogada en este mismo texto legal—se incluían a efectos relacionados con la legislación desamortizadora los bienes del clero entre los del Estado (229), y ahora la ley de Patrimonio del Estado deroga las citadas leyes «en cuanto tratan de la desamortización de bienes del Estado», no hay duda que la derogación afecta a los bienes eclesiásticos que estuviesen en poder del Estado como resultado de la permuta llevada a cabo con la Iglesia a cambio de Títulos de la Deuda, y que debían desamortizarse a través del procedimiento señalado por la ley de 7 de abril de 1861, ahora derogada, y por la Ley Madoz, también derogada por la de Patrimonio del Estado de 15 de abril de 1964.

FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE,
Catedrático de Historia del Derecho.
Facultad de Derecho.
Universidad de Salamanca.

(229) Cfr. antes el número 20.

Acceso diferido a la propiedad de la vivienda (*)

SUMARIO: I. SUPUESTO.—II. ANTECEDENTES Y ÁMBITO DE APLICACIÓN.—III. ELEMENTOS SUBJETIVOS Y OBJETIVOS.—IV. EFECTOS. RESOLUCIÓN.—V. RECONSTRUCCIÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE ESTOS CONTRATOS.

I. SUPUESTO.

A veces el legislador nos sorprende con fórmulas tan peregrinas como la que al presente vamos a comentar. Se trata del llamado régimen de *acceso diferido a la propiedad*, aplicable, en las circunstancias que vamos a ver, a las «Viviendas de Protección Oficial» y que viene establecido en los artículos 132 a 137 del *Reglamento de viviendas de protección oficial*, aprobado por *Decreto de 24 de julio de 1968*.

La originalidad del planteamiento legal salta a la vista, por escasa sensibilidad jurídica que se posea, de la propia lectura del párrafo 1.º del citado artículo 132, el cual se expresa en los términos siguientes:

Por el contrato de acceso diferido a la propiedad de las Viviendas de Protección Oficial, se transmite al cesionario la posesión de la vivienda, conservando el cedente su dominio

(*) El presente comentario constituye la comunicación presentada por su autor, a la sesión de clausura del Aula Jurídica «M. Miguel Traviesas», que dirige el profesor don Aurelio Menéndez, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo y que tuvo lugar el día 20 de marzo de 1969.

hasta tanto aquél le haya satisfecho la totalidad de las cantidades a que esté obligado, de conformidad con lo regulado en el presente artículo.

Pero, no se trata aquí de mostrar nuestra extrañeza, solamente, ni de emprender una crítica de los preceptos citados por su evidente falta de rigor dogmático, sino de interpretar estos preceptos, convenientemente, tratando de suplir lo que el legislador no pudo conseguir por una serie de imprecisiones de tipo técnico y por una absoluta falta de rigor en el lenguaje utilizado, para, con ello, tratar de contribuir en algún modo a las dificultades de aplicación de los mismos.

En cualquier caso, no conviene ser, tampoco, muy exigente con el legislador, especialmente, porque como sucede en el presente caso, se mueve en materias que se hallan erizadas de dificultades, lo que ocurre en todo el campo del *Derecho nuevo*. Cuando, por otra parte, el legislador, trata de mantener a salvo con la presente regulación una finalidad pública o social, si se prefiere, no teniendo más remedio que poner en juego unas estructuras técnicas que, al tomarlas del Derecho privado, se resisten a ser utilizadas con tal carácter y para servir a aquellas finalidades. Entonces, como consecuencia y, a falta de un análisis más profundo de la cuestión, resulta que las estructuras técnicas utilizadas quedan desnaturalizadas y con ello se produce no sólo una nueva vulgarización del Derecho, sino que peligra la propia seguridad jurídica.

De ahí precisamente el interés de estos temas, en los que la legislación de fomento a la construcción de viviendas, incide en el campo del Derecho privado. Lo que no solamente tiene transcendencia, en orden a su aplicación inmediata a la realidad cotidiana, sino que hasta presenta un cierto interés dogmático al poner en juego ciertas figuras jurídicas, que de su utilización por una técnica defectuosa, resultan transformadas, cuando en este ámbito, el *ius novum*, debe aspirar a renovar, ponderadamente, los viejos esquemas del Derecho civil que de este modo adquiere insensiblemente, pero de modo incesante, operado de día en día una nueva fisonomía. Porque toda renovación que no sea ponderada en el campo del Derecho crea, aparte de un manifiesto desorden dogmático, unas dificultades insuperables en la

interpretación de lo que el legislador quiso conseguir. Por eso, en la hora presente, esta tarea parece ineludible. Vamos a ver si en este caso, modestamente, somos capaces de lograrlo.

En primer lugar nos encontramos con que la fórmula utilizada en el párrafo 1.º del artículo 132, transcrito, no resuelve ningún problema interpretativo, ya que se habla de *contrato de acceso diferido a la propiedad*, lo cual nos puede decir muy poco, salvo el mostrar la intención social del precepto. Es curioso, pero el legislador que puede hacer casi todo en el orden jurídico, no logra hacerlo si no lo hace «juridicamente». Es decir, el Derecho no sólo es un conjunto de leyes o de normas jurídicas, sino también un conjunto de valores y de conceptos jurídicos. Incluso los conceptos jurídicos no sólo tienen un valor representativo o terminológico, sino que encierran en sí mismo valores. De este modo los conceptos jurídicos forman parte de la *naturaleza de las cosas*, que el legislador está llamado a respetar, según se ha puesto de relieve de forma permanente desde Cicerón a nuestros días.

En segundo lugar si prescindimos de la terminología utilizada por el precepto citado y nos atenemos a la regulación que establece (1), tampoco descubriremos grandes cosas, pues, por una

(1) El resto del art. 132, se expresa en los siguientes términos: *Durante el periodo de vigencia del contrato, el cedente deberá satisfacer los gastos de conservación, el coste de prestación de los servicios y el importe de las contribuciones, impuestos, arbitrios, tasas y derechos estatales y locales.*

El cesionario vendrá obligado a pagar al cedente durante dicho periodo exclusivamente las cantidades correspondientes a los conceptos que a continuación se detallan y que no podrá exceder de la cuantía que a continuación se establece:

a) *La cantidad que resulte de deducir del presupuesto protegible de la vivienda los importes de la subvención, del préstamo y del anticipo, en su caso. El 20 por 100 de esta cantidad se hará efectiva en el momento de otorgar el contrato, y el resto será exigido en el mínimo de años que se pacten, 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.*

b) *La cuota de amortización correspondiente al anticipo y préstamo, si hubiese sido concedido para la financiación de la vivienda y los intereses del último.*

c) *Los gastos de administración y conservación, en la cuantía determinada en el apartado a) de la norma 2.ª del artículo 120 de este Reglamento, que podrá ser revisada por el cedente, de acuerdo con lo establecido en la norma primera del art. 122, cualquiera que sea la categoría y grupo de la vivienda cedida.*

d) *El coste de los servicios a que se refieren las normas cuarta y quinta del art. 120. La distribución, y en su caso, la actualización del mismo, se hará en la norma prevenida en el dicho artículo y en el 122 de este Reglamento.*

e) *El importe de las contribuciones, impuestos, arbitrios, tasas y derechos*

parte, se establece la transmisión de una cosa en *posesión o en uso* (recordemos la implicación *usus y possessio* del Derecho romano arcaico), mediante unas contraprestaciones que recuerdan al *arrendamiento*; mientras que, por otra parte, se vincula todo esto a una *futura finalidad traslativa* del negocio, o si se prefiere a un *efecto traslativo diferido*, que tiene como equivalente la entrega de las cantidades a que se refiere dicho artículo 132-1 y que el 132-3 concreta.

Pero hay que hacer notar que el planteamiento es todavía más complejo, por un lado, puesto que se establecen las modalidades que prevé el artículo 134, aparte de las del artículo 133 de menor entidad, y a las que luego nos referiremos, y porque se conjuga el incumplimiento de la entrega de las cantidades que se establecen como equivalente del efecto «principal» diferido del contrato con un sistema excesivamente rígido de *resolución* (art. 136), que recuerda al mecanismo de la *compraventa de bienes muebles a plazos*. Mientras que, por otro, la perplejidad que suscita esta regulación sube de tono al tener en cuenta lo que dispone el artículo 135, según el cual:

Terminado el plazo señalado en el contrato y cumplidas las condiciones pactadas, se procederá al otorgamiento de la escritura pública de compraventa transmitiéndose el dominio de la vivienda al cesionario, quien se hará cargo de todos los gastos que correspondan a la misma, incluidas, en su caso, las cuotas de amortización e intereses de los beneficios económicos de vencimiento posterior a la fecha del otorgamiento.

Como vemos, la aparición de este nuevo contrato, ahora de *compraventa*, justifica las críticas dirigidas a la incongruencia del legislador. Porque parece clara la finalidad del primer contrato,

que graven la propiedad o uso de las viviendas, con sus recargos legales, satisfechos efectivamente por el cedente.

Los cesionarios de viviendas que hubieren sido objeto de anteriores contratos de acceso diferido a la propiedad, resueltos de conformidad con lo dispuesto en el art. 136 del Reglamento, vendrán obligados a satisfacer de una sola vez, en la fecha de otorgar el contrato, si lo exigiera el cedente, tanto la entrega inicial y los plazos vencidos, según el contrato resuelto para el reintegro de la cantidad a que se refiere el apartado a), como las cuotas de amortización e intereses del préstamo y anticipo que se expresan en el apartado b) y que estuvieren vencidos en dicha fecha.

el llamado *contrato de acceso diferido a la propiedad*, y si esto es así ¿a qué viene este segundo *contrato de compraventa*? No sabe uno si son dos actos los que se requieren, bien que coaligados entre sí, o se trata solamente de la documentación del primero al que el artículo 132 no se ha atrevido a llamarle *compraventa*. Por otra parte, establece el artículo 135 una *compraventa traslativa* de la propiedad, cosa que el legislador puede hacer perfectamente, pero de otra manera, buscando una justificación más sólida. En todo caso, puede pensarse que aunque el artículo 135 lo diga, no se está refiriendo a la *compraventa*, sino a la situación compleja creada por la regulación, y en este caso cabe pensar que la *tradición* ya se ha celebrado anteriormente por el *contrato de acceso diferido a la propiedad*, sin que precise justificarse la *interversio possessionis*, bien porque ésta pueda hacerse mediante el *contrato de compraventa*, o simplemente por la continuidad funcional de ambos contratos o, en fin, porque se cumpla *brevi manu* el requisito de la *tradición*.

En tercer lugar, se hace difícil también calificar todo el supuesto, si acudimos a un criterio técnico-jurídico, que por otra parte es ineludible: así, el criterio de la *causa*. Tanto porque parece existe una *causa mixta o compleja*, como porque de la *tipicidad legal* contenida en la regulación no puede deducirse nada concreto, al menos a primera vista. Y si no puede deducirse nada concreto, a pesar de la intención del legislador, tenemos que atenernos a un criterio de *tipicidad* causal o funcional (la *causa* es la función social del negocio en nuestro Derecho), que es el criterio *sistemático* que sigue nuestro Ordenamiento en función de la vinculación concedida a la *autonomía privada* en relación con la creación de los negocios jurídicos (arts. 1.255, 1.262-1, 1.258, etc. del Código civil) (2). Con lo que llegamos de nuevo a afirmarnos en el

(2) El primado de la *tipicidad causal* sobre la *tipicidad legal*, en nuestro sistema, con base especialmente en el art. 1.262-1 Código civil, parece incuestionable. Esto no supone excluir la *tipicidad legal*, como aparece en buena parte de negocios, especialmente de Derecho de familia y de Derecho de Sucesiones. Pero incluso, en este último campo, cabe mantener el primado de la *tipicidad causal*, en la mayoría de los casos. El tema merecería un comentario más extenso, pero queda fuera de las posibilidades de la ocasión presente. Un testimonio muy luminoso, nos ofrece, en este sentido el art. 1.579 Código civil. (Cfr. *El arrendamiento por aparcería de tierras de labor, ganados de cría o establecimientos fabriles e industriales se registrá por las disposiciones rela-*

planteamiento que hemos indicado en segundo lugar. De este modo no cabe duda que la cuestión propuesta requiere un análisis más minucioso.

II. ANTECEDENTES Y ÁMBITO DE APLICACIÓN.

No cabe duda que la fórmula utilizada por los artículos 132 y siguientes del *Reglamento de Viviendas de Protección Oficial*, es una fórmula compleja que conjuga en la relación jurídica que pretende establecer una serie de elementos de distinta naturaleza y que nos han hecho pensar en un negocio con *causa mixta*, mezcla de *arrendamiento* y de *compraventa aplazada*; por ello, aunque sea muy poco lo que nos aclare una remisión a los antecedentes de la presente regulación, vamos a tratar de fijar éstos para reforzar con un argumento histórico el argumento sistemático anteriormente invocado en el planteamiento de la cuestión.

Efectivamente, con esto queremos poner de relieve que la legislación de fomento a la construcción de viviendas, si bien ha ido superando etapas dentro de esta línea de forma que, en general, podemos calificar como satisfactoria y hasta en algún punto ejemplar o modélica, no ha ganado, en cambio, en las conexiones con los *iura privata* la madurez que sería de desear. De modo que, en el presente supuesto, ha mezclado perfiles legislativos de anteriores regulaciones y procedentes de los campos más diversos.

Así, en el régimen de las viviendas construidas por el Instituto Nacional de la Vivienda, ya sean *protegidas* o de *renta limitada*, se establece ya en 1955 su cesión en *arrendamiento-amortización* (3), pero esta fórmula, aunque tenga aspectos discutibles, en

tivas al contrato de sociedad y por las estipulaciones de las partes y, en su defecto, por la costumbre de la tierra.

(3) Según Decreto de 11 de noviembre de 1955: *Las viviendas propiedad del Instituto Nacional de la Vivienda sólo podrán ser cedidas a sus beneficiarios en régimen de amortización que les permita el acceso a la propiedad de aquellas viviendas en el plazo máximo de cincuenta años (art. 1.º).* Por otra parte, la fórmula legal utilizada parece clara y totalmente correcta, como se deduce de su art. 2.º, según el cual: *Los contratos de cesión entre el Instituto Nacional de la Vivienda 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.*

el orden funcional parece clara. Ahora bien, no hay que olvidar que se establece, por un lado, para las relaciones entre un ente público, el Instituto Nacional de la Vivienda, y los particulares, y, de otro, con referencia a una actividad que a partir de la *Ley de 15 de julio de 1954* cambia de signo, pues esta Ley, como es sabido, sustituye la actuación directa de este organismo en la construcción de viviendas por una auténtica *legislación de fomento* a la construcción de viviendas, de modo que a partir de este momento la construcción directa por el Instituto viene a ser, al menos en un planteamiento teórico, excepcional, y entonces, el *Decreto de 11 de noviembre de 1955* lo que trata es de liquidar las situaciones jurídicas subsistentes de un régimen anterior o al menos de un régimen que viene suplantado por el nuevo planteamiento de la política legislativa y que se halla más de acuerdo con la evolución de la coyuntura económico-social del momento.

Por otra parte, la idea del *aplazamiento del precio* aparece ya en la regulación que establece el *Decreto de 22 de noviembre de 1957*, en el que se crea la categoría de las *viviendas subvencionadas*, lo que es de sobra conocido por todos los que han estado en contacto con esta compleja legislación (4). Regulación que se desenvuelve normalmente entre particulares, pues vuelve aquí a reiterarse el nuevo estilo que la política legislativa quiere imprimir a la protección dispensada a la construcción de viviendas, lo que ya iniciara la Ley de 1954 y así aparece claramente en el artículo 14 del *Decreto de 24 de enero de 1958*, por el que se extiende el régimen de las «viviendas subvencionadas» que habían sido creadas para el Plan de Urgencia Social de Madrid a todo el ámbito nacional donde se mantiene el *principio de subsidiariedad* (5).

Pues bien, el *Decreto de 24 de julio de 1968*, a la vista de estos precedentes, parece claro que lleva a cabo una amalgama de los

(4) En el art. 7-2, de este Decreto, se establece: *Cuando la venta se realice por viviendas independientes, tendrá que pactarse la operación con la condición de aplazar todo el precio o una parte de mismo, no inferior a diez veces el alquiler anual de la vivienda, para que sea satisfecho por el comprador en cinco o más anualidades iguales, incrementadas en los intereses legales de los plazos diferidos.*

(5) *Únicamente en el caso de que sea insuficiente la iniciativa privada, el Instituto Nacional de la Vivienda, por intermedio de las Delegaciones Provinciales del Ministerio, de acuerdo con lo prevenido en el artículo séptimo de la Ley de 15 de julio de 1954, podrá encargar a cualquiera de las entidades oficiales...*

mismos, faltando a un mínimo de rigor al homologar en un mismo plano normas que tienen su sede en campos diferentes. Pero no quedaría completo el análisis de los precedentes de la regulación que comentamos, si no nos referimos a las *OO. MM. de 26 de mayo de 1965, 17 de febrero de 1967 y 27 de febrero de 1968*. Estas Ordenes establecen criterios de selección de promotores y solicitudes, la primera para el bienio 1965-1966 y las dos restantes para los años respectivos, teniendo en cuenta que la enorme expansión de la industria de la construcción influye notablemente en el planteamiento de estos criterios selectivos en los que se manifiesta la necesidad de restringir, o más bien, de exigir una mayor adecuación a la finalidad social de la construcción. No es extraño que en este ámbito aparezca el precedente inmediato de la regulación que comentamos, pues ya viene siendo típico, desde el Bajo Imperio, que la corrupción de los dogmas jurídicos tenga lugar mediante normas de carácter fiscal o económico. Así en el artículo 6 de la primera de las Ordenes citadas, se establece:

Se entenderá por acceso a la propiedad, la forma de cesión en la que el adquirente de la vivienda abone una entrada igual o inferior al 50 por 100 del precio de venta total deducida de dicha cantidad, en su caso, el importe del préstamo complementario en cuya devolución se subroga el comprador. La parte restante del precio se abonará en un número de anualidades iguales, no inferior a veinte, incrementadas con el interés legal.

Las otras dos órdenes citadas mantienen el precepto con la variante de establecer el número de anualidades «no inferior a diez», completándose la regulación con la circunstancia de que el promotor, en su solicitud, deberá fijar el precio máximo en que proyecta vender las viviendas.

Pero lo que puede tener su excusa en el ámbito de las Ordenes Ministeriales citadas, no encuentra justificación en el Reglamento, que tiene indudablemente honores de *texto refundido* por su vinculación al aprobado por *Decreto de 24 de julio de 1963* (Disposición adicional primera) y que modificado parcialmente por *Decreto de 3 de diciembre de 1964* establecen la fuerza vinculante de todo

este régimen, arrancando de la *disposición final* de la *Ley de 23 de diciembre de 1961*. Sobre todo, si tenemos en cuenta que los artículos 132 y siguientes del *Reglamento de 24 de julio de 1968*, no se contentan con recoger la fórmula utilizada por las Ordenes ya reiteradas, sino que al tratar de precisar es cuando incurren en las incorrecciones que hemos puesto de relieve y que tanta perplejidad suscitan a la hora de su interpretación. Porque es perfectamente admisible el criterio de selección que utiliza el legislador al considerar como *causa de preferencia* en la protección dispensada por el sistema el que las viviendas se cedan en régimen de «acceso diferido a la propiedad», pero lo que no es admisible es que descienda al detalle de fijar la naturaleza jurídica del acto de Derecho privado, por el cual aquello se hace efectivo en el tráfico jurídico, ya que esto supone una nueva *limitación* de los derechos privados que carece de toda justificación. Mucho más aún si la caracterización que se pretende es totalmente disparatada por una falta mínima de técnica que en cualquier caso cabe pedir.

La otra cuestión planteada en este epígrafe es la relativa al ámbito de aplicación del régimen establecido en los artículos 132 y siguientes del *Reglamento de 24 de julio de 1968*.

Esta cuestión presenta aspectos que aquí no nos interesan. por ello nos limitaremos a decir que, según lo dispuesto en las Disposiciones transitorias del Reglamento, que hacen una regulación muy minuciosa de éstos y otros extremos análogos, habrá promotores que hayan de sujetarse a las normas contenidas en las Ordenes Ministeriales citadas, incluso aunque no tengan *calificación provisional* a la hora de entrar en vigor el Reglamento, y únicamente regirá para ellos, tengan o no calificación, en cuanto la nueva regulación pueda favorecerles. Por lo demás será aplicable este régimen a los promotores que lo soliciten a las Cooperativas de Viviendas como único permitido y a los Patronatos Oficiales de Viviendas de Funcionarios en su caso.

III. ELEMENTOS SUBJETIVOS Y OBJETIVOS.

Los elementos *subjetivos* que intervienen en esta relación son, en primer término, el *cedente* y el *cesionario*. El primero será el *promotor* y el segundo el que adquiere, o mejor dicho, el que adquirirá la vivienda, cumpliendo las condiciones establecidas en la citada regulación.

Este es el supuesto normal, pero pueden presentarse algunos supuestos especiales, que podemos clasificar en tres grupos distintos:

a) Cuando el cesionario, terminado el plazo y otorgada la escritura de compraventa a que se refiere el artículo 135, deviene propietario, pretende vender o enajenar su vivienda, ¿se encontrará entonces como *cedente* sometido a este sistema de enajenación?

b) Cuando el cesionario se acoge al beneficio del *pago anticipado* que establece el artículo 134 (6) y después pretende enajenar, incluso antes de que se haya cumplido el plazo normal.

c) Cuando se resuelve el contrato de cesión antes de consumarse la adquisición, el nuevo cesionario se encuentra en una situación especial, porque conforme dispone el párrafo último del artículo 132 *vendrán obligados a satisfacer de una sola vez, en la fecha de otorgar el contrato, si lo exigiere el cedente, tanto la entrega inicial y los pagos vencidos..., como las cantidades... que estuvieren vencidas en esa fecha.*

Como vemos, el supuesto sub c) no tiene mayor especialidad que la derivada del momento en que se hace la cesión, habiendo tenido lugar, anteriormente, la resolución de una cesión anterior.

(6) Cfr. *Durante la vigencia del contrato de acceso diferido a la propiedad, el cesionario con consentimiento del propietario podrá cesar en este régimen y adquirir la vivienda en propiedad, mediante la entrega de una sola vez de las cantidades que esté obligado a satisfacer comprendidas en el apartado a) del art. 132 y subrogándose en las obligaciones contraídas por aquél como consecuencia del anticipo y préstamos concedidos para la financiación de la vivienda.*

Para llevar a cabo esta renuncia será necesario obtener autorización del Instituto Nacional de la Vivienda y que el adquirente se obligue a satisfacer las cantidades a que se refieren los apartados d) y e) del art. 132, así como los gastos de administración y conservación, en la forma y cuantía que le fueren imputables.

Pero, en cambio, los supuestos sub a) y sub b) presentan, por igual, el problema de si el *adquirente*, anteriormente *cesionario*, se halla vinculado por el régimen de *acceso diferido a la propiedad*, en el caso de que pase a ser, a su vez, *cedente*. La situación es igual en ambos supuestos, y no cabe interpretar con un significado literal los términos del artículo 134, cuando en el supuesto de *pago anticipado*, dice que el «*cesionario podrá cesar en este régimen y adquirir la vivienda en propiedad...*», pues esto no implica más que una falta de expresión feliz por parte del precepto. Tampoco cabe apoyar esta interpretación literal, en la necesidad de *autorización* del Instituto Nacional de la Vivienda, para que pueda llevarse a cabo este *pago anticipado*. Ya que esta *autorización* no tiene otra función que la de servir a una fiscalización indirecta de las actuaciones de los particulares, así como de recordatorio a los mismos, de que deben atenerse a los términos de este régimen. Nos induce a este convencimiento un argumento sistemático, basado en que buena parte de las *autorizaciones* de este estilo, en el régimen de Viviendas de Protección Oficial, tienen este mismo carácter.

Por tanto, en ambos casos hay que pensar que la vinculación de las viviendas, al régimen de *acceso diferido a la propiedad*, subsisten hasta que tenga lugar la *descalificación* de las mismas. Ni siquiera cabe pensar que su obligatoriedad cesa cuando termina el plazo establecido para la amortización. Pues, en caso contrario, se burlaría lo dispuesto en la propia regulación y se causaría agravio a los promotores que fueron preteridos y rechazadas sus solicitudes por no haber elegido dicho régimen.

No se puede argumentar tampoco, haciendo valer que el *cesionario*, que se convierte, a su vez, en *cedente*, se halla desvinculado de las obligaciones que conciernen al *promotor*, ya que este argumento no es correcto. Efectivamente, la legislación de fomento a la construcción de viviendas no solamente produce efectos personales, derivados del procedimiento administrativo correspondiente y como consecuencia de la oportuna solicitud, sino que genera como toda la legislación pública que invade, en el ámbito del Derecho privado, unas limitaciones a los derechos privados que permanecen más allá de aquellas relaciones. Esto se halla íntimamente vinculado al concepto y al significado de la *función social de la propiedad*, de modo que las viviendas que resultan de la actuación de la protección de

fomento llevan en si mismas, por su configuración o destinación de *cuerpos ciertos* a un fin determinado, la «afección» a un régimen jurídico concreto, hasta tanto que tenga lugar la *descalificación*. Por eso, ni el primer cedente (= promotor), ni los ulteriores, pueden modificar esta situación, por aplicación del principio *nemo dat quod non habet*.

En cuanto a los llamados *elementos objetivos*, tenemos, en primer lugar, la determinación del *precio* de la cesión, que no presenta problema, pues viene claramente establecido en el artículo 132, 3.º, a), y otro tanto sucede con las cantidades *asimilables al precio*, consistentes en las *cuotas de amortización* del anticipo y del préstamo complementario, en su caso, a que se refiere el artículo 132, 3.º, b).

En segundo lugar, el cesionario debe satisfacer *otras prestaciones*, como son los gastos de *administración y conservación, coste de los servicios, e importe de las contribuciones*, etc., a lo que se refiere el mismo artículo 132, 3.º, c), d) y e), y de modo general, el artículo 132, 2.º La justificación de estas cantidades parece evidente, presentando una instrumentabilidad necesaria, dado el contenido de uso (semejante al arrendamiento) que tiene lugar durante la pendencia del contrato o, mejor dicho, mientras duran los efectos aplazados del mismo.

Por otra parte, otro de los elementos de esta naturaleza viene constituido por el *plazo*, que no puede ser inferior a *diez años o «al número de los en que se haya de amortizar el préstamo concedido como beneficio, si fuese menor»* [art. 132, 3.º, a)].

IV. EFECTOS, RESOLUCIÓN.

Los efectos jurídicos que produce el contrato de cesión, en acceso diferido de la propiedad de la vivienda, son de naturaleza compleja. Podemos agruparles en tres categorías distintas: efectos inmediatos, diferidos y potestativos de las partes.

Los efectos *inmediatos* provocan, como contrapartida de las prestaciones que asume el cesionario, la adquisición por éste de lo que el artículo 132 llama la *posesión* de la vivienda. Por otra parte, la expectativa de la adquisición futura está constantemente ame-

nazada para el cesionario, cuando el comportamiento riguroso de sus obligaciones no sea correcto, por la *resolución* del contrato. Esta resolución, de la que luego nos ocuparemos y en la que ha influido al parecer, notablemente, la regulación de la compraventa de bienes muebles a plazos, influye extraordinariamente en la valoración que hay que dar al término *posesión*, en este caso distanciando la presente regulación de la compraventa ordinaria, con precio aplazado, por otra parte.

Como ya hemos anticipado, esta *posesión*, que se instrumenta con finalidades de *uso* para facilitar el de la vivienda al cesionario, incluso en los términos estrictos de la regulación, sólo sirve para configurar *brevi manu*, el requisito de la *tradición*, ya que el segundo contrato que el legislador llama de *compraventa* y que tiene lugar una vez verificados los pagos diferidos, o que éstos se anticipen, como en el caso del artículo 134, por medio de la escritura de compraventa, tiene lugar la *interversio possessionis*. Es decir, se trata de una posesión, equivalente a la que tiene lugar en favor del arrendataria, en el contrato de arrendamiento de cosas (arts. 1.554 y siguientes del C. c.). Claro que todo esto es susceptible de ser modificado por las partes, en los términos que más adelante veremos (7).

Consecuencia de ello es que el *riesgo* de la cosa pasa al poseedor, en la medida proporcionada a la naturaleza de la posesión, por analogía con lo dispuesto en los artículos 1.559 y 1.560 del Código civil. Y si el *cedente* se retrasa en la entrega de las llaves, habrá que aplicar igualmente el artículo 1.096, 3.º, del Código civil. Por otra parte, los riesgos vendrán cubiertos por el contrato obligatorio de *seguro* que deberá hacer el promotor antes de llevar a cabo el contrato de cesión (art. 111 del Reglamento) y que será de su cargo, salvo pacto en contrario, pues este concepto no se halla comprendido en las prestaciones que establece el artículo 132.

En cambio, la conservación de la cosa en buen estado corre de cargo del cesionario, coincidiendo en esto las normas del Código civil para el arrendamiento (arts. 1.561 y sigs.) con la que establece

(7) El legislador podría haber ampliado este concepto de posesión configurando el contrato de cesión como un contrato de finalidad traslativa actual y, entonces, la adquisición de la posesión sobre la vivienda adquiriría la función que establece el art. 609 en relación con el art. 1.095 del Código civil.

el artículo 136, cuando a propósito de la *resolución* del contrato establece: que

«el cesionario deberá devolver la vivienda en las condiciones necesarias para obtener la cédula de habitabilidad».

Acordando el párrafo 2.º del mismo artículo 136 el *derecho de retención* de las cantidades que habría de devolverle como consecuencia de la resolución, hasta tanto que *«no realice las obras necesarias para dejar la vivienda en las condiciones a que se refiere el párrafo anterior».*

Desde otro punto de vista, con este juego de equivalencias y analogías que venimos haciendo, parece claro que el cesionario, incluso desde el momento mismo del contrato, *puede arrendar* la vivienda, incluso sin autorización del propietario-cedente, Porque por muy limitada que parezca la situación del cesionario, no lo es tanto como la del simple arrendatario de vivienda y, por tanto, ya no le es aplicable la limitación de subarrendar, mucho más aún si la «cesión» viene configurada por las partes con *alcance real*. Por lo demás, es lógico que así pueda hacerse, ya que la Ley permite todo lo que expresamente *no prohíbe*.

De todos modos, el buscar, mediante el contrato de cesión en acceso diferido a la propiedad de la vivienda, el establecimiento —dada la efectuación de la posesión— de una relación jurídica de *naturaleza real* o al menos de eficacia real, debía de haber sido una de las metas del legislador. Pero si el legislador no lo ha hecho, no cabe duda que los particulares deben de tratar de encontrar, al menos, esta *eficacia real*, ya que la situación del cesionario es un tanto precaria frente a la posible ejecución en los bienes del cedente y en los casos de concurso y quiebra del mismo. Por ello, es interesante hacer constar que estos contratos pueden inscribirse en el Registro de la Propiedad, si reúnen las condiciones generales que exigen el artículo 9, 2.º, de la Ley Hipotecaria, y 51, 6.º 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. En cambio, la protección no es tan firme frente al concurso o la quiebra.

En cuanto a los que hemos llamado efectos *diferidos*, el problema es más difícil de resolver, pues ello depende de la propia naturaleza jurídica que hayamos de dar al contrato de acceso diferido a la propiedad y que puede variar de acuerdo con la diversa orientación de las partes, en uso del ejercicio de su propia autonomía, que naturalmente no cabe desconocer.

Lo que parece claro es que, conforme a la disposición técnica de los efectos, en el planteamiento que hace el Reglamento, se distancia la figura notablemente de la *compraventa por precio aplazado*, pues ésta no difiere la transmisión de la propiedad, necesariamente, aunque puede provocar, de una parte, la suspensión de la entrega de la cosa vendida (arts. 1.466 y 1.467 del C. c.), y de otra, la resolución (arts. 1.503 y 1.504 del C. c.). Y por otro lado, siempre queda en pie el problema de la contradicción o, al menos, de la incongruencia en la relación entre los artículos 132 y 135, que antes hemos puesto de relieve.

En tercer lugar, en cuanto a los efectos *potestativos*, nos encontramos, en primer término, con lo que dispone el artículo 133, respecto de las *mejoras* que hacen intervenir, voluntariamente las partes:

«Durante el plazo de vigencia del contrato, el cedente podrá concertar con el cesionario la realización de mejoras en la vivienda, cumpliendo las condiciones establecidas en la norma 3.ª del artículo 122 de este Reglamento. El importe de las mismas será reintegrado al cedente, si éste lo hubiera satisfecho, en la forma en que se acuerde por ambos interesados.»

Otro aspecto de los llamados efectos *potestativos* son los derivados del *pago anticipado* de que antes nos hemos ocupado, que no produce efectos plenos en cuanto a desentenderse el cesionario del pago de servicios y contribuciones (art. 134, 2.º), lo que parece lógico con la propia naturaleza de su situación. También tiene aquí interés el plantear el problema de si por los pagos diferidos el cesionario deberá o no satisfacer *intereses legales*, como se establece en el aplazamiento del pago del precio en las «viviendas subvencio-

nadas», y a la vista del silencio legal sobre la materia. Pues bien, no cabe duda que, cuando se trate de promotores particulares (no de Cooperativas o Patronatos), cabe la posibilidad de que se puedan exigir estos intereses, siempre que se haya pactado entre las partes, ya que de otro modo no será posible ante el silencio de la regulación.

Por último, tenemos que ocuparnos aquí de la *resolución* de estos contratos que viene aludida en el artículo 132, 4.º, y especialmente en el artículo 136, sin que, por otra parte, la regulación establezca cuándo tiene lugar. Entonces no cabe duda que tenemos que acudir a los criterios generales que nos suministra el artículo 1.124 del Código civil, y extender ésta, no solamente al impago de los plazos correspondientes computables al precio, sino también y, sobre todo, dada la naturaleza compleja de este contrato, extensible tanto a las cantidades asimilables al precio como aquellas otras que el cesionario se ve obligado a pagar. No cabe duda que, según el espíritu de la regulación, la resolución debe actuarse cuando el cesionario incurre en el incumplimiento de sus obligaciones reiteradamente, es decir, en el equivalente a dos plazos y mediante el requerimiento correspondiente, lo mismo que en el pacto comisionario; por lo demás, la regulación de los efectos de la resolución viene claramente determinada en el artículo 136.

No obstante, queda también que digamos que, cuando las partes utilicen el derecho que les concede el artículo 134 y omitan la *autorización* prescrita del Instituto Nacional de la Vivienda, si la actuación correspondiente comporta la nulidad de lo actuado o no. A nuestro juicio, sería válida a efectos civiles una actuación de este tipo, aunque ilícita a efectos administrativos. Esta duplicidad de efectos no parece que ofrezca reparos teóricos, ni prácticos, y halla su justificación en la propia *función* de la autorización administrativa: servir de control al posible fraude a la Ley, en el sentido que anteriormente hemos indicado.

V. RECONSTRUCCIÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA
DE ESTOS CONTRATOS.

Como siempre, el problema de la naturaleza jurídica de un actos se halla intimamente vinculado con su enorme trascendencia práctica. Trascendencia que en este caso se manifiesta en dos órdenes distintos: uno, el orden fiscal, y otro, la forma de llevar a cabo estos contratos, la forma en cuanto a la *materia* del contrato, y también en cuanto al requisito de *forma*.

En el primer aspecto nos encontramos con que, desde el punto de vista *fiscal*, si la transmisión tiene lugar al terminar el plazo (normalmente diez años, como hemos visto), mediante lo que llama el artículo 135 *escritura de compraventa*, nos encontraremos con que este acto se produce, después de los *seis años* de la *calificación definitiva*, requisito que, para la exención, establece el artículo 43, 1.º, A) del Reglamento y el artículo 65 del *Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones*. Entonces no tenemos más remedio que vincular el *contrato de cesión*, en acceso diferido a la propiedad, del artículo 132, con la *escritura de compraventa* del artículo 135, y, como por otra parte, lo que realmente se declara exento por la legislación fiscal, según los preceptos citados, es el *contrato*, que naturalmente tendrá lugar antes de los *seis años* de la calificación, en los supuestos normales, no tenemos más remedio, desde este punto de vista, que considerar el contrato formado íntegramente en el momento de concertar la cesión con acceso diferido a la propiedad, entendiéndolo que el segundo momento es un efecto o consecuencia del anterior, que perfecciona la transmisión, aunque no la hace nacer. No obstante, desde el punto de vista fiscal, cualquiera que sea la forma que revista, se hallará sujeto a tributación, como acto jurídico documentado.

En el segundo aspecto, la cuestión que se nos plantea ofrece mayores dificultades, aunque, por lo que hemos dicho, no hay más remedio que configurar el contrato de cesión en acceso diferido de la propiedad de la vivienda como algo dotado de unidad o, al menos, de continuidad. Esto nos hace pensar que en cuanto a la *forma*, en sentido estricto, deba de configurarse al momento del otorgamiento inicial, lo que parece también cuenta con el unánime crite-

rio de la práctica notarial, debiendo hacerse en *escritura pública*, por los efectos llamados a producir, y sin perjuicio de que, posteriormente, al verificarse el pago total del precio, se complete esa escritura inicial con la correspondiente *escritura de pago*, o, si se quiere, de *cumplimiento de condición* o de ejercicio de un *derecho de opción* en favor del cesionario, lo que nunca puede ser esa escritura, a pesar del tenor literal del texto del artículo 135, es de *compraventa*. Porque lo que documenta esta segunda escritura es un *efecto*, producido por un acto jurídico anterior y no un nuevo acto jurídico.

En cuanto a la «*forma interna*» de llevar a cabo el acto o contrato de que se trata, es decir, en cuanto a su *materia* o *sustancia*, no cabe duda que estamos en presencia de un *acto de naturaleza mixta*, y, por otra parte, de un *acto complejo*, al menos en cuanto que se exige, y ello parece ineludible, una actuación «complementaria y posterior» para que pueda surtir, al menos en su plenitud, todos los efectos previstos: nos referimos a la documentación posterior al otorgamiento del contrato que acredita el pago del precio.

Pero en cualquier caso, lo más importante del contrato de acceso diferido a la propiedad de la vivienda es su finalidad última (pues los efectos jurídicos de un acto deben medirse de mayor a menor), es decir, su *finalidad traslativa*, y a ella se subordinan los demás efectos complementarios y accesorios y que vienen instrumentados por la «naturaleza de las cosas». Esto se nos hará más comprensible, si tenemos en cuenta la íntima relación de la finalidad contractual, acompañada de todo el ropaje necesario de prestaciones accesorias, con la propia función que cumple la *resolución* (que incluso puede ser agravada porque las partes hagan intervenir alguna *cláusula penal*), que, a mi entender, aparece como representativa del criterio de la *buena fe*, recibida en este caso por el Ordenamiento, conforme a la norma paradigmática del artículo 1.124 y con la regulación que hace el propio artículo 136, citado. De modo que el «buen comportamiento» del cesionario impide la resolución. Y es curioso lo que esta implicación suscita, ya que en la *compraventa aplazada*, según indicó R. FEENSTRA, y, por influencia del Derecho mercantil común europeo, rige el principio de la *bonam fidei sequi* (8).

(8) *Reclame en Revindicaté*, Haarlem, 1949, 98 y sigs.

En cambio, aquí no estamos ante la estructura técnica de la *compraventa aplazada*, aunque me parece que no lo estamos porque el legislador no lo ha querido. Por otra parte, se le va a uno la imaginación sin querer hacia el *censo reservativo*. Pero el legislador, aparte de las incorrecciones en que incurre, ha dejado sin resolver la cuestión, lo que naturalmente es una virtud, pues deja paso a la capacidad creadora de los particulares. El único fallo que puede tener esto, en la práctica, es si, en las Delegaciones Provinciales de la Vivienda, puede existir la sensibilidad jurídica suficiente para no seguir el Reglamento al pie de la letra, cosa a la que son siempre muy dados los funcionarios.

De todos modos, una situación muy parecida a la *compraventa aplazada* es la que tiene lugar cuando el *pago del precio* se eleva a *condición* del efecto traslativo de la compraventa. A este esquema se adaptaría perfectamente el actual planteamiento, sustituyendo la llamada escritura de compraventa del artículo 135 por la *escritura de cumplimiento de la condición*, pero parece que esta configuración es contraria al esquema legal y tropezaría también con el artículo 1.115 del Código civil. No obstante, ofrece muchas ventajas, porque podría tener acceso al Registro de la Propiedad, en la forma que anteriormente hemos dicho.

Por otra parte, configurarla como una transmisión, con pacto de *reserva de dominio*, parece se opone también al espíritu de la regulación reglamentaria. Lo que no cabe duda es que podría configurarse por las partes, la relación jurídica, como de *naturaleza real*, añadiendo al efecto inmediato, algo más que el simple traspaso de la posesión, ya que, dados los efectos diferidos, esta *traditio* carecería del *animus* suficiente (*animus = causa traditionis*, en el presente caso). Este algo más que la simple posesión y que habría de intervenir *ad colorandam possessionem*, podría ser un pacto de *opción de compra especial*, y un *pacto añadido de comunidad*, para facilitar la constitución de la comunidad de casas por pisos, cuestión que, por otra parte, no tendría problema (9). Pero la dificultad está en el juego contractual de la *opción*, como consecuencia de la amenaza permanente de resolución.

(9) Esta solución fue sugerida en el transcurso del coloquio de la sesión del Aula Jurídica, citada, por el Registrador señor García Arango.

Por todo ello, nos inclinamos a considerar que, en este caso, nos hallamos ante un contrato de naturaleza *sui generis*, a pesar de la natural repugnancia que hemos tenido que vencer para aceptar este planteamiento. Contrato por el cual, se constituye inmediatamente una situación equivalente a la del *arrendamiento de cosas*, al pasar la posesión o *uso* el cesionario, con todos los derechos y obligaciones que esto representa, y que tiene por finalidad principal servir de *título* para la adquisición de la propiedad de la vivienda, lo que tiene lugar, de *modo diferido* a la terminación del plazo, establecido por las partes para el pago del precio y en los términos legales que sean oportunos, salvo que, voluntariamente, quieran *anticiparle* y siempre que el contrato no sea anteriormente *resuelto*. Debiendo las partes, por su propia conveniencia y a efectos de publicidad, otorgar la correspondiente escritura de pago, una vez que la adquisición de la propiedad ha sido consolidada, a cuyo efecto gozarán de los derechos que les confiere el artículo 1.279 del Código civil. Por lo demás, en cuanto a su *función*, se trata de un *contrato mixto*, y en cuanto a su significado como acto, y en relación con la producción de sus plenos efectos, como acabamos de indicar, de tipo *complejo*: necesidad de la escritura de pago, que exige el artículo 135. Asimismo, aunque se trate de un negocio obligacional, su eficacia real, o, mejor dicho, su trascendencia real, se consuma con la *traditio brevi manu*, mediante el pago total del precio (*condición impropia*, elevada a causa o *título* de la adquisición), y completada a todos los efectos, por la escritura de pago correspondiente. No obstante, en los términos que antes hemos dicho, puede ganar *eficacia real*, mediante su inscripción en el Registro, aunque subordinada al pago total del precio. Y en los mismos términos podría ser hipotecable, pero con la misma limitación y, naturalmente, subordinando la hipoteca al rango correspondiente en relación con las otras cargas subsistentes.

Es curioso observar cómo en esta nueva figura jurídica, suscitada por las necesidades del *Derecho nuevo*, se encuentran semejanzas, *ex distantibus*, con la usucapión, de una parte, en cuanto en ambas, el título es insuficiente para provocar la transmisión *in actu*; en aquel supuesto, por falta de legitimación del *tradens*; en éste, por su propia naturaleza funcional, y de otra, cómo es preciso

en el adquirente (usucapiente o cesionario) la concurrencia de la *buena fe*, en el primer caso referida al título ya formado, y en éste para formarle y a través del comportamiento *civiliter* del cesionario, único capaz de evitar la *resolución*, y debiendo permanecer durante todo el plazo (que también es coincidentemente igual en ambas instituciones), tanto para uno como para otro.

JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS,
Catedrático de Derecho Civil

La prescripción de las aguas públicas

SUMARIO: 1. EL DOMINIO PÚBLICO EN LAS AGUAS.—2. LA PRESCRIPCIÓN DE APROVECHAMIENTOS DE AGUAS PÚBLICAS.—2.1. La prescripción de dominio público.—2.2. La naturaleza del derecho adquirido por prescripción.—2.3. La prescripción de aprovechamientos y la concesión de aprovechamientos.—2.4. Los aprovechamientos especiales de aguas públicas y los derechos reales administrativos.—3. ALCANCE DE LA PRESCRIPCIÓN DE APROVECHAMIENTOS DE AGUAS PÚBLICAS. 3.1. Las modalidades de aprovechamientos en la práctica administrativa.—3.2. El límite del derecho adquirido por prescripción en el orden de prelación de fuentes.—3.3. Las modulaciones del caudal en los regadíos inmemoriales. 3.4. Los caudales excesivos.—4. LA JUSTIFICACIÓN DEL DERECHO ADQUIRIDO POR PRESCRIPCIÓN.—4.1. El acta de notoriedad y la inscripción en el Registro de Aprovechamientos.—4.2. La duplicidad de trámites.

1. EL DOMINIO PÚBLICO EN LAS AGUAS.

El dominio público en materia de aguas presenta determinada especialidad que le diferencia, en cierto modo, del dominio público común u ordinario: la excepción a la regla general de imprescriptibilidad.

En principio, no encontramos claramente definida la excepción antes citada en el Derecho histórico.

El Fuero Juzgo daba por sentada la inapropiabilidad de las aguas de los ríos al prohibir su derivación (1). Y las Partidas, bajo la influencia del Derecho romano, atribuyen cierta pertenencia

(1) Fuero Juzgo, libro VIII, título IV, Ley XXXI, 2.^a ed. en castellano, por don ISIDORO DE HERNÁNDEZ PACHECO. Madrid, 1742.

comunal al dominio que nos ocupa (2), e incluso la facultad de aprovechamiento o uso común, pero no privativo, que ha pasado con más detalle a la regulación normativa de lo que la Ley de Aguas vigente llama aprovechamientos comunes.

Sin embargo, esta titularidad comunal no modifica el principio de la imprescriptibilidad, que se reafirma, para ciertos bienes, en la Partida 3.^a (3) y que, con mucho más motivo, se puede considerar aplicable al de los ríos (4).

Como nos dice la Exposición de Motivos de la Ley de Aguas de 3 de agosto de 1866, más concreta fue la Legislación de los reinos de Cataluña y Valencia, donde, declarados de uso común los ríos, se reservaban los reyes, como una de las regalías llamadas menores, la concesión del aprovechamiento de sus aguas. En el reino de Valencia, todas éstas, así las públicas como las privadas, nacidas en terrenos de realengo, pertenecieron, además, por derecho de conquista, al rey Don Jaime I, que agració a los prelados y ricos-hombres con las que nacían en los términos de los pueblos de que les hizo donación y pasaban por ellos, conservando en la Corona la regalia de los ríos y aguas públicas, y las privadas de los términos realengos.

Una Real Orden de 19 de noviembre de 1835 reforzaba la posición del dominio público de las aguas, reivindicando a favor de la Nación el de esta clase. Y la Ley desamortizadora de 1 de mayo de 1855 (arts. 1.º y 2.º) nada declaró respecto a la venta o excepción de venta de estos bienes, por la presunción de la inalienabilidad (5).

Por último, la Ley de Aguas vigente de 13 de junio de 1879 establece, en el artículo 4.º, que son públicas o de dominio público: 1.º, las aguas que nacen continua o discontinuamente en terrenos del mismo dominio; 2.º, las continuas o discontinuas de manantiales y arroyos que corren por sus cauces naturales, y 3.º, los ríos. Y el Código civil, en sus artículos 339, número 1 y 407, completa la declaración legal con respecto a la propiedad de las aguas.

(2) Partida 3.^a, título XXVIII. Ley 6.^a Códigos Españoles concordados y anotados.

(3) Partida 3.^a, título XXIX. Ley VII.

(4) CLAVERO ARÉVALO, M. F., *La inalienabilidad del dominio público*, Sevilla, 1958, pág. 29.

(5) CLAVERO ARÉVALO, M. F., *La inalienabilidad*, pág. 33.

Expresamente, el artículo 188 de la Ley de Régimen Local de 1950 declara el carácter imprescriptible de los bienes del dominio público.

2. LA PRESCRIPCIÓN DE APROVECHAMIENTOS DE AGUAS PÚBLICAS.

Como dice ALVAREZ GENDÍN: (6) «El dominio público de las aguas sufre algunas limitaciones o variaciones en las normas comunes, como la prescripción adquisitiva y extintiva del aprovechamiento, no del dominio, y como la de otorgarse la concesión, según vimos en ciertos casos, a perpetuidad, si bien supeditables al destino para los que fueron concedidas, bajo sanción de caducidad».

«Por estas excepciones a las normas generales del dominio público (Derecho común administrativo), si bien con sujeción a normas administrativas, diremos que la naturaleza jurídica de las aguas públicas, pertenece a la categoría de dominio público especial...».

La declaración positiva del principio de la imprescriptibilidad arranca del origen de la Legislación específica.

Así la Real Orden de 23 de marzo de 1848 afirmó la imposibilidad legal de ganar por prescripción. Y el Real Decreto de 29 de abril de 1860 mantiene esta posición.

Pero la Ley de Aguas de 1866 (art. 194) establece la posibilidad de admitir la prescripción como título legítimo para llevar a cabo el aprovechamiento especial de aguas públicas, pensando en un reconocimiento de las situaciones existentes entonces, nunca en que se generalizara para el futuro (7).

Y esta corriente de apertura, para normalizar las situaciones fuera de la Ley, dio base a la redacción general e indiferenciada del artículo 149 de la Ley de Aguas de 1879, en el que faltó ponerle término a su eficacia, reduciendo su aplicación a sólo los aprovechamientos que a la entrada en vigor de aquélla hubiesen cumplido los veinte años de disfrute.

(6) ALVAREZ GENDÍN, S., *El dominio público. Su naturaleza jurídica*, Barcelona, 1956, pág. 154.

(7) MARTÍN RETORTILLO, S., *Sobre la reforma de la Ley de Aguas*, «Rev. Administración Pública» núm. 44, de 1964, págs. 31 y 55.

Observación igualmente aplicable al artículo 409 del Código civil, que recoge la prescripción de la Ley de Aguas y mantiene la adquisición del derecho al aprovechamiento por la prescripción de veinte años.

Los intentos de reforma, en la línea de las Leyes especiales, no tardaron en llegar. El Proyecto de Ley de Aguas de Sagasta (artículo 4, párrafo 3.º) de 1902 establecía el plazo de un año para la inscripción de los aprovechamientos prescritos y la libre concesión de los no inscritos en el Registro de Aprovechamientos transcurrido aquel plazo. Más radical todavía es el texto de los Proyectos Canalejas, de 1910 (art. 1.º, pár. 1.º) y de La Cierva de 1921 (base 2.ª, párrafo 1.º) en los que no se reconoce otro modo de adquirir los aprovechamientos especiales que la concesión, con sujeción a la legislación específica. No queda ninguna posibilidad, por tanto, a la adquisición de aprovechamientos por prescripción—como dice MARTÍN RETORTILLO (8)—.

Sin embargo, y a pesar de ese clima en contra, permanece vigente, con base en la interpretación extensiva del artículo 149 de la Ley de Aguas, el criterio favorable a la prescripción de aprovechamientos, que descansa en una tolerancia de la Administración (S. del T. S. 29 de septiembre de 1927, S. Contencioso admvo.).

2.1. Se ha discutido por la doctrina la viabilidad de la prescripción del dominio público, considerado en sentido general.

GARCÍA DE ENTERRÍA (9) recoge el proceso de la «desafectación tácita» de las parcelas del demanio, pasando por lo que Proudhon llama «degradación» de la cosa pública apartada de su función propia, en armonía con la prescripción extraordinaria que admite Troplong..

Así parece explicarse la posibilidad de la prescripción sobre el dominio público, salvados los escollos con que tropieza el dogma de la imprescriptibilidad.

Sin embargo, como ha puesto de relieve GARRIDO FALLA (10), la solución no puede ser la misma en relación con todas las dependencias del dominio público.

(8) MARTÍN RETORTILLO, S., *Sobre la reforma de la Ley de Aguas*, en «Aguas Públicas y Obras Hidráulicas», Madrid, 1966, pág. 164.

(9) GARCÍA DE ENTERRÍA, S., *Dos estudios sobre la usucapción*, en «Derecho Admvo.», Madrid, 1955, págs. 128 y sigs.

(10) GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho Admvo.* Vol. II, Madrid, 1962, págs. 418 y sigs.

La extensión que actualmente ha adquirido éste, haría pensar, en cuanto al tema concreto de la aplicación del principio de la imprescriptibilidad, en una «escala de la demanialidad»; de forma que, aceptada la unánime opinión doctrinal de que la prescripción es posible desde el momento mismo en que el bien de que se trate ha sido desafectado—lo que significa sentar la regla—, se hace preciso reducir cada posible caso concreto a sus justos límites.

El distinto carácter de las pertenencias del dominio público exige soluciones diversas. Así, el principio de la imprescriptibilidad es absolutamente aplicable en cuanto a las dependencias, que son «por naturaleza», destinadas al uso público, o en los bienes de igual clase del uso público, en interés general, en tanto conserven esta naturaleza.

Sin embargo, puede admitirse la prescripción con respecto a los bienes adscritos al uso público, previa desafectación, incluso tácita, o en relación con los bienes destinados a servicios públicos.

En este sentido, la desafectación puede operar sobre las dependencias del dominio incorporadas al uso o servicio públicos, pero no puede decirse lo mismo de las que lo son por naturaleza—como las aguas públicas—en las que no se da la «desafectación» ni la «degradación» y en donde el principio de la imprescriptibilidad es postulado indiscutido del Derecho Público.

Hay que descartar, por consiguiente, la efectividad de la prescripción sobre las aguas públicas, de acuerdo con los principios expuestos; bien entendido que, con esta afirmación, única y exclusivamente se pretende dejar sentada la imprescriptibilidad del bien de dominio público en cuanto tal, aunque éste sea susceptible de un aprovechamiento privativo y excluyente a favor de los particulares.

Prueba de ello, es la solución que adopta el Derecho positivo—artículo 149 de la Ley de Aguas de 1879—cuando asegura el «disfrute de los aprovechamientos» que se hubiesen mantenido durante veinte años. Nada dice, por el contrario, del dominio de las aguas objeto de aquéllos.

Por consiguiente, la prescripción adquisitiva otorga el derecho a la continuidad del aprovechamiento de más de veinte años, que carece de la correspondiente autorización o que no pueda acreditar que la obtuvo; pero no obsta a que este derecho se amolde

—o mejor se encaje—en la normativa de los aprovechamientos concedidos por el Poder público.

Es más, nos atreveríamos a decir que la finalidad que persigue el artículo 149 de la Ley de Aguas es la de legitimar al usuario que ha venido en el disfrute del aprovechamiento durante veinte años sin título, equiparando la posesión pacífica al título concesional, para que, en base a aquélla, obtenga de la Administración el reconocimiento de su derecho de aprovechamiento.

No por tratarse de dominio público especial, puede desviarse la prescripción de su función específica, cual es la de servir de modo de adquirir subsidiario—en defecto del otro título: la concesión—del derecho real sobre el aprovechamiento de esa especie del dominio.

En resumidas cuentas, que el Derecho suele admitir—como dice el autor últimamente citado—la adquisición prescriptiva del título que da derecho al aprovechamiento; aunque no, naturalmente, de la propiedad.

Este título que da derecho al aprovechamiento no puede ser inconcreto.

Por una parte, veíamos que este derecho debe tener por objeto cualquiera de las especies que el Derecho positivo establece para las concesiones de aprovechamientos.

Por otra, según se desprende del propio contexto del párrafo 2.º del artículo 409 del Código, el límite de este derecho puede venir definido por el modo y forma en que se haya usado de las aguas, de tal manera que, si el caudal que se haya venido utilizando es notoriamente insuficiente para el fin a que se destina, no puede beneficiarse con la modulación prevista en el párrafo 2.º del artículo 152 de la Ley de Aguas, de un caudal mayor; por cuanto que el artículo 149 de la misma Ley sólo garantiza la continuidad del aprovechamiento.

Lo mismo podría decirse cuando la utilización de un aprovechamiento está subordinada a la de otro de derecho preferente.

2.2. Es difícil precisar, en el estado actual de la cuestión, si la naturaleza del derecho sobre los aprovechamientos de aguas públicas adquiridos por prescripción es de carácter concesional o

más bien una verdadera titularidad de propiedad (11) (artículo 609 del Código civil, párrafo 3.º, en relación con el núm. 2 del 409) en razón a la cual podría hablarse de verdadera prescripción.

GARRIDO FALLA (12), al tratar de la adquisición de los derechos reales administrativos por los particulares, admite la prescripción como forma excepcional, de la que se deriva un derecho análogo al que surge de la concesión administrativa. E, incluso, hace la observación de que la naturaleza de los derechos nacidos de la prescripción no es, por tanto, de carácter civil, sino administrativa. Y, al hacer referencia al aprovechamiento especial de aguas, señala que el título jurídico para la utilización privativa del dominio público que la concesión comporta—esto es, la situación de concesionario—puede ganarse por prescripción.

Ahora bien, la prescripción, como institución administrativa, aunque tenga su origen en el Derecho civil, como Derecho común; al hacerse parte de una rama del Ordenamiento jurídico—y no se olvide la unidad misma de éste—en virtud de un proceso de integración, que bien pudiera calificarse de verdadero préstamo de técnicas, de esquemas, de instituciones (13), va adquiriendo ciertas notas de especialidad, que forzosamente la diferencian del régimen general de la institución en el Derecho privado (14). Y del mismo modo que las situaciones jurídicas de prerrogativa dan matiz administrativo a los contratos de esta clase, la prescripción, dentro del Derecho Administrativo, tiene que verse condicionada por la posición que ocupa el dominio contra el que opera. Es decir, que, en nuestra opinión, la prescripción otorga un derecho análogo a la concesión; en este orden, es título que obliga a la Administra-

(11) GARCÍA DE ENTERRÍA, E, Cita ant. núm. 9, pág. 118 (nota 29) y páginas 146 y 147.

(12) GARIDO FALLA, F., Cita ant. núm. 10, págs. 378 y 455.

(13) MARTÍN RETORTILLO, S., *El Derecho civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones*, Sevilla, 1960, págs. 25, 41 y 152.

(14) Podría considerarse válida en este punto la argumentación que hace BALLARÍN (BALLARÍN, Marcial, A., *Derecho Agrario*, Ed. «Rev. Derecho Priv.», Madrid, 1965, pág. 327), al tratar de la aplicación extensiva de las normas del Derecho común al Derecho especial, que dice: «Habrà de hacerlo teniendo en cuenta la especial utilidad a que éste responde, o sea, aquellos principios antes señalados, adaptando en cuanto sea posible la «ratio» del Derecho común a la del Derecho especial.»

Análoga argumentación en cuanto a la naturaleza del deslinde administrativo, recientemente, en MENDOZA OLIVÁN, V., *El deslinde de los bienes de la Administración*, págs. 33 a 36, Madrid, 1968.

ción, pero deroga el principio de discrecionalidad en el otorgamiento.

2.3. Es realmente significativo que la Ley especial de aguas recoja la prescripción de aprovechamientos especiales dentro de la sección dedicada a la concesión de aprovechamientos, en vez de incluirse, de haber sido otra la intención, en las disposiciones generales; el artículo 149 está situado, precisamente, en la Sección 1.^a del capítulo IX, que trata de la concesión de aprovechamientos. Y la circunstancia de su ubicación nada nos diría, si la Ley desarrollara cumplidamente la usucapión de aprovechamientos; pero la escueta declaración del precepto y la oportunidad de su encuadramiento, inducen a pensar que el legislador quiso regular la prescripción a la sombra de las normas que rigen las concesiones, y que las disposiciones a ellas referentes serían subsidiariamente aplicables, al menos, como Derecho supletorio.

Este parece que es el pensamiento del texto de la Exposición de Motivos de la Ley de Aguas cuando establece, como norma general, la autorización del Poder público en las concesiones de aprovechamientos especiales, y deja puerta abierta a las autorizaciones tácitas o presuntas—que evidentemente se mantienen gracias a la tolerancia de la Administración—, como equivalentes a una concesión tácita, a las que—entiende la Comisión redactora—debe darse fuerza de tal.

Sin embargo, el tratamiento que recibe en la práctica administrativa dista mucho de someterse a las normas que regulan, no ya el otorgamiento, sino el mismo ejercicio de las concesiones; puesto que se presenta la prescripción como verdadera institución excepcional con toda clase de pronunciamientos favorables. En parte, debido a la reducida expresión del artículo 409 del Código civil, por un lado, y, por otro, a la cualificación civil que recibe la institución en las disposiciones complementarias. Así parece desprenderse de la Real Orden de 12 de marzo de 1902, artículo 1.º, cuando establece que, para la inscripción de los aprovechamientos, servirá, no sólo la concesión administrativa, sino también cualquier título de Derecho civil.

2.4. El aprovechamiento especial de aguas públicas—concretamente en sus modalidades más usuales: riegos, abastecimiento, y

fuerza motriz—participa de todas las notas del derecho real. De una parte, el titular del aprovechamiento ostenta un poder inmediato sobre la cosa: el agua; hay una relación directa entre la persona y la cosa. De otra, puede, en virtud de este señorío sobre la cosa, hacerlo valer contra cualquiera (15), incluso contra la Administración, una vez reconocido su derecho por aquélla.

Podría asimilarse tanto al derecho real pleno de goce y disposición: la propiedad, como a los de goce (usufructo, enfiteusis); pues tanto la potestad plena, como la facultad de disposición, la temporalidad (Ley de Patrimonio del Estado, de 15 de abril de 1964, artículo 126) o la diferenciación o división del dominio entre un dominio útil y un dominio directo, son características de su naturaleza. Claro está que la posible equiparación sería válida salvando siempre la condición del dominio que se aprovecha.

Por nuestra parte, está fuera de duda que el aprovechamiento especial de aguas públicas es un verdadero derecho real—cuyo objeto son cosas de dominio público—sujeto a un régimen jurídico peculiar.

Es carácter público de la cosa o bien sobre el que recae (16) y el régimen jurídico a que está sujeto aquél, son, por demás, notas características fundamentales para calificar al derecho real como derecho real administrativo a favor de particulares.

El derecho real administrativo sobre el aprovechamiento especial de aguas públicas nace de la concesión o de la prescripción. Y se adquiere, tanto por los modos originarios aludidos, como por los que derivativamente traigan causa de otro anterior.

A estos últimos parece referirse el artículo 1.º de la Real Orden de 12 de marzo de 1902, que establece los requisitos para las inscripciones definitivas en el Registro de Aprovechamientos, puesto que a la prescripción y su justificación alude el artículo 2.º de la misma (17),

(15) ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho Civil Español*, Vol. II. Derechos reales, 2.ª ed., Madrid.

(16) GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Los Derechos reales administrativos*, en esta Revista, marzo-abril 1957, págs. 145 y sigs.

(17) MARTÍN RETORTILLO, C., aclara que la expresión «cualquier título de Derecho civil», que emplea el artículo 1.º de la R. O. de 12 de marzo de 1902, se refiere a títulos «secundarios», no «originarios», ya que una permuta con el Estado, por ejemplo, es, a su juicio, una concesión especial. *La Inscripción de aprovechamientos hidráulicos en el Registro Especial de Aguas*, «Rev. de D. Priv.», 1931, pág. 377.

Por último, hemos hecho alusión al régimen jurídico peculiar que regula la prescripción de aprovechamientos, que viene determinado por los preceptos específicos, contenidos en el Ordenamiento privado, en armonía, o mejor, en congruencia, con los principios del Derecho Administrativo y las leyes especiales; en su aspecto material y formal.

En el ámbito jurisdiccional, ciertamente hoy la competencia en materia de aguas se encuentra compartida por dos jurisdicciones—la Ordinaria y la Contencioso-administrativa (para los derechos reales administrativos de aprovechamiento de aguas públicas adquiridas por prescripción y para los de aprovechamiento por concesión).

Esta situación ya ha sido señalada por la dictrina, en cuanto se refiere a la materia de aguas (18) y, en general, sobre determinadas parcelas del Derecho Administrativo, como el dominio público; porque como dice GUARTA (19): «La propiedad privada si es asunto civil, pero el dominio público en si (y no sólo algunos jirones de su comercio jurídico, tales como las concesiones, infracciones y su sanción, etc.) es asunto jurídico-administrativo, por lo que los litigios a que dé lugar debían ser todos propios de la jurisdicción contencioso-administrativa: Se trata de actos que dicta la Administración y sujetos al Derecho Administrativo, esto es, de actos administrativos (art. 1.º de la Ley de lo Contencioso), y si lo dicho sucede también, por ejemplo, en materia de contratos para obras y servicios públicos, «cualquiera que sea su naturaleza (artículo 3 de la misma Ley), no se ve razón para que no suceda lo mismo en materia de dominio público».

3. ALCANCE DE LA PRESCRIPCIÓN DE APROVECHAMIENTOS DE AGUAS PÚBLICAS.

A pesar de todo, la amplitud interpretativa del artículo 149 de la Ley de Aguas habría tenido distinto significado, si los de otras disposiciones posteriores se hubieran limitado a transcribirlo, cosa

(18) MARTÍN RETORTILLO, S., *Sobre la reforma de la Ley de Aguas*, en «Aguas Públicas y Obras Hidráulicas», Madrid, 1966, págs. 201 y sigs.

(19) GUAITA MARTORELL, A., Prólogo a la obra de Víctor Mendoza Oliván, *El Deslinde de los bienes de la Administración*, pag. 20, Madrid, 1968.

que no ocurrió con los artículos concordantes del Código civil y, mucho menos, con las disposiciones complementarias que le sirvieron de Reglamento, como el Real Decreto-Ley de 7 de enero de 1927 (art. 3.º).

Realmente no se aparta de la línea tradicional el citado precepto; bien entendido, se limita a reconocer de hecho los aprovechamientos que se encuentren en pleno y pacífico disfrute a la entrada en vigor de la Ley. Y éste hubiera sido su objetivo si las disposiciones posteriores no hubieran consagrado la generalidad de un procedimiento que, en principio, era válido exclusivamente para los aprovechamientos «entonces» en uso que, careciendo de concesión administrativa, habían venido disfrutándose durante el tiempo allí establecido, sin oposición de autoridad o de tercero.

Planteadas así la cuestión, no queda otro remedio que admitir la validez operativa del artículo 149 de la Ley de Aguas respecto de aprovechamientos posteriores a la misma y dar entrada a esta forma de obtener la concesión de aprovechamientos, privando a la Administración de la facultad de elección que le otorga el artículo 157 de la Ley de Aguas y, en general, de la discrecionalidad relativa que debe presidir el otorgamiento de los aprovechamientos del dominio público, por su propia naturaleza.

Surge así el problema de su alcance, y se precisa fijar el límite del reconocimiento del derecho de uso o aprovechamiento prescrito.

3.1. La naturaleza jurídica del derecho de aprovechamiento y su origen podían plantear cuestiones enojosas a la Administración, aplicando las normas de la concesión al reconocer el derecho adquirido por prescripción, y esta situación fue resuelta con amplio criterio, dándole un trato de igualdad en los beneficios o de favor en otros aspectos, del que carecían las concesiones por ella otorgadas. De este modo, se inscriben a perpetuidad (20) los aprovechamientos para riegos, se eluden las eventualidades de una competencia de proyectos o de peticiones incompatibles, o las rígidas normas de la concesión concreta, o, en fin, el peligro de caducidad por incumplimiento de condiciones.

El Código civil, por el contrario, avezado, por su rango, a deli-

(20) La Ley del Patrimonio del Estado de 15-IV-1964, establece que el plazo de duración para cada clase de concesiones o autorizaciones sobre el dominio público no podrá exceder de 99 años (art. 126).

mitar el alcance de los derechos, establece en el artículo 409, que «los límites de los derechos y obligaciones de estos aprovechamientos (los de aguas públicas) serán los que resulten..., del modo y forma en que se haya usado de las aguas». Es decir, que la modalidad del aprovechamiento, por razones obvias, tiene que encajar, generalmente, en cualquiera de las especies reguladas por la Ley, y dentro de unos moldes que delimiten su ámbito. El aprovechamiento con destino a riegos, por ejemplo, tiene garantizada su continuidad para el objeto exclusivo que dio origen a la prescripción ganada, y no tendrá más limitaciones en su ejercicio que las que resulten de la forma en que se ha venido ejercitando, si lo fue continuadamente, alternativamente, instantáneamente, por el día, por la noche, toda o parte de la semana, antes o después de otros incompatibles, o supuestos análogos.

Esto y no otra cosa es lo que, a nuestro entender, da contenido a la fórmula empleada por el Código.

3.2. Por otra parte, basándonos en el principio de que los aprovechamientos adquiridos por prescripción datan de la existencia de una situación abusiva—al menos, estrictamente, mientras no se ha cumplido el plazo de prescripción—, no puede atribuírseles un derecho de mayor extensión e intensidad que a quien aprovecha las aguas sobre la base de una concesión administrativa normal (21).

No puede pretenderse, por consiguiente, que el párrafo último del artículo 409 del Código civil ensanche los límites que se determinan en el párrafo 2.º del artículo 152 de la Ley de Aguas; pues los términos de aquél solamente vienen a precisar matices que dejó en el aire la propia Ley de Aguas, y, en cualquier supuesto, no están en contraposición con lo establecido en ella. Porque, para que esto hubiera sucedido, se precisaba previamente la expresa derogación del párrafo 2.º del citado artículo 152 de la Ley de Aguas, en lo concerniente a los aprovechamientos adquiridos por prescripción y anteriores a ella o a los posteriores por analogía que no tuvieran caudal fijado. Lo que no se ha hecho. E incluso, en un supuesto conflicto de ambos textos legales, el orden de pre-

(21) MARTÍN RETORTILLO, S., *Victorio Sotolaja y el régimen jurídico de las Aguas*, en «Aguas Públicas y Obras Hidráulicas», Madrid, 1966, pág. 214.

lación de fuentes hará aplicables los preceptos del artículo 152 de la Ley de Aguas en el ejercicio de los derechos reconocidos en el artículo 149 del mismo texto legal (22).

3.3. Pero la redacción concisa del texto legal no podía contemplar las múltiples facetas, objeto, indudablemente, del Reglamento de aplicación, que no llegó a nacer, y aunque la oportunidad legislativa lo hubiera permitido, a la promulgación del Código civil, no eran fácil de prever a menos de diez años de la puesta en vigor de la Ley, cuando aún no podía plantearse el total aprovechamiento de los recursos hidráulicos.

Nos referimos, concretamente, a los problemas que origina la modulación de los caudales en los regadíos inmemoriales.

Existen aprovechamientos para riegos que, después de tomar las aguas en un cauce público, son conducidos a grandes distancias, a través de acequias de origen árabe, por terrenos de textura sumamente permeable, que origina grandes pérdidas por filtraciones, y elevadas dotaciones de caudales, que pueden llegar, incluso, al doble de los normales.

Hay también aprovechamientos que utilizan una antigua técnica de riego, consistente en la regulación subterránea de caudales, que se consigue mediante el procedimiento denominado en la Alta Alpujarra «matas», o embalses o recorridos subterráneos del agua vertida por alguna falla del terreno (que luego reaparece a cota más baja, al cabo de diez o doce horas) y permite regar durante el día, al desviarse aquélla por la noche, con caudal doble.

Otros aprovechamientos exigen un elevado consumo de caudal dada la considerable pendiente del terreno, rara vez nivelado, para el riego de las superficies escalonadas en forma de terrazas, por el procedimiento denominado en la misma región «a surcos próximos» o «a manta».

En los tres casos expuestos, la solución adecuada, al margen del planteamiento de Derecho, puede conseguirse mejorando los cauces o construyendo depósitos reguladores. Esta solución de tipo mate-

(22) VALLET, en *Panorama del Derecho civil* (citado por DIE LAMANA, J. M. y F. J., *Un caso de propiedad compleja: el agua*, en esta Revista, núm. 455, julio-agosto 1962, pág. 934), dice que la interpretación de la norma positiva ha de hacerse teniendo en cuenta la realidad social contemplada por el legislador, la realidad social actual y la naturaleza de las cosas como aglutinante y límite de la regla de Derecho positivo.

rial redundaría en beneficio, tanto de los usuarios afectados, como en el de los futuros que insten de la Administración el empleo de los caudales sobrantes.

Sin embargo, el beneficio individual es relativo para los usuarios actuales; será bastante apreciable, indudablemente, este beneficio para los futuros usuarios.

Para aquéllos no será sensible, pues el mejor aprovechamiento de las aguas puede que compense las dotaciones insuficientes en determinada época del año. Pero, en cambio, el mejoramiento de las conducciones o las instalaciones de regulación, son obras costosas, a pesar de la generosa aportación con que ayuda el Estado.

Y decimos que cuestan las obras, no tanto en el sentido económico (en el que los beneficios de la inversión justifican sobradamente ésta), como en el figurado de la resistencia que opone, lógicamente, el usuario que se ha creído dueño indiscutido de las aguas que aprovecha (23) a la modulación racional de los caudales o a la modificación también racional de los dispositivos de riego.

Claro está que esto último, si bien no puede imponerse, indirectamente se conseguiría forzándole al aprovechamiento total de los caudales fijados, que son los que estrictamente necesita para la supervivencia de su aprovechamiento «in situ».

Puede darse el caso (y esto ocurre con frecuencia en las proximidades de las zonas turísticas o de los centros urbanos) de aprovechamientos adquiridos por prescripción, inscritos en el Registro de Aprovechamientos de Aguas Públicas, sin fijación de caudal o con determinación inválida (como sería el derecho a aprovechar «todas» las aguas que lleve el cauce de donde las toma), en los cuales se opera una reducción de la superficie regable por transformación de una parte de ésta en solares. Incluso, puede suceder que el caudal aprovechado fuera insuficiente para toda la superficie

(23) Como puede verse en la obra de D. JERÓNIMO GONZÁLEZ (*Las aguas públicas y el Registro de la Propiedad*, en «Estudios de Derecho Hipotecario y Civil», Madrid, 1948, II, pág. 183), se mantiene esta posición quizá porque se contemplan los requisitos de la prescripción y los efectos naturales de la usucapción en el ordenamiento privado. En nuestra modesta opinión, tanto si se da entrada a la prescripción como institución administrativa, como si se relaciona la institución con las directrices de la Exposición de Motivos de la Ley de Aguas de 1866, o con los preceptos de la de 1879 y del Código civil (arts. 149 y 409), lo que se adquiere por prescripción es el derecho a la utilización privativa del dominio público, igual que el que confiere la concesión.

de riego, y, en cambio, al reducirse ésta, cubriera las necesidades de los riegos subsistentes.

El problema de la limitación del caudal nos plantea dos posibles caminos. Uno, el de respetar la superficie total con derecho—por prescripción—al riego, promoviendo el expediente de caducidad del aprovechamiento que afecta a la superficie convertida en solar (con base en el art. 158 de la Ley de Aguas, 409, párrafo 2.º del Código civil, 4.1 de la Orden Ministerial de 6 de agosto de 1963 y dictámenes del Consejo de Estado de 18 de abril de 1952 y 12 de marzo de 1959), si no ha transcurrido el plazo necesario para que opere la prescripción extintiva. El otro—a nuestro juicio el aceptable—el que fija el caudal solamente a la superficie actual regable, ya que, para la restante superficie, se ha extinguido el derecho real de aprovechamiento, por modificación o conversión de la superficie regable en terrenos de solar, al faltarle a aquél la base real—la tierra—sobre la que se sustenta. Tiene su apoyo en la aplicación analógica de los artículos 513, núm. 5.º, 514 y 546, 3.º del Código civil, que regulan la extinción de algunos derechos reales—usufructo, servidumbres—por pérdida de la cosa objeto de aquél, o modificación de ella que impida el ejercicio del derecho.

Por último, esta limitación está en función del grado de aprovechamiento o proporción en que se haya usado de las aguas, y así los caudales que resulten sobrantes, que fueron otro día aprovechados en los terrenos convertidos en solar, no vienen a acrecer la dotación que corresponda a los regadíos subsistentes, ni siquiera si éstos riegan con caudales insuficientes, por los motivos que se dejaron expuestos en el párrafo penúltimo del apartado 2.1.

En la práctica, sin embargo, la Administración fijará una modulación, sin las restricciones apuntadas, en los aprovechamientos compatibles con los situados en la misma corriente, si de la información pública del expediente, o de la capacidad de las conducciones no se desprende que aprovechara menos caudal.

Finalmente, merece atención aparte, aunque tiene indudable influencia en el proceso de modulación de los caudales, el supuesto de la enajenación del agua con independencia de la tierra, o la no adscripción del agua a la tierra.

En teoría no se da este caso. La existencia del derecho implica la determinación finalista del aprovechamiento, de tal forma que

el derecho al riego no se concibe sin la tierra regable, y el agua puede considerarse accesoria de aquélla y con vida autónoma e independiente (24).

Sin embargo, la consideración de finca independiente, a efectos hipotecarios, y su proyección en el tráfico jurídico, pueden inducirnos a la duda, pero no cambian su naturaleza; pues, aun pudiendo ser objeto de propiedad separada, para que se dé tal posibilidad hace falta dar entrada a una servidumbre negativa que impida la accesion a la tierra. Y si no se concibe una propiedad del agua independiente sin una servidumbre negativa que le posibilite, nos encontramos en un caso de propiedad compleja integrada por dos elementos diferenciables, pero no separables (25).

Por otra parte, es principio que informa la legislación el de que no se puede enajenar ni arrendar el derecho al agua sin la tierra (26) y ésta es elemento esencial e inescindible de la concesión para riegos. Posición que mantiene reiterada jurisprudencia, y se recoge como condición necesaria para la aplicación de la Ley de 24 de diciembre de 1962, la adscripción del agua a la tierra, así como en la Ley 7 de julio de 1911 (art. 17).

Puede ser relativa, no obstante, tal adscripción cuando se emplea un determinado caudal, de que se dispone, en el riego alternativo de varias parcelas del mismo propietario, situadas en el área dominada por el regadío. Esta modalidad no incumple el principio fundamental enunciado, por cuanto el agua no es objeto de tráfico separadamente y la adscripción puede darse por cuotas ideales indivisas o, incluso, por haberse prescrito un caudal insuficiente para toda el área, que pide un empleo más aprovechable.

3.4. Esta faceta de la modulación de los caudales, hay que analizarla de cara a los aprovechamientos adquiridos por prescripción, que disfrutan de caudales excesivos, en armonía con sus tradicionales sistemas de cultivo.

El problema debe plantearse en cada caso teniendo en cuenta dos presupuestos básicos: la dotación necesaria para la continuidad

(24) ROCA SASTRE, R., *Derecho Hipotecario*, T. II, pág. 130, 5.ª ed.

(25) DIE LAMANA, J. M. y F. J., *Un caso de propiedad compleja: el agua*, en esta Revista, núm. 455, julio-agosto 1962.

(26) MARTÍN RETORTILLO, S., *De las Administraciones Autónomas de las Aguas Públicas*, Sevilla, 1960, págs. 92 y sigs.

del aprovechamiento concreto, según el criterio agronómico, y la racionalidad del dispositivo de riego.

Conforme al primer enunciado podría aparecer la duda a la vista del texto de los repetidos artículos 149 y 409 de la Ley de Aguas y del Código civil, si se analizan aisladamente. Evidentemente, se garantiza en ambos la continuidad del aprovechamiento, pero no el exceso de caudal.

Ciertamente, hay casos en los que verán amenazada su subsistencia determinados aprovechamientos al limitar su caudal (al estrictamente necesario, de acuerdo con la técnica agronómica, para el uso a que se destina el agua), porque el mal estado de las conducciones, a veces distantes muchos kilómetros, origina, pérdidas cuantiosas en el volumen de los caudales, entre la toma del agua y su empleo en el riego; otras veces será el sistema de riego con elevado consumo de caudal, el que se retraiga ante la problemática rentabilidad de sus futuras inversiones o, incluso, de la dudosa eficacia de modernos sistemas de cultivo; o en fin, los obstáculos con que pueda tropezar el usuario coparticipe de un aprovechamiento con una distribución anárquica o poco racional. Casos éstos en los que, como se dice antes, hay que modificar el sistema de riego, para que llegue al aprovechamiento el caudal que necesita.

Sin embargo, el párrafo 2.º del artículo 152 de la Ley de Aguas es tajante en cuanto a la determinación del caudal en los aprovechamientos que no lo tengan fijado. Y el mismo texto legal atribuye la competencia para la determinación al Ministro de Obras Públicas, pero limita dicho caudal al necesario para el objeto de aquellos aprovechamientos. Entendiendo por necesario el que las técnicas agronómicas, teniendo en cuenta las variantes de cada región y las modalidades de cultivo, señalen en cada caso concreto.

Por ello, no puede interpretarse, de ninguna forma, que los aprovechamientos adquiridos por prescripción dan derecho a unos caudales excesivos, ni siquiera alegando que aquéllos son los necesarios para mantener el estado tradicional de sus sistemas de riego.

La Ley es clara en este punto. La Administración, al determinar el caudal a que da derecho el aprovechamiento adquirido por prescripción, tiene que fijar, en el punto donde se toma el agua del cauce público, el caudal necesario para el objeto de aquel aprovechamiento, de tal forma que la cantidad de agua sea la precisa

y meramente necesaria para el uso a que se destina. «para la satisfacción estricta de la necesidad sentida» (27), como establece el artículo 152 de la Ley de Aguas, la Real Orden de 12 de marzo de 1902, artículo 4 y 5, y múltiples Sentencias concordantes (28), prescindiendo de las modalidades que pretenden abusivamente caudales excesivos.

Por otra parte, dando entrada a la doctrina del abuso del derecho, como en alguna ocasión ha aceptado ya nuestra jurisprudencia, al considerar la ponderación objetiva de las circunstancias y necesidades que realmente presentan los distintos aprovechamientos (29), las dificultades que pueden presentarse en la modulación del caudal desaparecen, pues se reduce el contenido del derecho, que corresponda a cada aprovechamiento, a los justos límites del ejercicio.

Esto es lo que, a nuestro entender, establecen los preceptos citados y corrobora el artículo 4.º de la Orden Ministerial de 6 de agosto de 1963, que «prohíbe, cualquiera que sea el régimen de los riegos y la antigüedad de los mismos, el desperdicio del agua y el abuso del derecho a su utilización».

4. LA JUSTIFICACIÓN DEL DERECHO ADQUIRIDO POR PRESCRIPCIÓN.

El procedimiento para la inscripción en el Registro especial de aprovechamientos de aguas públicas, admitido en el artículo 2.º de la Real Orden de 12 de marzo de 1902, dictada a raíz de la creación del citado Registro en 1901, es, a falta de otros documentos fehacientes, el de la información posesoria regulada en los artículos 392 y siguientes de la Ley Hipotecaria de 16 de diciembre de 1909. Este procedimiento de la información posesoria, judicial, era muy similar al que se desarrolla en la tramitación del Acta de Notoriedad, recogida en el artículo 70 del Reglamento Hipotecario vigente.

La reforma hipotecaria de 1944 hizo desaparecer el expediente posesorio, por no ser objeto de inmatriculación registral la pose-

(27) GAY DE MONTELLÁ Y MASSÓ ESCOFET, *Tratado de la Legislación de Aguas públicas y privadas*. T. I., págs. 348-9, Barcelona, 1956.

(28) SS. de 30 mayo 1931; 30 septiembre 1931; 5 julio 1946; 26 marzo 1954; 10 abril 1958; 3 mayo 1958; entre otras, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo.

(29) MARTÍN RETORTILLO, S., *cita ant* núm. 21. pág. 220.

sión, e instaura, en el Reglamento de 14 de febrero de 1947 un procedimiento notarial de inmatriculación, el Acta de Notoriedad regulada en el artículo 70, para la inscripción de los aprovechamientos de aguas públicas adquiridos por usucapión.

Este es hoy el procedimiento más usual, ya que no es corriente, aunque puede darse, la justificación por documentos fehacientes.

4.1. La justificación del derecho mediante el Acta de Notoriedad presenta dificultades de interpretación en la técnica jurídica de la inscripción administrativa.

Hay que tener en cuenta que a la inscripción definitiva en el Registro de aprovechamientos de aguas públicas pueden concurrir, coincidentemente, concesiones y títulos de derecho civil que entrañen inscripciones primeras, o concesiones y Actas de Notoriedad.

Puede ocurrir que los titulares de aprovechamientos adquiridos por prescripción acudan a la Administración para su reconocimiento y encuentren concesiones incompatibles, en trámite o en ejercicio.

Hay que pronunciarse por la preferencia de uno u otra y surge, en consecuencia, el problema del punto de partida de la eficacia del título de prescripción.

La fijación del término desde el cual haya de computarse el plazo correspondiente presenta tres posibles soluciones: desde que se inició la situación posesoria, desde que ésta consolidó el derecho al aprovechamiento, o desde que este derecho recibió el oportuno refrendo formal mediante la inscripción correspondiente (30).

Hay que presumir que el plazo de la prescripción se ha cumplido ya al hacer el requerimiento notarial para la iniciación del Acta; pero el derecho no se encuentra acreditado hasta la terminación del expediente del Acta declarando la notoriedad pretendida. Y este requisito es esencial para que la Administración pueda llevar a cabo el reconocimiento del derecho.

Por otra parte, el requisito de la inscripción previa (anotación preventiva) en el Registro de la Propiedad es esencial, ya que los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmue-

(30) MARTÍN RETORTILLO, S., *cita ant* núm. 21, pág. 218, señala la segunda de las soluciones como la que más aceptable parece en nuestro sistema positivo.

bles, si no están debidamente inscritos no perjudican a tercero (conforme al artículo 32 de la Ley Hipotecaria y resolución de la Dirección General de los Registros de 20 de mayo de 1944) y, en este caso, puede tenerse por tercero a la Administración o al interesado en la concesión incompatible.

Es decir, que la eficacia de la declaración de notoriedad comienza sus efectos contra terceros una vez inscrita en el Registro de la Propiedad.

Ahora bien, puede suceder, como se decía antes, que la petición del reconocimiento a la Administración coincida con otra concesión solicitada, en trámite, o, simplemente con otra concesión anteriormente otorgada. Entonces, el reconocimiento favorable del derecho adquirido por prescripción perjudica los derechos de la concesión anterior, o imposibilita la consecución de la concesión en trámite.

En este último supuesto procedería que el interesado en la inscripción del aprovechamiento adquirido por prescripción abonara los gastos realizados por el peticionario de la concesión, previa tasación pericial. Ya que se puede dar el caso de que, por desidia, aprovechamientos abusivos, adquiridos desde tiempo inmemorial, que no estén inscritos, se acrediten en el curso de una concesión en trámite, valiéndose de la tramitación más breve del expediente del Acta de notoriedad.

En cuanto a la incompatibilidad resultante entre la concesión otorgada y la prescripción reconocida, no es fácil que el uso cautelar de la cláusula «sin perjuicio de tercero» en el título de concesión, resuelva la cuestión. Más bien parece que lo dispuesto en los artículos 150 de la Ley de Aguas y 410 del Código civil se refiere a la imposibilidad de que concesiones nuevas lesionen derechos reconocidos a tercero o derechos privados de cualquier clase, extraños al ámbito demanial del aprovechamiento. Lo contrario sería una declaración en blanco al reconocimiento de derechos desconocidos o de titularidad no probada.

Habría que estar a la preferencia que corresponda al título por prescripción, según la anotación en el Registro de la Propiedad, y desde luego que la Administración haya inscrito el aprovechamiento en el Registro de Aguas Públicas, pues así se entiende en las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala Contencioso-Administra-

tivo) de 21 de febrero de 1927, 15 de diciembre de 1955 y dictamen del Consejo de Estado núm. 27.990, de 18 de octubre de 1961.

En cualquier caso, la aplicación del principio hipotecario de la prioridad en el Registro de aprovechamientos de aguas públicas, la implantación en éste de un procedimiento análogo a la anotación preventiva regulada en el Reglamento Hipotecario vigente, la posibilidad de que aquella anotación en el Registro de la Propiedad surta también iguales efectos de publicidad y de garantía en el Registro administrativo, en el que conste, o, finalmente, el otorgamiento de funciones constitutivas al Registro de aprovechamientos, son puntos de interés que podría recoger la legislación futura.

4.2. La modificación apuntada debería alcanzar también a la duplicidad de trámites que se produce en el curso de la tramitación de la inscripción, que ya fueron observados en la tramitación del expediente del Acta de notoriedad. Concretamente, se reproduce la información pública del requerimiento notarial y la información pública del expediente administrativo (art. 3.º del Real Decreto-Ley de 7 de enero de 1927). Podrían simplificarse, dando a la primera validez administrativa, pues, esta segunda información no tiene otra misión que garantizar el conocimiento y la oposición de otras inscripciones anteriores.

Del mismo modo debería completarse el procedimiento a seguir de acuerdo con la regla 3.ª del artículo 70 del Reglamento Hipotecario, con los datos de la superficie regable. Pues el aprovechamiento declarado notorio, es de esta forma inconcreto, al no fijarse el límite, el objeto definido que beneficia las aguas. No es suficiente la fijación del volumen del agua aprovechable—regla 3.ª del artículo 70 del Reglamento Hipotecario—pues este dato no tiene validez alguna ante la Administración (art. 152, Ley de Aguas y 4.º de la Real Orden de 13 de marzo de 1902).

Esta omisión fuerza, en muchos casos, a la Administración, a fijar el alcance de un derecho, que, por su procedencia, tiene que venir limitado y definido.

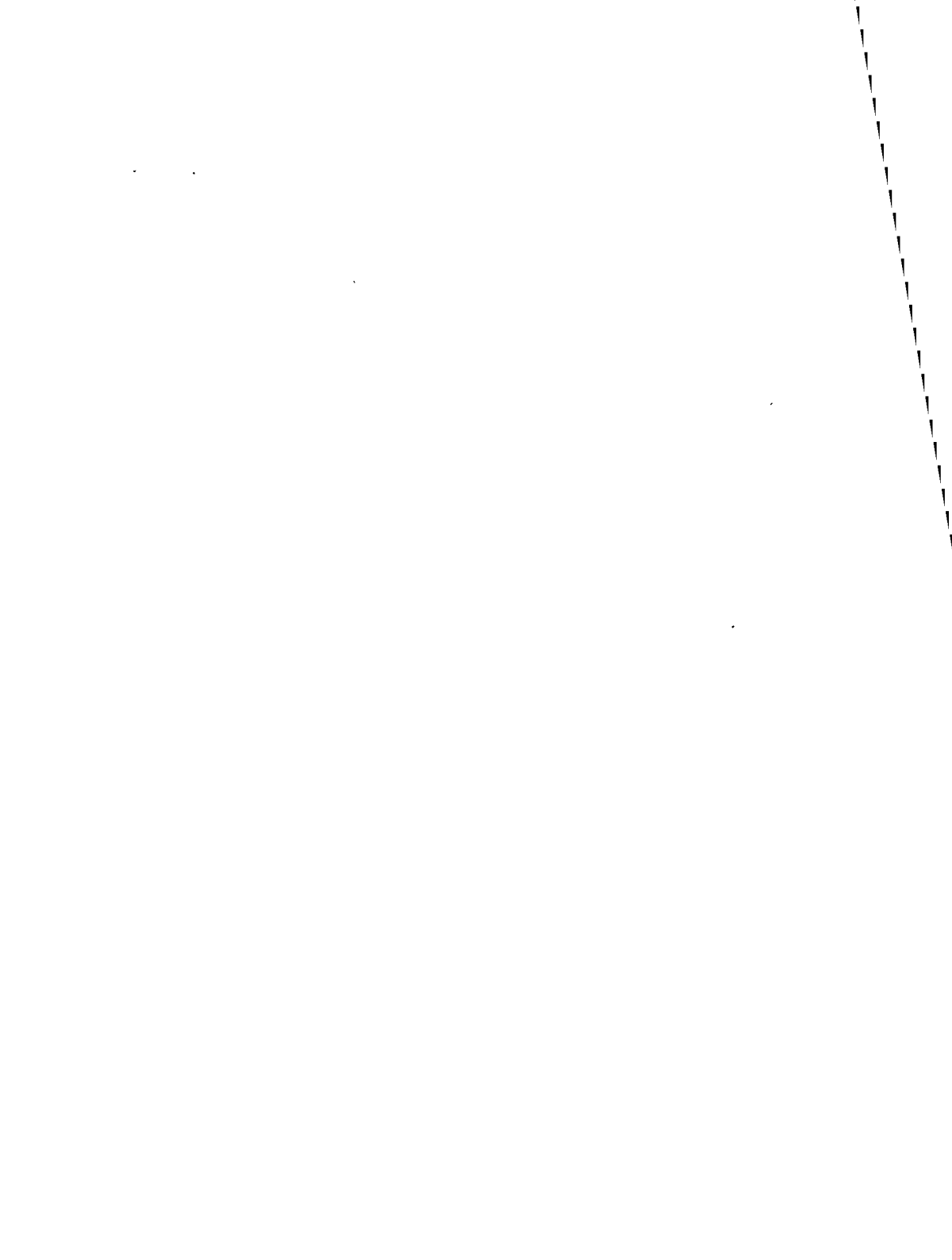
Estos inconvenientes podrían desaparecer si, en el momento de la inspección ocular realizada por el Notario, se dispusiera el levantamiento del plano de la superficie regable, por el técnico competente, o si, citada la Administración como parte interesada—en

concepto de tercero—, se llevara a cabo la confrontación del aprovechamiento sobre el terreno, la cual, reflejada en el Acta de notoriedad, haría más completa la declaración del derecho, e innecesaria la confrontación que, posteriormente, se realiza, por los trámites establecidos en el Real Decreto-Ley de 7 de enero de 1927.

DIEGO MORENO HERRERA.

Abogado

NOTAS



La subrogación real en la Concentración Parcelaria

SUMARIO: I. La subrogación real.—II. ¿Es renunciable el derecho del artículo 65 de la Ley de Concentración Parcelaria?: A) Subrogación de dominio. B) Subrogación de derechos reales limitativos.—III. El artículo 2, C) de la L. C. P.: A) Enunciado. B) Realización práctica de la finalidad legal. C) Negativa del propietario interesado. D) Origen del precio. E) Problemas que plantea el derecho real de hipoteca.—IV. Permutas de fincas de reemplazo: A) Autorización legal y concepto de «interesados». B) Posibilidad de eludir la subrogación real.—V. Las compensaciones a metálico en las concentraciones de carácter privado: A) Disposición legal. B) La subrogación real en este supuesto.—VI. Otros problemas que presenta la subrogación real en la concentración parcelaria: A) El derecho de usufructo y la expropiación de la finca. B) La excepción legal con respecto a las servidumbres. C) Algunos casos previstos en los Derechos francés y español. D) Naturaleza heterogénea de las fincas de reemplazo. E) Sobre el usufructo de disposición. F) La cuestión de los arrendamientos.

I. LA SUBROGACIÓN REAL.

Unas ideas previas acerca de este instituto jurídico nos ayudará a centrar nuestro estudio.

La doctrina científica, así española como extranjera, se ha ocupado y lo sigue haciendo del análisis de esta figura (1). Sobre la

(1) CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, t. I, vol. II, páginas 75-79; BONECASSE, *Elementos de Derecho civil*, III, pág. 11, Méjico, 1946; LACRUZ-ALBALADEJO, *Derecho de familia*, págs. 406-413; ROCA SASTRE, *Subrogación de derechos reales de garantía*, en su «Derecho Hipotecario», IV, páginas 246 y sigs.; MOLINA RAVELLO, *Subrogación real en la reserva lineal*, «Revista General de Derecho», Valencia, 1945, pág. 258; PLANIOL y RIPERT, *Traité pratique*, vol. III, págs. 32 y sigs.; PLANIOL, *Traité élémentaire de Droit civil*, volumen III, pág. 68; DEMOGUE, *Essai d'une théorie générale sur la subroga-*

base de tales trabajos será preciso fundamentar cualquiera nueva aportación a su estudio, bien sea tomando la figura en su contenido general, bien sea—y ese es nuestro caso—observándola en su aplicación concreta a un supuesto nuevo.

El derecho positivo en esta ocasión—como en tantas otras—no da una formulación general de la institución, ni precisa sus requisitos. Sin embargo, la toma en consideración para aplicarla, cuando lo estima procedente, a determinados y concretos supuestos. Normalmente, sin ni siquiera dar el nombre de subrogación al fenómeno que se está produciendo (2).

La subrogación real supone una modificación objetiva del derecho, de la que se derivan importantes consecuencias. Sigamos a ROCA SASTRE cuando dice que «es aquella figura en virtud de la cual la situación jurídica que en cierto respecto califica o afecta a una cosa determinada pasa a calificar o afectar en igual sentido a la otra cosa que haya reemplazado o sustituido a aquélla cuando la misma ha sido objeto de una enajenación o pérdida» (3).

Efectivamente, la sustitución de un bien por otro supone que la calificación jurídica que al primero se le atribuía se siga atribuyendo al segundo; como consecuencia, todos los derechos, cargas y gravámenes que recaían o pesaban sobre aquél, pasarán inalterados a éste. Ocupando el bien subrogado el mismo lugar que su predecesor, parece indudable que el mismo destino jurídico y económico de éste será el que en lo sucesivo tendrá el primero.

Según el profesor LACRUZ BERDEJO «el fundamento de la subrogación real se encuentra en el principio de la fungibilidad del valor de las cosas, que la ley aplica para salvaguardar los derechos de los terceros» (4).

Al objeto de determinar cómo y cuándo se opera la subrogación real de un bien por otro, distingue ROCA entre patrimonio general, patrimonios especiales y bienes concretos. En la primera clase de

tion réelle, «Revue Critique de Législation et de Jurisprudence», 1901, página 236; LAURIOL, *La subrogation réelle*, París, 1954.

Hemos seguido muy especialmente la doctrina expuesta sobre el particular por ROCA SASTRE en su trabajo *La subrogación real*, publicado en la «Revista de Derecho Privado», 1949, págs. 281 y sigs.

(2) Vid. MEZQUITA DEL CACHO: *Principales aplicaciones de la subrogación real en nuestro Derecho*, «R. D. E. M.», año IV, núm. 17, enero-marzo 1959.

(3) *La subrogación real*, «R. D. P.», 1949, pág. 281.

(4) *Derecho de Familia*, pág. 406.

patrimonios (del que son ejemplos el parafernial y el privativo del marido) la subrogación real actúa siempre, por la lógica institucional del supuesto. Lo mismo cabe decir de los llamados patrimonios especiales dentro de los cuales puede distinguirse entre un patrimonio de fin (ganancial, dotal) (5) y un patrimonio de restitución (ciertos supuestos del derecho de sucesiones) (6).

Otra cosa muy distinta ocurre con los bienes concretos respecto de los cuales la subrogación real sólo tiene lugar en los casos previstos por la Ley y cuando medie disposición o convenio de los interesados, tanto «a priori» como «a posteriori» (7).

Por nuestra parte, al hablar de subrogación real (muy especialmente de la producida en la concentración parcelaria) creemos hay que entenderla en un doble aspecto:

1. De una parte, el hecho de que la cosa reemplazante de la subrogada se sustituya en la situación jurídica de ésta: como bien dotal, parafernial, etc. Se trata de una subrogación real de dominio (que podemos calificar de subrogación real general).

2. De otra, el que los gravámenes existentes sobre la primitiva cosa pasen a gravar la de reemplazo o subrogada (subrogación especial).

Resulta en cierto modo interesante esta distinción con vistas al problema de la renuncia a la subrogación real en la concentración parcelaria, de cuyo estudio pasamos a ocuparnos seguidamente.

(5) En tanto ROCA SASTRE comprende a la dote entre los patrimonios de fin, el profesor LACRUZ la entiende como un patrimonio de restitución (vid. op. cit. en la nota 3, pág. 395).

A nuestro modesto entender la dote participa de ambas condiciones: es un patrimonio de fin por estar destinado «ad sustinenda onera matrimonii», y es de restitución en cuanto que éste es el fin último de la misma.

(6) Para PLANIOL no es preciso que los bienes sometidos a una afectación especial (el llamado por ROCA «patrimonio de fin») constituya una universalidad. Igualmente se puede tratar de un bien aislado donado o legado con una afectación precisa (*Traité pratique*, pág. 35).

(7) ROCA SASTRE, op. cit., págs. 286-288.

Es ésta que realiza ROCA una distinción tomada de PLANIOL para quien «la subrogación réelle doit être normalement admise toutes les fois qu'il s'agit de conserver à sa destination la valeur d'un bien soumis à une affectation spéciale, et toutes les fois qu'il s'agit d'assurer la restitution d'une masse de biens» (*Traité pratique*, vol. III, pág. 33).

II. ¿ES RENUNCIABLE EL DERECHO DEL ARTÍCULO 65 DE LA LEY DE CONCENTRACIÓN PARCELARIA?

A) Dice el citado precepto 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 remplazo del modo y con las circunstancias que establece la presente Ley». Y añade en su segundo párrafo que «no obstante, las servidumbres prediales se extinguirán, serán conservadas, modificadas o creadas de acuerdo con las exigencias de la nueva ordenación de la propiedad».

A la vista de este artículo se nos presenta la duda de si el criterio que contiene responde a una norma puramente dispositiva que pueda ser aceptada o no por los interesados según su libre voluntad, o, por el contrario, se trata de un precepto éste de «ius cogens» que no admite alteración alguna por la simple determinación de la voluntad privada. En definitiva, se trata de dilucidar acerca de la posible renunciabilidad del contenido del precepto transcrito.

Para dar una solución a este problema creo conveniente distinguir entre los dos tipos de subrogación más arriba aludidos: la del dominio y la de los derechos reales limitativos.

Desde luego, una simple interpretación literal del precepto no nos saca de dudas, pues el término «pasarán» que el mismo emplea no debe entenderse en un sentido imperativo, sino que más bien se trata de una expresión de futuro.

Por ello, la naturaleza de la norma en cuestión—como «ius dispositivum» o «ius cogens»—y la consiguiente posibilidad de renunciar o no a los derechos que de la misma se derivan, habrá que averiguarla al margen, no sólo del artículo 65, sino, incluso, de la propia Ley de Concentración Parcelaria, que nada nos resuelve sobre el particular.

No obstante lo dicho, y aun siendo perfectamente renunciable el derecho de dominio (art. 4.º del Código civil), no parece que la subrogación del mismo pueda ser excluida por la sola voluntad de su titular. Así lo entiende el profesor LACRUZ al decir que «la subrogación automática es, probablemente, irrenunciable» (8). Y «auto-

(8) *Derecho de Familia*, pág. 409.

mática» es—según el citado autor—la subrogación que se origina «en cualquier negocio que produzca un desplazamiento de bienes privativos a cambio de otro bien individualizado» (9).

También es cierto, sin embargo, que el supuesto sobre el cual el citado autor estudia la subrogación (bienes privativos y comunes en la sociedad de gananciales) nada tiene que ver con el problema que afrontamos. De ahí que el fundamento de la irrenunciabilidad de la subrogación automática no pueda ser el mismo, y aun, incluso, se pueda poner en tela de juicio esa irrenunciabilidad.

En todo caso, si admitiéramos la renuncia a la subrogación general, ello supondría que el propietario de las fincas de procedencia en ningún momento había tenido el dominio de las de reemplazo. Al emitir su renuncia, había declarado indirectamente su voluntad de abandonar la titularidad dominical sobre las únicas fincas que en todo momento habían sido suyas—las de procedencia—. De este modo, la subrogación se operaría, pero a favor del Estado, pues las fincas abandonadas devendrían *ipso iure*, propiedad estatal (artículo 21, Ley de Patrimonio del Estado). Este y no otro es el sentido de la renuncia a la subrogación de dominio, pues resulta absolutamente insostenible el criterio de que, renunciando a la subrogación real general, se pueda conseguir con ello evitar ésta, ya que esto supondría ir en contra de la finalidad esencial de la concentración parcelaria.

Como puede advertirse, los efectos para el renunciante son idénticos, ya se entienda que puede o que no puede desechar la subrogación. Pues aunque no pudiera, la renuncia que luego hiciera a la titularidad de la finca de reemplazo le situaría en la misma posición. Claro que puede haber interés en que sea el particular y no el Estado quien aparezca como sujeto de la concentración en el mismo momento de producirse la subrogación real (10).

B) Otra cosa sucede con la llamada subrogación especial o de derechos reales limitativos del dominio. Se trata de la subro-

(9) Op. cit., pág. 408.

(10) No ha de olvidarse que cuando dichas fincas pertenezcan a la sociedad de gananciales, el marido precisará del consentimiento de su mujer para abandonarlas. Y si el marido no cuenta con el consentimiento expreso de su cónyuge, la finca nunca podrá considerarse como propiedad del Estado, sino que seguirá perteneciendo a la sociedad ganacial.

gación de los gravámenes existentes sobre la primitiva finca, que pasan a gravar—inalterados—a la de reemplazo.

En principio, nada se opone a la renuncia de tales derechos, siempre que no sea contrario a la moral, el orden público o vaya en perjuicio de terceros (art. 4.º del C. c.). En especial, el Código admite la renuncia como medio de extinción de ciertos derechos reales: usufructo (art. 513) y uso (art. 529 en relación con el 513) (11).

De los demás que nuestro Derecho admite, la hipoteca presenta algún problema, ya que su renuncia exige la cancelación del asiento correspondiente; no basta con el mero hecho de la renuncia, pues ésta no se admite respecto de los asientos de inscripción, ya que ello sería contrario al principio de orden público, que exige una perfecta coordinación entre el Registro y la realidad jurídica.

Con respecto al retracto de colindantes (derecho real, según el sentir común de la doctrina, de acuerdo con el art. 37 de la Ley Hipotecaria), aquí ya no cabe hablar de renuncia a la subrogación, pues realmente lo que sucede es que no hay tal subrogación real respecto de este derecho, ya que la Ley lo declara extinguido por el solo hecho de quedar incluida en la concentración parcelaria la finca sobre la que pudiera ejercitarse. El artículo 62 L. C. P. así lo declara terminantemente: «La inclusión de una parcela en la concentración parcelaria da lugar, mientras dure el procedimiento

(11) Se plantea el problema de si, perteneciendo esos derechos reales restringidos a la masa de la sociedad de gananciales, puede el marido, sin consentimiento de su mujer, renunciar a la subrogación de tales gravámenes o a estos mismos una vez se haya efectuado aquélla. El art. 1.413, p. 1.º Código civil no habla sino de «inmuebles o establecimientos mercantiles».

Podrá pensarse que en aquel primer concepto pueden incluirse los derechos reales; sin embargo, parece más lógico pensar, como dice el profesor LACRUZ (*Derecho de Familia*, pág. 536), que el legislador, al hablar de «inmuebles», ha querido referirse a una significación vulgar de éstos.

Por ello, y en principio, el marido podrá libremente renunciar a esos derechos reales, sin contar para nada con la mujer. Sin embargo, no podría quedar ésta desamparada ante semejantes actos de su marido que podrían significar un grave perjuicio para el patrimonio ganancial y, por tanto, para el suyo propio. Por ello, puede acudirse al párrafo 3.º del propio art. 1.413 e impugnar, a su amparo, los actos del marido como fraudulentos, lo que seguramente serán en todo caso de renuncia. Pero aún más: la mujer, amparada en el párrafo 2.º del art. 1.413, y considerando como actos arriesgados los de su marido, podrá solicitar del Juez competente que adopte las medidas precisas para evitar todo perjuicio.

Normalmente, todo ello desembocará en una indemnización de daños y perjuicios a cargo del marido renunciante.

correspondiente, a la extinción del retracto de colindante, del derecho de permuta forzosa y demás de adquisición que se otorguen por las Leyes para evitar los enclavados o la dispersión parcelaria, salvo que la demanda se hubiere interpuesto antes de la inclusión.»

La permuta forzosa a que alude este precepto es la regulada por la Ley de 11 de mayo de 1959 (12).

Pero en todo caso, lo que resulta absolutamente necesario es que la renuncia la realice el mismo titular del derecho renunciado. Resulta absurdo pensar en dicha renuncia como una prerrogativa del dueño de la finca gravada. Distinto será que entre éste y el titular del gravamen medie un acuerdo por el cual este último se comprometa a renunciar a la subrogación. Admitida la posibilidad de tal renuncia, no podrá tacharse de inmorale semejante convenio. Tampoco de ilegal, pues parece lo más lógico admitir el carácter facultativo de la norma del artículo 65 de la Ley de Concentración Parcelaria referente a los derechos reales restringidos.

III. EL ARTÍCULO 2, C), DE LA LEY DE CONCENTRACIÓN PARCELARIA.

A) En relación con una de las finalidades perseguidas por el legislador en la concentración parcelaria se presentan una serie de problemas de tipo subrogatorio que se ha creído conveniente tratar aquí.

Determina el artículo 2, C), de la Ley de Concentración Parcelaria como una de aquellas finalidades el «aumentar la extensión de las pequeñas parcelas cuya explotación resulte antieconómica».

B) La primera cuestión que nos surge al camino es la de determinar cómo se verifica en la práctica el citado aumento de las fincas. Es decir, si se trata de una donación hecha por la Administración al propietario rústico o más bien de un contrato oneroso y especialmente de una venta. La solución nos la brinda la propia Ley de Concentración Parcelaria en sus artículos 36, 38 y 81. El primero de ellos alude a una fase previa a dicho aumento:

(12) Vid. nuestro trabajo *Contribución al estudio de la Ley de Permutas Forzosas*, en «Revista de Derecho Agrario», de Zaragoza, núm. 1, 1964.

se refiere al medio por el cual el Servicio Nacional de Concentración Parcelaria adquiere porciones de terrenos que después destinará a los distintos fines de la concentración; ese medio es doble: de un lado, la expropiación forzosa; de otro, la compra voluntaria a quien esté dispuesto a vender.

A tenor del artículo 38, esas tierras adquiridas por el S. N. C. P. «se destinarán a resolver problemas sociales (entre los cuales se cuenta el aumento de extensión de las pequeñas parcelas), adjudicándolas en propiedad, conforme a las reglas previamente anunciadas por el Servicio de Concentración Parcelaria, oída la Obra Sindical 'Colonización', siempre que los beneficiarios a quienes se destine ofrezcan pagar su importe en el plazo máximo de veinte años al interés del 4 por 100 y con la garantía de las propias fincas, cuidando el Servicio de Concentración Parcelaria de que a tal efecto se consignen en los títulos y en el Registro de la Propiedad las cláusulas pertinentes».

Por fin, el artículo 81 determina que el Banco de Crédito Agrícola concederá préstamos a los participantes en la concentración para aumentar la extensión de las parcelas cuya superficie no alcance la unidad mínima de cultivo.

Con lo dicho queda perfectamente claro que la forma como se lleva a cabo el aumento de extensión en las fincas es la de una compraventa con precio aplazado.

C) Ya un primer problema surge en el supuesto de que el propietario de la pequeña finca de procedencia se niegue a comprar la porción añadida por el S. N. C. P., en cumplimiento de la finalidad del artículo 2, C), L. C. P.

No parece que la Administración pueda obligar al pequeño propietario a la compra del aumento de su finca. Al menos, no hay ningún precepto en la Ley de Concentración Parcelaria regulador de semejante obligación. Es más, del propio artículo 38 transcrito se deduce la voluntariedad de esta adquisición, al decir que esas parcelas adquiridas por el S. N. C. P. se adjudicarán en propiedad (hay que entender «se venderán»), *siempre* que los beneficiarios ofrezcan pagar el precio; luego, si éstos no desean la venta, ésta no podrá llevarse a cabo.

Pero, ¿y si la finca de procedencia no rebasa la unidad mí-

nima de cultivo? Parece entonces que, en principio, se va en contra de los mismos propósitos y deseos de la Ley de Concentración Parcelaria. Aunque quizá pueda pensarse que lo establecido por la Ley, en relación con las U. M. C., lo hace con miras a una futura división de la tierra, la cual prohíbe hasta ciertos límites; pero no en relación con unas fincas que ya antes de la concentración son de extensión superficial inferior a la U. M. C., determinada en el caso concreto.

D) Pero aceptado el aumento por el propietario, puede ocurrir que el dinero con el cual pague la nueva porción incorporada no sea privativo suyo. Entonces se presenta el problema de determinar a quién pertenece ese nuevo trozo de terreno.

Para resolver la cuestión será preciso distinguir las distintas situaciones en las cuales puede encontrarse la finca principal, y dentro de cada una de ellas, las diferentes procedencias del dinero.

1. La finca es de propiedad individual, de quien adquiere la porción agregada:

a) Si el dinero es propio no hay problema: la nueva finca será de su exclusivo dominio.

b) Lo mismo cabe decir cuando el dinero proceda de un préstamo hecho por un extraño (que puede ser el Banco de Crédito Agrícola, a tenor del artículo 81 L. C. P.) o incluso por el otro cónyuge, cuando proceda en este caso de sus bienes privativos, ya exista régimen de separación, ya de comunidad.

c) Si el metálico procede de la masa consorcial, en caso de existir sociedad de gananciales, la nueva finca pasará a ser de propiedad del consorcio, pues no le es dado al marido, salvo en casos muy contados, tomar bienes gananciales para destinarlos a usos propios (13).

(13) Es la conclusión a la que llega el profesor LACRUZ en su estudio del p. 1.º del art. 1404 Código civil. Este precepto ha de entenderse dictado para un caso particular, e insusceptible de extensión analógica; de otra suerte, la deducción del caudal ganancial para usos propios del marido, perjudicaría injustamente a la mujer, quien vería los bienes gananciales sustituidos por créditos, evidentemente mucho menos tangibles.

Y «no cabe alegar que ese dinero se toma prestado, cosa que, no podría hacer el marido administrador, contratando consigo mismo, ni aún acaso con el consentimiento del otro cónyuge podría suceder esto, pues tal asentimiento

1. La finca se halla disfrutada en copropiedad.

Aquí cabe hacer las mismas consideraciones del apartado anterior.

Hay que tener presente, no obstante, que la adquisición de la nueva porción de terreno, siendo un acto de disposición (y no de mera administración) requerirá el consenso unánime de todos los comuneros. La oposición por parte de alguno de éstos equivaldrá a la negativa del propietario único e impedirá la adquisición del citado terreno.

2. La finca pertenece a la masa común de la sociedad de gananciales.

Será el marido, en virtud de sus facultades de administrador, y sin precisar el consentimiento de su mujer, quien realizará el contrato de compraventa en cuestión.

El pago habrá de hacerse con dinero ganancial. Pero probablemente, aunque el marido haya efectuado aquél de sus propios bienes, la nueva porción no deberá entenderse privativa del marido, pues la agregación se hace en consideración a la finca principal, que es ganancial; además, si el marido ha podido hacer esa nueva adquisición, ha sido precisamente en su calidad de administrador de la comunidad. El pago de la nueva finca con bienes privativos para adjudicársela el marido como propia, podría ser considerado como un fraude a la sociedad conyugal y, por tanto, a su mujer. De esta forma, si el marido paga con dinero propio, sólo gozará de un derecho de crédito contra la masa consorcial para resarcirse de lo desembolsado.

infringiría la prohibición de donaciones entre cónyuges que, sin duda se extiende igualmente al préstamo a título gratuito» (LACRUZ, op. cit., pág. 402).

ROCA SASTRE tampoco admite, en general, el préstamo dinerario de bienes gananciales en favor de uno de los cónyuges. Sin embargo, formula algunas excepciones de mucha mayor amplitud que la formulada por LACRUZ. Tales excepciones son:

1.^a El art. 1.404, p. 1.^o Código civil.

2.^a Anticipo para pago de deudas del marido o de la mujer efectuado con dinero o bienes gananciales.

3.^a Préstamos con bienes gananciales en provecho de bienes preexistentes adquiridos como privativos por cualquiera de los cónyuges (*derecho de retracto privativo, redención de censo enfiteístico, compra de porciones indivisivas de una cosa en la que el cónyuge comprador tuviera una participación como bien propio*).

E) Visto, pues, que la agregación mencionada en el artículo 2 c) L. C. P. se realiza por medio de una venta, se plantea ahora un problema en relación con el artículo 110 de la Ley Hipotecaria, a cuyo tenor la hipoteca no se extenderá sobre las agregaciones de terreno, *excepto por accesión natural*.

Y no obstante este precepto, hemos de entender que la hipoteca se extenderá también sobre la nueva porción agregada a la finca de reemplazo, ya que adoptar un criterio opuesto discriminatorio supondría, la mayor parte de las veces, atentar contra el principio de indivisibilidad de la finca producto de la concentración parcelaria. Un atentado, por supuesto, de carácter potencial, que se pondría efectivamente de manifiesto en el caso de falta de pago del crédito garantizado con la hipoteca y el consiguiente ejercicio de la acción hipotecaria.

Por ello, parece que la solución a adoptar es la ampliación del derecho de garantía a toda la nueva finca, incluida la porción agregada. Ello no supondrá ningún perjuicio a su propietario, ya que, ejecutada la hipoteca, y vendida la finca, el remanente del precio obtenido, después de cubierto el crédito, intereses y costas, quedará en poder del citado propietario.

Esta solución es la que nos sugiere el artículo 30 de la vigente Ley de Concentración Parcelaria, a pesar de que del propio artículo, en su primera proposición, parece desprenderse una solución distinta.

En efecto, el mencionado precepto, al regular el procedimiento a seguir para verificar la subrogación de los derechos reales limitativos, de la finca de procedencia a la de reemplazo, establece en su párrafo 1.º, inciso 1.º, que «con respecto a las cargas y situaciones jurídicas que hubiesen sido ya acreditadas en el procedimiento de concentración, se requerirá, al anunciar la encuesta del Proyecto de concentración, a los correspondientes titulares, con excepción de los de servidumbres prediales, 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 las que tales derechos o situaciones jurídicas han de quedar establecidos en el futuro, apercibiéndoseles de que, si no se acredita su conformidad dentro de los plazos señalados, la

traslación se verificará de oficio por el Servicio de Concentración Parcelaria».

Según esto, además de lo dispuesto por el antes mencionado artículo 110 L. H., la hipoteca gravitante sobre la finca de procedencia no habrá de imponerse sobre la porción agregada por compra realizada al S. N. C. P., sino sobre aquella porción del lote de reemplazo, equivalente al de procedencia.

Procedimiento éste, sin embargo, que quedará sin efecto en el presente caso, a virtud del inciso final del mismo párrafo 1.º del mencionado precepto legal, según el cual, «los acuerdos de los interesados sólo se respetarán cuando la posible ejecución de los derechos trasladados no afecte a la indivisibilidad de la unidad mínima». Unidad mínima la que se atacaría si adoptáramos la solución primera que nos brinda el precepto en estudio, y que expresamente hemos rechazado, por cuanto la parcela agregada por medio de la compra antes citada estará normalmente comprendida dentro de aquella U. M. C. Caso de que no lo esté, podrá acudir, desde luego, al procedimiento establecido por la Ley.

No nos parece aceptable, sin embargo, la posición que ante el criterio de nuestro legislador adopta MASSART. Según el citado autor, el respeto a la indivisibilidad de la U. M. C. «appare come un temperamento all'incondizionata e generale attuazione del "report". Il legislatore spagnolo sembra essersi reso conto che il "report" delle ipoteche deve poter avvenire dopo una idagina condotta caso por caso sopra tutti gli elementi del rapporto di garanzia; e dell'opportunità che, quando fosse individuata la componente degli interessi di tutte le parti, non debba essere esclusa la facoltà del debitore di estinguere l'ipoteca» (14). Estamos de acuerdo con el

(14) ALFREDO MASSART: *Il trasferimento delle situazioni giuridiche nel "remembrement rural" in particolare dei diritti reali limitati*, Annuario Comparato e del Studi legislativo, vol. XLI, fasc. I, Roma, 1967.

Por cierto, que el citado autor realiza el comentario transcrito sobre la base del art. 41 de la Orden Ministerial conjunta de los Ministerios de Agricultura y Justicia, de fecha 22 de noviembre de 1954, que considera subsistente al amparo de la disposición final segunda de las de la Ley de Concentración Parcelaria vigente.

No ha advertido el profesor MASSART que la citada disposición ministerial ha sido modificada, en materia de subrogación real, por el art. 30 de la citada L. C. P. En efecto, la mencionada disposición final 2.ª dice que «se faculta a los Ministerios de Agricultura y Justicia para dictar y proponer conjuntamente las normas complementarias que requiera el cumplimiento y efectividad de la Legislación de Concentración Parcelaria, observándose entre tanto

profesor italiano en que la subrogación real ha de realizarse tomando en consideración todos los elementos que concurran en el caso concreto; y de ahí que el precepto legal a que venimos haciendo referencia en el presente epígrafe prevea el acuerdo de voluntades entre las partes interesadas en la subrogación; y para el caso de que tal acuerdo no exista, dispone que sea el Servicio Nacional de Concentración Parcelaria el que decida la forma de llevar a cabo el traslado de los derechos reales de una a otra de las fincas concentradas. Pero en lo que no convenimos con el citado autor es en el hecho de que el deudor pueda, «*motu proprio*», y sin contar para nada con el asentimiento del acreedor, extinguir la hipoteca que pesa sobre su finca, por lo que de perjuicio supondría para el titular del gravamen; perjuicio que por ningún concepto le impone la Ley, ya que «la hipoteca subsistirá íntegra mientras no se cancele», cancelación que sólo puede tener lugar, fuera de los casos de pago del importe de la deuda garantizada o de extinción de los bienes o derechos sobre que se imponga (aparte las demás causas de extinción de hipoteca que no afectan a este respecto), cancelación, decíamos, que sólo puede tener lugar por consentimiento expreso del acreedor hipotecario, renunciando éste a la garantía constituida a su favor. Es más, creo que las facultades que el artículo 30, párrafo 1.º, inciso 1.º L. C. P. concede a S. N. C. P. en defecto de acuerdo de los interesados, sólo pueden hacer refe-

las reglas contenidas en la Orden ministerial conjunta de 22 de noviembre de 1954, mientras no resulten modificadas por las que contienen el presente Texto Refundido. Modificación que se ha efectuado precisamente por el antes mencionado art. 30, L. C. P.

La diferencia entre uno y otro texto es manifiesta:

1.º La O. M. distingue entre los derechos reales de garantía y los derechos reales limitativos en general. En tanto que la L. C. P. establece su criterio sobre la base de identificar ambos.

2.º Las facultades de traslación son atribuidas por la Orden ministerial para caso de que no haya acuerdo entre los interesados en la subrogación real, a la Comisión Local de Concentración Parcelaria. El art. 30, L. C. P., las asigna al S. N. C. P. en general.

3. Al distinguir la disposición ministerial entre Derechos reales de garantía y otros Derechos reales establecía para aquéllos un procedimiento especial, en previsión del supuesto de que aquellos gravámenes recayeran sobre una sola finca de procedencia, siendo el dueño de ésta, titular de otras varias de la misma calidad jurídica a efectos concentratorios, y a cambio de ellas percibiera dicho propietario una sola de procedencia. Dicho expediente consistía en que los interesados solicitaran de la Comisión Local que, al redactar el acta de concentración, segregara la porción física sobre la que había de recaer el derecho de garantía, a fin de inscribirla como finca independiente, estableciendo sobre ella el gravamen de que se tratara.

rencia a la manera de efectuar la subrogación, pero en absoluto a la posibilidad de decretar administrativamente una extinción de la hipoteca, aunque ello se realizara con la correspondiente indemnización al titular de la misma (15).

Y lo dicho de la hipoteca cabe igualmente extenderlo a todos los demás derechos reales restringidos sometidos a subrogación. Y en relación con éstos, casi resulta innecesario aclarar que, como lo normal en la concentración parcelaria (es de su propia esencia) es que los propietarios lo sean de varias fincas, a cambio de las cuales se les entregará una sola (concentrada) o unas pocas, los derechos existentes sobre esas fincas de procedencia, pasarán a gravar a la de reemplazo en proporción a la extensión y calidad de la parte gravada en aquélla.

IV. PERMUTAS DE FINCAS DE REEMPLAZO.

A) La L. C. P. autoriza en su artículo 33 la permuta de fincas de reemplazo siempre que se realice antes de ser firme el acuerdo de concentración y no haya perjuicio para ésta a juicio del S. N. C. P.

SANZ JARQUE puntualiza al respecto que la propuesta de permuta se ha de hacer al Servicio Nacional de Concentración Parcelaria, y que lo dicho por la Ley con respecto al momento de hacer tal proposición ha de entenderse en el sentido de ser «antes de auto-

(15) No deja de plantear dudas, desde un punto de vista puramente dogmático, que se haya atribuido a un órgano administrativo, cual es el S.N.C.P., facultades para modificar derechos, pues no otra cosa se produce con la subrogación real. Nos parece que hubiera sido más acertado asignar tales prerrogativas a la competente autoridad judicial, a la que podría acudir cualquiera de los interesados en caso de falta de avenencia.

Y abona este criterio el hecho de que exigiendo la Ley que sea el citado Servicio quien resuelva, se cierra a los particulares la vía judicial, y ya no sólo la vía ordinaria, sino incluso la contencioso-administrativa, ya que, conforme al art 52 L. C. P., sólo cabe el recurso contencioso-administrativo «por vicio sustancial en el procedimiento y por lesión en la apreciación del valor de las fincas, siempre que la diferencia entre el valor de las parcelas aportadas por el recurrente y las recibidas después de la concentración suponga, cuando menos, perjuicio de la sexta parte del valor de las primeras».

Como es fácil de advertir, el «vicio sustancial en el procedimiento» normalmente no se dará cuando el S.N.C.P. realice la traslación de los gravámenes. Y en cuanto al segundo motivo para interponer el recurso, la Ley sólo hace referencia a la lesión sufrida por el dueño de las fincas en su derecho de propiedad. Para nada se refiere el texto a la posible lesión experimentada por los titulares de Derechos reales limitativos.

rizar el acta de reorganización aún firme el proyecto o acuerdo, porque en otro caso no tendría plena utilidad práctica dicho precepto» (16).

Con respecto a las personas capaces para llevar a cabo la permuta, el artículo 33 citado habla de *interesados*. Esta palabra no deja de presentar sus dudas y problemas. En sentir de SANZ JARQUE son interesados para la L. C. P. «todos los afectados por la concentración de una zona, hayan o no solicitado la mejora, sean propietarios o meramente titulares de derechos reales o situaciones jurídicas existentes sobre las parcelas o fincas de la zona a concentrar» (17). Este concepto, posiblemente válido para otros preceptos de la Ley, no tiene, sin embargo, aplicación en el artículo 33 mencionado. No cabría pensar que la facultad de solicitar del S. N. P. C. la permuta de una finca de reemplazo pudiera corresponder a un simple titular de un derecho real sobre la tal finca; mucho menos que pudiera llevar a cabo el cambio solicitado. Estas son facultades exclusivas de dominio: sólo el propietario de la finca puede realizar actos de disposición sobre la misma (18).

Una vez en posesión del permiso correspondiente del S. N. C. P., la permuta será un contrato ordinario regido en cuanto tal por las disposiciones propias del Código civil (arts. 1.538-1.541).

B) Al paso nos surge aquí un problema relativo a la subrogación real proclamada en el artículo 65 de la Ley de Concentración Parcelaria.

Pudiera pensarse que, a través de este permuta de fincas de reemplazo, los propietarios de las mismas tendrían la posibilidad de eludir aquella subrogación, ya que no todo cambio, no toda permuta en este caso, comporta la subrogación real (nos referimos a la limitada), sino únicamente aquella en la cual así lo determina la Ley, o sea ésa la voluntad de las partes.

Siendo esto así, los propietarios de las fincas de reemplazo, sobre las cuales ya se habían subrogado los gravámenes existentes en

(16) *Legislación y procedimiento de concentración parcelaria*, Monografía núm. 5 del Ministerio de Agricultura, pág. 63.

(17) Op cit., pág. 39.

(18) Si se trata de una finca ganancial, además de la autorización del S.N.C.P., precisará el marido el consentimiento de su mujer para que la permuta sea válida. Si la finca está disfrutada en copropiedad se precisará el *consensus* de todos los comuneros.

las de procedencia, podrían eludir la nueva subrogación con sólo no quererla. Los gravámenes de cada finca no pasarían de esa forma a la nueva tierra adquirida, sino que permanecerían en aquella primera.

Esto que, normalmente, no entraña ningún perjuicio para los titulares de los gravámenes y es lo acaecido en las permutas ordinarias, no parece sea lo correcto en el caso de la concentración parcelaria.

Queremos decir con ello que, probablemente, en la permuta de fincas de reemplazo se opera de nuevo la subrogación real. Y ello porque la segunda finca adquirida sigue teniendo la misma condición de finca de reemplazo. Tal aserto cabe fundamentarlo en el propio artículo 33 L. C. P., que autoriza dicha permuta antes de ser firme el acuerdo de concentración (o como dice SANZ JARQUE, antes de autorizada el acta de organización) (19).

Para el profesor LACRUZ «el supuesto más patente de subrogación automática es el de permuta de un bien propio (mueble o inmueble) por otro ajeno» (20). Según esto, permutada una finca de reemplazo por otra de la misma calidad, toda la situación jurídica que afectaba a la primera pasa a la segunda, es decir, que los gravámenes que pesaban sobre aquélla vienen—«*ipso iure*»—a gravar a ésta (21).

(19) Podría también pensarse que al hablar el art. 33, L. C. P. de *interesados*, ha querido referirse al concepto amplio dado de los mismos por SANZ JARQUE, es decir, incluyendo los titulares de Derechos reales sobre la finca. Estos podrían tener una cierta intervención en cuanto a la facultad de pedir la autorización para permutar. Y si éste su consentimiento fuera necesario, no cabría pensar en que al prestarlo renunciasen a la subrogación real de sus derechos. Más bien, la prestación de ese consentimiento llevaría implícita una condición: la de que la permuta se llevase a cabo operando la subrogación real. Así, para eludir ésta sería preciso una renuncia expresa a la misma por parte de los titulares de los gravámenes.

No obstante, no parece que esta interpretación pueda ser defendida.

(20) *Comentarios* (aún inéditos) a la nueva Compilación de Derecho civil de Aragón.

(21) Probablemente hay un supuesto en el que ni la subrogación automática, ni aun la subrogación general, no se dan en la permuta, y es el caso de la permuta de bienes troncales con otros que no lo sean, en Vizcaya. Así se deduce del art. 59 de la *Compilación de Vizcaya* al regular el derecho de retracto gentilicio. Especifica que el retracto se da en toda transmisión onerosa de bienes troncales, incluso las que se verifiquen por título de permuta, cuando se intentase permutar una finca troncal por otra que no lo sea. De lo que se deduce:

1.º *A sensu contrario*, que en la permuta de fincas troncales no se dará el retracto.

V. LA COMPENSACIÓN A METÁLICO EN LAS CONCENTRACIONES DE CARÁCTER PRIVADO.

A) Ya hemos hecho alusión antes a la existencia de las llamadas concentraciones de carácter privado. Están previstas en el artículo 82 L. C. P., y son aquellas cuya realización práctica no comporta la complejidad de los procedimientos concentratorios, precisamente por tratarse en general de unas concentraciones de reducido número de fincas.

El precepto antes citado distingue entre las concentraciones privadas con publicaciones y sin ellas. Y dentro de las primeras, prevé el supuesto de las compensaciones a metálico. Dice textualmente el artículo 82, I, b) L. C. P.: «en las adjudicaciones de fincas de reemplazo podrán realizarse compensaciones en metálico que no excedan para cada propietario del 10 por 100 del valor de su aportación ni de la cantidad resultante de dividir dicho valor por el número total de parcelas que aporte».

Y la primera pregunta que nos hacemos ante semejante precepto es la de a quién corresponde hacer tales compensaciones. Es decir, se trata de que el C. P. S. N. ha dado al propietario rural una finca de reemplazo superior a las entregadas por éste como de procedencia, y entonces es tal propietario quien debe abonar a la Administración, por medio de una compensación a metálico, el exceso de terreno entregado; o es el caso de haber entregado el organismo administrativo una finca de reemplazo de calidad y extensión inferiores a las de la parcela de procedencia, y debe entonces abonar la diferencia al propietario afectado.

Probablemente la Ley ha querido referirse al primer supuesto, más en consonancia con los propios fines de la concentración parcelaria, entre los cuales se encuentra el de «aumentar la extensión de las pequeñas parcelas cuya explotación resulte antieconómica» (art. 2, c), L. C. P.).

No obstante, no debe descartarse la segunda posibilidad que, no por menos probable, ha de ser imposible. Nos encontraríamos

2.º Que si se da el retracto en la permuta mixta y no en esta otra, es porque en aquélla, las fincas no troncales adquiridas, no se subrogan en la situación jurídica de la troncal permutada.

entonces ante un supuesto claro de expropiación forzosa de la menor porción entregada en la finca de reemplazo, cuya indemnización sería la compensación en metálico de que habla el artículo 82 de la Ley de Concentración Parcelaria.

B) Pero en el caso de la compensación a metálico aludida se presenta otro problema distinto: es el de la subrogación real de los derechos existentes sobre finca de procedencia. ¿Pueden estos derechos pasar a gravar las nuevas fincas de reemplazo más la compensación a metálico percibida por el propietario en el segundo de los supuestos antes aludidos? (22).

Es dudoso dilucidar si cabe o no esta división del objeto de los gravámenes.

Si admitimos la solución afirmativa, habrá entonces derechos que puedan ser mantenidos también sobre el metálico percibido, pero habrá otros cuya existencia sobre éste será por naturaleza imposible. Así, podemos pensar que el usufructuario de la finca de procedencia podrá mantener su derecho sobre la de reemplazo y, además, sobre la compensación (en ésta, los frutos serán el interés legal del dinero).

Por el contrario, los censos sólo podrán mantenerse sobre la finca, y ello porque tales derechos, por naturaleza, no admiten por objeto, sino los bienes inmuebles (23).

(22) En el primer supuesto de los mencionados en el texto no habrá problema. Cuando el propietario haya percibido con la finca de reemplazo mayor cantidad o calidad de la que le corresponda, y pague por ella la consiguiente compensación a metálico, los derechos existentes sobre la primitiva finca pasarán a gravar a la de reemplazo en la proporción que les corresponda.

(23) En este supuesto la solución a adoptar es diferente, según las circunstancias. Así, para el censo consignativo y el reservativo será de aplicación el art. 1.627, Código civil, a cuyo tenor si el precio de la expropiación (compensación a metálico) es bastante para cubrir el capital del censo, éste se redime pagando dicho capital; si no basta y el precio de la finca de reemplazo es suficiente para cubrir el capital censual y un 25 por 100 más del mismo, el censo continuará gravando el resto de la finca; por fin, si esto no sucede, el censatario tendrá opción para elegir entre sustituir con otra garantía la parte expropiada o redimir el censo.

Para el censo enfiteútico el Código civil prevé distintas soluciones. El art. 1.631. p. 2.º determina que el precio de la expropiación se distribuirá entre el dueño directo y el útil, recibiendo el primero la parte de capital del censo que proporcionalmente corresponda a la parte expropiada, según el valor dado a toda la finca en el momento de constituirse el censo o que haya servido de tipo para la redención, y el resto corresponderá al enfiteuta. Y continúa diciendo dicho artículo en el párrafo siguiente que el censo con-

Un caso interesante será el de la hipoteca. Esta, también por su propia naturaleza, no podrá gravar el metálico de la compensación; sin embargo, no resultaría aventurado defender que el titular de la hipoteca seguirá teniendo un derecho sobre ese dinero, pero ya no un derecho de hipoteca, sino precisamente de prenda en la que aquélla se ha transformado. No obstante, esto puede resultar dudoso por cuanto el derecho real de prenda comporta para quien lo sufre muchos mayores inconvenientes que el de hipoteca (privación de la posesión, que pasa a ser del titular del gravamen).

Para un supuesto similar (art. 110, párrafo 2, L. H.), la mayor parte de la doctrina científica hipotecarista, no sólo hispana (PÉREZ y ALGUER, ROCA SASTRE), sino también extranjera (SANTORO-PASARELLI) se inclina por la conversión de la hipoteca en un derecho de prenda, que en este caso viene a recaer sobre la indemnización concedida al propietario de los bienes hipotecados.

Aquí no cabe hablar sino de «hipoteca» impropia o de prenda, por cuanto al decir el citado art. 110, L. H. que «se entenderán hipotecadas conjuntamente con la finca, aunque no se mencionen en el contrato, siempre que correspondan al propietario...» las mencionadas indemnizaciones, parece que la Ley no concede otra posibilidad, en cuanto a la forma de garantizar el derecho de los

tinuará sobre el resto de la finca, con la correspondiente reducción en el capital y las pensiones, a no ser que el enfiteuta opte por la redención total o por el abandono a favor del dueño directo.

Pero el art. 1.627 Código civil puede tener una distinta aplicación en la concentración. Dice su párrafo primero que «si la finca gravada con censo fuere expropiada por causa de utilidad pública, su precio estará afecto al pago del capital del censo y de las pensiones vencidas, quedando éste extinguido». Esto, aplicado a la concentración parcelaria forzosa, que quizá se pueda considerar como una auténtica expropiación, daría como resultado la extinción del censo, habiendo de pagarse su capital con la indemnización percibida, es decir, con la propia finca de reemplazo, para lo cual, si su propietario no disponía de metálico suficiente para hacer tal pago, se vería obligado a vender la citada finca, para con su precio abonar el capital censual.

No parece, sin embargo, que esto sea justo, y, desde luego, lo dicho por el art. 1.627 Código civil no tiene aquí aplicación; especialmente, porque la expropiación a que tal precepto se refiere no es la actual expropiación concebida en amplios términos por la vigente Ley de Expropiación Forzosa. Plénesese que cuando el Código se promulgó el concepto de expropiación en nuestras leyes era eminentemente restringido; no se pensaba en una posible expropiación con indemnización en especie. Y precisamente a esa concepción restringida responde el párrafo 1.º del art. 1.627, Código civil, el cual, al hablar del precio de la expropiación lo está entendiendo en sentido de metálico como ciertamente ocurría en la expropiación entonces existente.

acreedores sobre las indemnizaciones, que la de «mantener» sobre éstas la hipoteca que ya recae sobre la finca.

Sin embargo, el supuesto de las compensaciones a metálico en las concentraciones de carácter privado es otro, en el sentido de no haber precepto legal que imponga necesariamente el mantenimiento de la garantía sobre dichas compensaciones.

Para los supuestos en que la subrogación real no puede verificarse sobre el metálico compensatorio, la L. C. P. prevé una reclamación dirigida al S. N. C. P. El artículo 69 dispone:

1. El Servicio de Concentración Parcelaria responderá directamente frente a los titulares inscritos o sus causahabientes, del importe del dominio u otros derechos reales..., en la medida en que hubieran de realizarse sobre las parcelas gravadas y sea el valor de éstas suficiente para cubrirlos, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

... ..

... ..

c) Que no pueda efectuarse la traslación sobre las correspondientes fincas de reemplazo..., por haber sido el propietario compensado en metálico conforme a lo dispuesto por el artículo 82...».

VI. OTROS PROBLEMAS QUE PRESENTA LA SUBROGACIÓN REAL EN LA CONCENTRACIÓN PARCELARIA.

A) Con relación al Derecho de usufructo existente sobre la finca de procedencia, parece presentar cierto problema el artículo 519 del Código civil, a cuyo tenor si la cosa usufructuada fuere expropiada, el propietario tiene opción entre subrogarla en otra de igual valor y análogas condiciones, o bien abonar al usufructuario el interés legal del importe de la indemnización por todo el tiempo que deba durar el usufructo.

Y si admitiéramos (de lo que no andamos lejos) que la concentración forzosa es una expropiación, resultaría entonces que el propietario de la finca de procedencia, sobre la cual existiera un derecho de usufructo, y al cual se le obligase a la concentración de ésta, tendría una triple opción que desbordaría el propio contenido del artículo 65 de la Ley de Concentración Parcelaria.

1. De una parte, podría subrogar el derecho de usufructo en la finca de reemplazo.

2. Pero igualmente, podría establecer dicho gravamen sobre otra finca de su propiedad de condiciones análogas a la de procedencia (expropiada).

3. Por último, en su mano estaría optar por abonar al usufructuario el interés legal del importe de la indemnización que, tratándose en este caso de una finca (la de reemplazo), sería el resultante del valor económico de dicha finca.

Sin embargo, esto no puede ser admitido para nuestro Derecho. De una parte, la aparente antinomia entre el artículo 65 L. C. P. y el artículo 519 del Código civil, si fuera tal, podría salvarse a favor del citado artículo 65, por tratarse éste de un precepto de una Ley especial, con primacia sobre la Ley general y posterior a ésta.

Pero lo cierto es que tal antinomia no existe, pues la expropiación a la que el artículo 519 del Código civil se está refiriendo es una expropiación del año 1888, y no de nuestros días. El concepto amplio de nuestra actual legislación admitiendo la indemnización en especie no existe en la época de la promulgación del Código. Por eso, el artículo 519 se está refiriendo a una típica expropiación en la que se priva a un sujeto de un bien, a cambio del cual se le entrega una cierta suma de dinero (24).

B) Muy lógica es la excepción hecha por el propio artículo 65 L. C. P. con respecto a las servidumbres prediales, pues difícilmente podrían éstas mantenerse con la utilidad y fin con que se crearon. Aparte que los propios intereses de la concentración aconsejan esta excepción (25).

La extinción de las servidumbres de que habla el artículo 65, párrafo 2.º, Ley de Concentración Parcelaria, está acorde con el artículo 546 del Código civil, el cual, al prescribir los modos de

(24) Cfr. la nota anterior.

(25) Por lo mismo, el art. 65, L. C. P., debería haber declarado no susceptible de subrogación real otros Derechos—como el de retracto de colindantes—que por su propia naturaleza no pueden pasar a la finca de reemplazo. Creemos que, a efectos de evitar alguna interpretación errónea, el citado precepto debería contener una formulación general de supresión de estos gravámenes especiales.

extinción de las servidumbres, habla en su núm. 3 de que «los predios vengan a tal estado que no pueda usarse de la servidumbre» (26), lo cual ocurre normalmente en los supuestos de Concentración Parcelaria.

Pero aunque así no ocurriera, y la servidumbre pudiera usarse, ésta se extinguiría «de acuerdo con las exigencias de la nueva ordenación de la propiedad»; en consecuencia, al artículo 546 del Código civil habría de añadirse una séptima causa de extinción de las servidumbres: «por causa de la Concentración Parcelaria, en virtud del artículo 65, párrafo 2.º, Ley de Concentración Parcelaria».

C) Se nota en nuestra Ley de Concentración Parcelaria la falta de un precepto análogo al del artículo 51 del Decreto francés de 7 de enero de 1942, dirigido, de una forma expresa, a velar por los intereses de los titulares de derechos reales sobre parcelas de procedencia, sometidos a la subrogación real del artículo 65, Ley de Concentración Parcelaria. Se trata, desde luego, de un supuesto especial, pero que, no por tal, deja de ser posible en el fenómeno de la concentración.

Tal disposición francesa dice así: «Un propriétaire auquel appartiennent plusieurs parcelles grevées séparément de droits réels ne peut, par voie de remembrement, recevoir en échange une parcelle unique que si les droits réels affectant les parcelles échangées peuvent être lotis sur la parcelle unique».

El mencionado Decreto prevé la solución a este problema cuando de hecho se presenta: Es la Comisión Comunal (órgano administrativo similar, en cierto modo, a la Comisión Local de nuestra Ley de Concentración Parcelaria), quien determina el contenido y emplazamiento de cada porción de la parcela única sustituida, con miras al ejercicio de los derechos reales, en cada una de las parcelas de procedencia.

(26) Artículo equivalente al 703 del Código civil francés: *Les servitudes cessent lorsque les choses se trouvent en tel état qu'on ne peut plus en user.*

En relación con el sistema de concentración parcelaria, resulta curiosa la variante legislativa que existe al respecto de los Derechos reales de servidumbre entre nuestra L. C. P. y el *Code Rural* francés, en cuyo art. 32 se establece que *las servitudes existant au profit ou à l'encontre des fonds compris dans le remembrement et qui ne sont pas éteintes par application de l'article 705 du Code Civil subsistent sans modification.*

No obstante no estar previsto este evento en la Ley de Concentración Parcelaria, también en nuestra legislación cabe hallar una solución similar a la adoptada por la francesa. Según el artículo 30, Ley de Concentración Parcelaria, serán el propietario de la finca de procedencia y los titulares de derechos reales quienes de común acuerdo determinarán la porción de aquélla sobre la que tales derechos van a quedar establecidos. Si no hay acuerdo, la traslación se verificará de oficio por el Servicio Nacional de Concentración Parcelaria. La falta de acuerdo puede equipararse a la imposibilidad señalada por el decreto antes citado. Será entonces cuando el Servicio Nacional de Concentración Parcelaria deberá resolver el problema planteado, ya sea acudiendo a medios técnicos, ya utilizando los diversos resortes jurídicos.

Pero puede también presentarse el caso de que esos derechos reales no se hayan tenido en cuenta en el momento de la concentración. En este punto nuestra legislación supera a la francesa, pues mientras en ésta nada se prevé sobre el particular, la Ley de Concentración Parcelaria regula el supuesto. Para la concentración francesa, Malterre llega a la conclusión de que en tal supuesto de olvido, la acción real ha dejado de existir y el titular del derecho real no tiene otra acción que la personal indemnizatoria (27).

Más completa en este punto, nuestra Ley de Concentración Parcelaria prevé en su artículo 67, para el supuesto de derechos no reconocidos en el expediente de concentración, una auténtica acción real alegada en vía judicial ordinaria, y que sólo para el caso de que las fincas de reemplazo hubieran pasado a tercero protegido por la fe pública registral, se convertirá en una acción indemnizatoria.

D) Ya se ha dicho cómo por el juego de la subrogación general de dominio la finca o fincas de reemplazo gozarán de la misma situación jurídica de aquellas que sustituyen. Es decir, serán gananciales, dotales, parafernales, etc., según lo sean estas últimas.

Pero ¿quid si las fincas de procedencia no tienen todas el mismo carácter jurídico? Supongamos el caso de la mujer casada

(27) R. MALTERRE, *Aspects juridiques du remembrement rural* (Comptes rendus du 55.º Congrès des Notaires, pág. 12. D.)

que, encontrándose en el supuesto del artículo 1.436, párrafo 1.º, solicita (probablemente previa autorización judicial, a tenor del párrafo 1.º del artículo 1.444 del Código civil) la concentración parcelaria de tres fincas cuya administración posee, y de las cuales una es parafernial, la otra dotal y la tercera pertenece a la sociedad de gananciales.

Se plantea en primer lugar el problema de determinar si tal concentración es factible para nuestro Derecho. Y si la solución es afirmativa habrá de dilucidarse acerca de la condición jurídica de la nueva parcela dada en sustitución de aquellas otras heterogéneas.

No hay precepto en la Ley de Concentración Parcelaria que, de forma clara, venga a solucionar dichos problemas. Se ha pensado, quizá, en el artículo 25, apartado 3.º, Ley de Concentración Parcelaria; sin embargo, dicha norma, referida a un supuesto muy concreto, no parece pueda servirnos en general a este respecto. «Si los cónyuges—dice el precepto—diesen su consentimiento para que se constituyan copropiedades con las parcelas por ellos o por la sociedad conyugal aportadas a la concentración, el Servicio de Concentración Parcelaria podrá establecerlas en el acuerdo de reorganización señalando las cuotas correspondientes en el acta y haciéndose constar en la inscripción el origen voluntario de estas copropiedades».

El precepto prevé el supuesto de los cónyuges que, de mutuo acuerdo, solicitan la concentración sobre fincas de procedencia privativa de cada uno de ellos, o de la sociedad de gananciales, consintiendo ambos en la formación de una copropiedad sobre dichos inmuebles.

En este caso se ve claro la posibilidad de la concentración, así como la naturaleza de la finca de reemplazo; pertenecerá en copropiedad ordinaria a ambos cónyuges.

Pero ¿quid si cualquiera de éstos no presta su consentimiento a la formación de la propiedad en común? Aquí no parece posible llevar a cabo la concentración en una sola finca de aquellas de heterogénea procedencia. Así, si la concentración se efectúa, sus efectos recaerán en las respectivas fincas como pertenecientes a distintos propietarios.

Y con todo ello, el artículo 25 no resuelve el caso concreto al

principio propuesto. Si el Juez autoriza la solicitud de concentración ésta podrá llevarse a cabo, pues en dicho supuesto la mujer es única administradora de todos los bienes concentrados. Sin embargo, ya ofrece mayores dudas la calificación que haya de darse a la finca de remplazo (28).

E) Cierta consideración especial merece el llamado usufructo de disposición cuando es éste el gravamen o uno de los gravámenes que se encuentra establecido sobre la finca de procedencia.

Partimos de la consideración de que tal tipo de usufructo es aquel por el cual su titular puede enajenar libremente la cosa usufructuada, según los términos convenidos con el propietario, y con obligación de restituir a éste el precio (o su equivalente) obtenido con dicha disposición. Prescindimos aquí del estudio de la subrogación real que se produce dentro mismo de este usufructo al sustituir el precio a la cosa usufructuada, primero en el patrimonio del usufructuario, luego, a la hora de la restitución por extinción del usufructo, en el del propietario.

Nos ocuparemos en este momento de las consecuencias que se producen en torno a la concentración parcelaria, cuando el titular de un usufructo de disposición sobre la finca de procedencia enajena el objeto de su derecho. Puede hacerlo, a los efectos que nos interesan, en tres momentos distintos:

1. Antes de iniciarse la concentración parcelaria.
2. Una vez comenzada ésta, pero antes de producirse la subrogación real de que habla el artículo 65, Ley de Concentración Parcelaria.
3. Después de verificada dicha subrogación.

En el primer caso no existe problema especial. Al enajenar el usufructuario la finca que un día ha de ser objeto de concentración parcelaria (todavía no puede hablarse de finca de procedencia), cuando ésta llegue, el procedimiento se abrirá con respecto al adquirente de aquélla.

(28) Verdadero artículo importante éste, el 25 L. C. P., el cual en sus dos primeros párrafos, aquí no tratados, viene a introducir substanciales modificaciones en el régimen de copropiedad y en el de partición de los bienes hereditarios tal como en el Código civil se regulan.

Una vez iniciada la concentración, la finca de procedencia que se encuentre usufructuada puede ser enajenada por el usufructuario que goce de esta facultad sobreañadida a las de disfrute del predio. Pero a los efectos de la concentración el artículo 64, párrafo 1.º, Ley de Concentración Parcelaria, señala que «será potestativo dar efecto en el expediente de concentración a las transmisiones o modificaciones de derechos que se comuniquen después de comenzada la comunicación de las bases». Claro está que este precepto únicamente se refiere al aspecto puramente procedimental de la concentración parcelaria, pues no cabe la menor duda que la finca de procedencia que haya sido enajenada por el usufructuario pasa a propiedad de su adquirente, aunque el expediente concentratorio se siga llevando con su antiguo titular.

Como consecuencia del acuerdo de concentración, los derechos reales que gravan las parcelas de procedencia pasan inalterados a las de reemplazo (art. 65, L. C. P.). En consecuencia, el usufructo de disposición en el que la facultad dispositiva no ha sido utilizada por su titular hasta el momento de la subrogación, pasa sin alteración ni modificación alguna a la nueva finca entregada. Quiere ello decir que el usufructuario, amén de poder percibir los frutos y rendimientos del nuevo predio, podrá también enajenarlo.

Aquí, los problemas que esta disposición presenta son notablemente superiores. Por lo pronto la Ley de Concentración Parcelaria en su artículo 70, norma 2.ª, dispone que «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». De ello se desprende que cualquiera de los interesados —trasmitente o adquirente— debe solicitar la inscripción registral del acto trasmisivo (art. 6 L. H.). En adelante, la titularidad del «accipiens» será la única que el Registro publique. Como consecuencia deberá practicarse la cancelación no sólo de la titularidad del usufructuario, sino también, incluso, de la del nudo propietario. Esta última encuadra en el tipo de concentraciones realizadas sin consentimiento del titular registral (art. 82, pár. 2.º, L. H.).

La falta de inscripción del acto trasmisivo la sanciona la Ley de Concentración Parcelaria al decir que «no podrán ser admitidos en los Juzgados, Tribunales y Organismos Administrativos los do-

cumentos 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» (art. 70, norma 2.ª, pár. 2, Cfr., art. 313, L. H.):

El mismo precepto a que nos estamos refiriendo ordena a los Notarios autorizantes de estos documentos sujetos a inscripción obligatoria que remitan, directamente, las copias auténticas de dichos documentos al Registrador de la Propiedad competente (artículo 70, norma 4.ª, pár. 1).

F) Ciertamente interesante resulta la cuestión de los posibles arrendamientos existentes sobre las fincas sujetas a concentración.

Hablar aquí de subrogación real es tomar ya partido acerca de la tan debatida cuestión de la naturaleza jurídica del derecho arrendaticio. No es éste nuestro propósito. Nos limitaremos a señalar la posibilidad de que tales derechos, sean reales o personales, pasen, también inalterados, de las fincas de procedencia a las de reemplazo. Y ello no solamente como una consecuencia de pura lógica, y aun, incluso, podíamos decir de justicia, sino porque la propia Ley de Concentración Parcelaria lo da por supuesto al indicar en su artículo 66 el derecho que tienen los arrendatarios y los aparceros a solicitar la rescisión de sus contratos sin pago de indemnización alguna, en el caso de que no les conviniere la finca de reemplazo donde hayan de instalarse. «Este derecho—añade la ley—sólo será ejercitable antes de la toma de posesión de la finca de reemplazo».

JOSÉ LUIS MERINO HERNÁNDEZ.

VIDA JURIDICA

Derecho Sucesorio Comparado (Conflictos de leyes en materia de sucesiones), de Vicente-Luis SIMÓ SANTONJA (*), Editorial Tecnos, Madrid, 1968.

Voy a comentar en los párrafos que siguen un libro que creo de tan gran importancia para los profesionales de Derecho y al mismo tiempo de tanta dificultad y mérito científico en su elaboración que me veo obligado a efectuar una pequeña introducción antes de abordar directamente la materia.

Las noticias periodísticas de los últimos años nos iban hablando del éxito de la economía española, éxito que culminó con la modificación de la paridad de la peseta de noviembre de 1967 y las medidas de austeridad subsiguientes, que convencieron, si no estaban convencidos ya, a economistas y no economistas de que uno de los pilares fundamentales de la economía de nuestro país es el ingreso procedente de la explotación del turismo. Sin embargo, no parece que los organismos centrales de la administración lleven una política coherente, ya que mientras algunos de estos organismos se esfuerzan en mostrar estadísticas florecientes y en crecimiento constante del número de visitantes, otros organismos tratan de obtener un beneficio inmediato, pero a la larga contraproducente, no protegiendo o, al menos, no mostrando una cierta benevolencia fiscal para las inversiones de tipo inmobiliario. Hay que tener en cuenta que las inversiones inmobiliarias son inversiones casi a fondo perdido, porque a cambio de la entrada de divisas los inversores extranjeros no se llevan nada: ni terrenos agrícolas valiosos, ni nuestro sol ni nuestras costas. Y una vez realizada la

(*) Ver en núm. 471, pág. 551, la recensión o reseña de V. L. MONTES.

inversión se quedan a vivir con nosotros de un modo permanente o temporal, pero periódico, constituyendo una fuente constante de nuevos ingresos de divisas al consumir toda clase de bienes y servicios dentro del país, tanto de un modo directo como indirecto, a través de sus amigos, parientes, invitados y, a veces, inquilinos.

En las Notarías turísticas permanecemos en la brecha, por interés propio, no hay que negarlo, pero también con un alto sentido de servicio al Estado, un grupo de hombres que en esta difícil tarea tratamos de conseguir mediante amabilidades y sonrisas tentaculares hacer que estas inversiones sean lo más cuantiosas, fáciles y agradables a nuestros visitantes extranjeros.

De otro lado, Fernando Monet, actual Decano del Colegio Notarial de Valencia, nos recordaba en una asamblea general del Colegio que el Notariado español ha ofrecido siempre, ofrece y debe seguir ofreciendo, sin desmayo, seguridad al cliente para que la institución notarial conserve su alta significación dentro de la sociedad española. Esta seguridad era relativamente fácil de ofrecer hasta hace pocos años, pero la actual avalancha legislativa, no exclusiva de nuestro país, hace que el esfuerzo del Notario sea cada vez mayor y es necesario disponer de instrumentos de trabajo y de equipos que faciliten y consoliden esta seguridad. Yo me permito citar como un ejemplo triste del actual estilo legislativo la actual normativa sobre percepción de cantidades anticipadas en la venta de viviendas contenida nada menos que en siete disposiciones dictadas en un período de seis meses y contenidas en la Ley de 27 de julio de 1968, en la Orden de 10 de agosto del mismo año, en el artículo 113 y siguientes del Reglamento de viviendas de protección oficial de 24 de julio de 1968, en la Orden de 5 de octubre de 1968 que tuvo que ser inmediatamente aclarada y está contenida en los Boletines del 10, del 11 y del 18 de octubre de 1968, en la Orden de 29 de noviembre de 1968 y en dos Decretos, ambos fechados en 12 de diciembre de 1968. En mi modesta opinión, esto no es un modo serio de legislar, porque con una reflexión y una elaboración más parsimoniosa se hubiera conseguido la deseable unidad normativa. El libro que voy a comentar tiende a ofrecernos dentro de la dificultad de la materia un elemento de seguridad.

También conviene recordar que pedagógicamente hablando se distingue entre los libros de textos, los libros científicos sobre

materias totalmente elaboradas y aquellos otros libros que por la indole de su contenido son fuente de problemas, inspiradores de reflexión, y que ofrecen normas de conducta, no pudiendo suministrar soluciones rigurosamente concretas.

El libro que comento se inserta dentro de este último grupo, pero es un efficacísimo instrumento de trabajo para todos cuantos se enfrenten con un problema de derecho sucesorio en nuestro país referido a súbditos extranjeros, tanto en trance de redacción de un testamento como en todos los demás avatares de la sucesión.

Pero es un libro que tiene que haber sido trabajado por el que lo utiliza como instrumento de consulta, conociéndolo a fondo e incluso dotándolo de un índice o fichero de la propia persona que lo va a utilizar para manejarlo con agilidad en el momento deseado.

Una nota muy importante que quiero que conste en el presente comentario es que por un conocimiento personal del autor sé que no es un libro improvisado. SIMÓ SANTONJA está especializándose en Derecho Internacional privado ya desde los años de Facultad y ha publicado algunos trabajos sobre la materia, teniendo en preparación otro libro de gran envergadura. Nos encontramos, pues, ante una obra plenamente madura en que los materiales han sido recogidos de primera mano, y en todo aquello que el libro pueda ser problemático esta problemática no es atribuible al autor, sino a la indole misma de la materia tratada. Piénsese, por ejemplo, en que una vez escrito el libro es difícil para los que lo manejamos estar al corriente de la nueva legislación que pueda promulgarse en los países extranjeros.

La obra va precedida de un corto pero interesante prólogo de Vallet de Goytisolo y tiene dos partes esenciales: la primera tiene un contenido muy interesante de Derecho Internacional y la segunda, denominada Apéndice, de Derecho Comparado.

En el capítulo primero el autor plantea la distribución entre el Derecho Comparado propiamente dicho y el Derecho Internacional Privado, ya que aunque semejantes, no son la misma cosa, puesto que el primero se limita a comparar los Derechos positivos de diferentes países, cosa relativamente fácil si se dispone de instrumentos lingüísticos genuinos y de acceso a los derechos positivos, mientras que el segundo decide cuál es el Derecho aplicable a cada

caso, problema de enorme envergadura y de una cierta inseguridad que exige en el jurista una intensa formación en todos los problemas involucrados en el supuesto planteado. En este primer capítulo el autor hace una exposición general del plan de la obra y puntualiza los problemas más graves con los que tendrá que enfrentarse en su desarrollo. Trae a colación las conclusiones aprobadas en el VII Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en Bruselas en 1963 y ya en este primer capítulo descuellan su amplísimo conocimiento de la materia y la intensa profundidad con que el autor se ha planteado los problemas que luego tratará con mayor detalle.

El capítulo segundo lo dedica el autor a un estudio de la evolución histórica de los problemas a tratar haciendo una ligera referencia al problema en los precedentes romanos más remotos, pero cobrando densidad la obra a partir del momento en que empieza a estudiar las escuelas estatutarias: escuela italiana, doctrina francesa, doctrina holandesa y flamenca y doctrina española. En cada una de estas doctrinas estudia los problemas referentes a las condiciones de fondo, a las condiciones de forma, con especial referencia a las distinciones entre bienes, muebles e inmuebles, teoría de la personalidad y doctrina de Bartolo.

Estudia también en este mismo capítulo las doctrinas del siglo XIX: doctrina angloamericana, doctrina alemana, doctrina italiana, doctrina francesa y doctrina española. En este mismo capítulo, en su última parte estudia las posiciones doctrinales contemporáneas: doctrina angloamericana, doctrina alemana, doctrina italiana, doctrina francesa y doctrina española. Ya en este capítulo el autor demuestra su preocupación por el estudio del derecho angloamericano, que los juristas continentales hemos tenido en olvido quizá demasiado y cuya importancia estamos descubriendo ahora a partir de los escritos de PUG BRUTAU, tanto en su obra «Fundamentos del Derecho Civil», como en «La Jurisprudencia como Fuente del Derecho» y su magnífica traducción de la obra «Apariencia y Realidad en las Sociedades Mercantiles», de SHERICK; personalmente yo ya me hice eco de esta preocupación por el derecho anglosajón al dedicarle el capítulo segundo de mi obra «La Frustración del fin del Contrato», porque estoy convencido de que el derecho anglosajón es un camino en la investigación

del Derecho todavía no suficientemente explorado y conocido por la doctrina científica continental y muy concretamente española que ha sufrido los intensos sarampiones del espejismo del derecho francés, del derecho alemán y del derecho italiano.

Un cierto hábito no exento de pereza mental tiende a definir de un modo muy simple las reglas aplicables de Derecho internacional privado y muchas veces los juristas españoles nos decimos: «Si los españoles nos regimos en materia de capacidad, familia y sucesiones por nuestro Derecho español, los extranjeros se rigen en España por sus leyes personales en las mismas materias» y atribuimos a la frase «leyes personales» el sentido de su propio derecho interno. Esta solución tan simple, como todas las soluciones simples, es atractiva, pero no siempre es cierta.

El capítulo tercero del libro lo dedica SIMÓ SANTONJA al estudio de los principios y excepciones a la aplicación de leyes extranjeras. Tiene una primera sección dedicada a la consideración previa sobre los principios informantes de la norma conflictual y excepciones a la aplicación de leyes extranjeras. Este capítulo es de una gran enjundia e importancia para el jurista práctico, porque significa una llamada de atención o toque de alerta que le crea una inquietud internacionalista impidiéndole acogerse cómodamente a soluciones simples que puedan ser posteriormente ineficaces. Este capítulo es una pequeña obra maestra. Empieza definiendo el hecho de que la regla de conflicto termina su misión en el momento en que designa cuál sea el derecho aplicable, el del foro o el de un país extranjero, a una relación privada que aparece conectada con diferentes legislaciones. El capítulo es un resumen apretado y todo lo claro que la materia lo permite sobre cuestiones centrales de Derecho internacional privado estudiando fundamentalmente las siguientes: El reenvío (posición del problema, posiciones doctrinales, legislación comparada, jurisprudencia comparada de Alemania, Bélgica, Francia, Holanda, Inglaterra, Italia, Suiza, Estados Unidos, Dinamarca, Noruega y España) SIMÓ SANTONJA expone una serie de ejemplos aclaratorios de un gran interés.

Entre paréntesis yo me permitiría aconsejar a los que vayan a manejar el libro que lo doten de un apéndice o índice de elaboración personal por nacionalidades; es decir, agrupar, anotando las

páginas, todos los problemas tratados en el libro referentes a alemanes, ingleses, norteamericanos, franceses, holandeses, etc.

Este problema del reenvío tiene una gran importancia, sobre todo cuando se nos plantea la necesidad de responder a una consulta de algún súbdito anglosajón.

La segunda cuestión importante de Derecho internacional tratada en este tercer capítulo es la llamada «cuestión incidental». Contempla unas consideraciones generales, la historia del problema, la doctrina sobre la misma (teoría de la *lex formalis causae* y teoría de la *lex formalis fori*); sigue con la cuestión incidental y su incidencia en los tratados internacionales y la ilustra con dos casos jurisprudenciales, uno francés y uno holandés. En el mismo capítulo se refiere al principio de mayor proximidad, como excepción en favor de la ley de la situación de la cosa frente a la prevalencia de la Ley nacional. Dedicar un gran número de páginas al importante tema de las «calificaciones» (consideraciones generales, falta de visión profunda de las posibilidades del problema). Como soluciones doctrinales, derecho y jurisprudencia comparada de Alemania, Bélgica, Dinamarca, Francia, Holanda, Inglaterra, Italia y Portugal y derecho y jurisprudencia españolas.

Es asimismo importante la sección de este capítulo destinada al estudio del orden público, materia tan controvertida y tan susceptible de ser objeto de interpretaciones pacatas unilaterales, tendenciosas y políticas, puesto que el orden público ha sido en materia de Derecho internacional la varita mágica que ha permitido arrimar el ascua a la sardina de todas las posiciones ultras. Lo estudia desde el punto de vista de sus consideraciones generales: evolución doctrinal, efectos, legislación comparada y convencional, jurisprudencia comparada de Alemania, Argentina, Bélgica, Brasil, Francia, Grecia, Holanda, Inglaterra, Italia, y el orden público en el sistema español.

La penúltima sección de este capítulo tercero la dedica al estudio del fraude de la Ley, que en Derecho sucesorio suele actuar de tres modos distintos: mediante la utilización de la regla *locus regit actum*, mediante un cambio de nacionalidad o mediante un cambio de domicilio. Estudia las construcciones doctrinales escépticas, positivas, el Derecho comparado y el Derecho español. La última sección de este capítulo hace una referencia a las doctrinas de la

reciprocidad, del *Restatement* (norteamericano) y la francesa del *Prélevement*.

Insisto en la idea de que este capítulo es una pequeña obra maestra que debe ser profundamente estudiada y meditada cuando nos enfrentemos con un problema de derecho sucesorio referente a extranjeros, porque normalmente el Derecho internacional privado no es de uso demasiado frecuente en los despachos y se corre el riesgo de cometer errores irreparables, por un olvido o por una falta de visión profunda de las posibilidades del problema. Como enseñaba un antiguo maestro, hay que despreciar los respetos humanos injustificados, pero hay que ser plenamente consciente del alcance frente a terceros de nuestra propia conducta, principalmente en materia profesional.

Los capítulos cuarto y quinto del libro constituyen una unidad que yo creo que sólo ha sido dividido en dos por razones de proporcionalidad en su extensión. Tratan del difícil tema de la conexión y su ámbito, cuyo problema fundamental es determinar cómo fijar la ley que debe regir la sucesión, es decir, si ha de ser una ley única o varias dependientes de la naturaleza y situación de los bienes. Estudia el principio de la realidad estricta, es decir, «*quot territoria tot haereditates*», del principio de la diferencia entre bienes, muebles e inmuebles, principio de la personalidad, que se subdivide en determinar cuál es la ley personal del difunto, si la nacional o la del último domicilio.

La segunda sección de estos capítulos trata de los sistemas de conexión en Derecho comparado, clasificando los diferentes países: A) Sistema de territorialidad estricta: México, Panamá, Uruguay y Venezuela. B) Sistema del fraccionamiento, que son los países en que los bienes inmuebles se rigen por la ley de la situación y los muebles por la ley de domicilio: Bélgica, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Francia, Inglaterra, Luxemburgo, diferentes Estados Norteamericanos y países en que los bienes inmuebles se rigen por la ley de la situación y los muebles por la ley nacional del difunto: Austria, Bolivia, Liechtenstein. C) Sistema unitario: a) Legislaciones que rigen la sucesión por la ley del domicilio: Argentina, Brasil, Dinamarca, Guatemala, Noruega, Paraguay y El Salvador. b) Legislaciones que rigen la sucesión por la ley nacional: Albania, Alemania, Checoslovaquia, China (el autor no aclara si se refiere a la

República de Taiwan o a la China Continental, de la que en definitiva dependen los destinos del mundo), Grecia, Holanda, Italia, Perú, Polonia, Portugal (nótese la actualidad de la obra teniendo en cuenta que el autor ya maneja el nuevo Código civil portugués de 26 de noviembre de 1966), Puerto Rico, Suecia y el Estado Vaticano.

Hace una referencia a textos internacionales, proyectos y resoluciones, como el Tratado de Montevideo, el Código Bustamante, el proyecto Benelux, los estudios del Derecho Internacional en sus sesiones de la Universidad de Oxford y el Séptimo Congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino de Bruselas de 1962. Una sección completa está destinada al estudio del sistema de conexión español.

La sección siguiente trata del ámbito de conexión aplicable a las instituciones comunes a la sucesión testada e intestada, es decir, a la capacidad para ser heredero o legatario, a la apertura, adquisición y administración de la sucesión, a la partición de la herencia, y dentro de cada una de estas subsecciones estudia los sistemas de los Derechos más importantes anteriormente tratados: Derecho belga, francés, holandés, inglés, italiano, norteamericano, noruego, suizo y español.

Siguiendo con el ámbito de conexión, en el segundo capítulo de esta materia se refiere a la sucesión testada en materia de capacidad, formas testamentarias, contenido, ejecución, interpretación e ineficacia de los testamentos, todo ello con referencia al Derecho alemán, belga, francés, holandés, inglés, italiano, portugués y español teniendo gran importancia todo cuanto en esta parte del libro se habla respecto de la forma de los testamentos, concretamente en materia de testamentos mancomunados y de testamentos ológrafos, materias que pueden atribuirse a problemas de capacidad o problemas de forma y que el profesional del Derecho debe manejar con exquisito escrúpulo y guante blanco.

Gran importancia tiene también y tendrá aun más en el futuro lo referente a la sucesión intestada, que estudia con referencia a los mismos países antes citados y también lo referente a la sucesión contractual y a las liberalidades intervivos.

No debemos olvidar que el fenómeno turístico va a acrecentar el número de problemas de esta índole y es indispensable que ad-

quemos el hábito de aconsejar a nuestros clientes el que mueran bajo testamento válido, aunque sea autorizado por un agente diplomático de sus propios países. En general nuestros residentes extranjeros son personas de edad madura que en los próximos cinco años fallecerán abundantemente en nuestro país y hemos de estar preparados en todos los terrenos, concretamente para resolver los posibles abintestatos. Piénsese que ni siquiera los cementerios de las Notarias turísticas están preparados, porque hasta ahora se ha supuesto que todo difunto en territorio español era español y católico y se han planteado ya problemas de dónde enterrar a súbditos ingleses no católicos, y en un caso concreto se llegó a discutir si sería posible hacerlo en el jardín de su casa.

El capítulo sexto y último de la obra trata de los problemas procesales y fiscales que en materia de sucesión se presentan en Derecho internacional privado y el autor demuestra su preocupación y su conocimiento de todos estos problemas. En materia fiscal quizá había que tener en cuenta el tratado con Finlandia de 15 de noviembre de 1968, con Suiza de 26 de abril de 1966.

La segunda parte del libro o apéndice contiene las normas de colisión de Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Francia, Gran Bretaña, Grecia, Holanda Italia Luxemburgo Noruega, Polonia, Portugal, Suecia, Suiza, y una serie de otros Estados europeos y gran número de Estados hispanoamericanos y de Estados integrantes de italianas, las generalidades del Derecho napoleónico con referencia a Bélgica y Francia, Portugal, Suiza, así como el proyecto de convención de 26 de octubre de 1960 en la novena sesión de la Conferencia de La Haya, y algunos tratados internacionales.

Teniendo en cuenta el carácter codificado de la mayor parte del actual Derecho positivo lo más útil del apéndice es la parte referente al Derecho inglés, del que hace un resumen muy extenso y muy claro que debidamente leído y estudiado puede ser de una ayuda efficacísima para el manejo y la comprensión de este sistema sucesorio tan dispar al nuestro.

El riesgo de la obra es no poder tener la seguridad de que se mantiene al día, porque desconocemos las modificaciones que se van produciendo en los diferentes Estados extranjeros, o nos llegan con retraso o en idiomas poco usuales. El libro es, pues, de

una gran ayuda y fundamental en las Notarias de capital y en las Notarias turísticas, pero no hay que confiar en que la legislación expuesta esté vigente.

Sería interesante que el Notariado español, organizado por Colegios, tuviera unas conexiones o corresponsales con el Notariado de otros países para disponer ágilmente de la legislación aplicable y de la solución adecuada en cada caso concreto, en un régimen evidente de cortés reciprocidad.

VICENTE ESPERT.

Doctor en Derecho. Notario.

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 CABALETRO,

REGISTRO DE LA PROPIEDAD

6. ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: SIENDO ESENCIAL EN LA SUSPENSIÓN DE PAGOS LA SITUACIÓN DE IGUALDAD DE LOS ACREEDORES QUE NO TENGAN EL CARÁCTER DE PRIVILEGIADOS, NO PUEDE PRACTICARSE EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD UNA ANOTACIÓN DE EMBARGO CUANDO EN LOS LIBROS DEL MISMO FIGURA YA ANOTADA LA SUSPENSIÓN DE PAGOS DEL DEUDOR EMBARGADO.

Resolución de 14 de noviembre de 1968 («B. O.» de 29 de noviembre).

A) *Antecedentes de hecho.*—Como consecuencia del impago de varias letras de cambio aceptadas por don Luis Tapia Gómez, la "Compañía Española de Flockage, S. A." promovió demanda ejecutiva contra el mismo, en otrosí de la cual se decía que se dirija también esta demanda contra la esposa de aquél, doña Bienvenida Vicente Sánchez. El Juzgado número 6 de Madrid, por auto de 15 de octubre de 1966, aceptó la demanda, despachó la ejecución y decretó el embargo de bienes suficientes para cubrir la cantidad adeudada; en estos autos ejecutivos se aportó testimonio que acreditaba la suspensión de pagos de don Luis Tapia Gómez, declarada en providencia del Juzgado de Primera Instancia de Béjar de fecha 28 de octubre de 1966, en la que se ordenaba la anotación de la misma en los Registros de la Propiedad y Mercantil, y se intervenían todas las operaciones del suspenso.

Por providencia de 20 de octubre de 1966, se acordó el embargo de varias fincas rústicas y diversa maquinaria del ejecutado, sitas en Béjar

(Salamanca), y el juez de Primera Instancia de este partido, en cumplimiento de exhorto, expidió dos mandamientos, uno relativo a las fincas y otro a la maquinaria embargada, que presentados en el Registro de la Propiedad e Hipoteca Mobiliaria causaron las siguientes notas: "Se devuelve el precedente mandamiento, quedando archivado en el legajo de los de su clase el duplicado correspondiente, sin haber practicado las anotaciones de embargo decretadas en el mismo por resultar de los asientos del Registro de la Propiedad lo siguiente: a) el carácter presuntivamente ganancial de los inmuebles a que el mandamiento se refiere, y b) la declaración de estado de suspensión de pagos del demandado, don Luis Tapia Gómez, de lo que se deducen las siguientes consecuencias: 1.ª, que al no constar se haya dirigido la demanda, base y origen del mandamiento calificado, contra ámbos cónyuges, no es anotable el embargo de aquellos bienes, sin que pueda considerarse cumplido tal requisito por la manifestación contenida en el mandamiento de que se ha notificado a la esposa la existencia del embargo; y 2.ª, que la naturaleza, efectos y consecuencias del expediente o procedimiento de declaración de suspensión de pagos y de los asientos registrales que recogen tal resolución judicial impiden extender las anotaciones de embargo ordenadas, sin que tampoco proceda, dada la naturaleza del segundo de los defectos, tomar anotación de suspensión que, por otra parte, no se ha solicitado"; en análogos términos y en base únicamente a la constancia de la suspensión de pagos, se produce la nota calificadora del Registro de Hipoteca Mobiliaria.

Interpuesto recurso gubernativo por la Sociedad ejecutante contra la anterior calificación fundado sustancialmente en el hecho de que la providencia de declaración de suspensión de pagos es de fecha posterior al auto despatchando la ejecución, el informe del Registrador se produjo en el sentido de que al afectar la cuestión debatida a dos Registros distintos, Propiedad e Hipoteca Mobiliaria, con regulación diferente, son dos en lugar de uno los recursos que debieron haberse interpuesto, ello prescindiendo de que la anotación de embargo pretendida en el Registro de Hipoteca Mobiliaria tiene su cauce adecuado no en la Ley Hipotecaria, sino en lo establecido en el Reglamento del Registro Mercantil que señala un procedimiento distinto, y que en cuanto a la denegación de la anotación en el Registro de la Propiedad el primer defecto señalado consiste en tratarse de bienes presuntivamente gananciales, por lo que es indispensable que la demanda se dirija contra ámbos cónyuges y lo cierto es que la petición contenida en otrosí fue judicialmente denegada "por no haber lugar", y que el segundo de los defectos advertidos consiste en el hecho de figurar anotada en el Registro, con anterioridad a la presentación del mandamiento de embargo, la suspensión de pagos del ejecutado.

El Presidente de la Audiencia aceptó la excepción de incompetencia de jurisdicción opuesta por el Registrador, sin entrar por ello a conocer del fondo del recurso gubernativo referente a la anotación de embargo sobre bienes muebles del ejecutado, declarando no haber lugar a la pretensión del recurrente en cuanto al segundo defecto de la nota por razones análogas a las expuestas por el funcionario calificador.

Alzado el recurrente de la decisión presidencial, la Dirección confirma el auto apelado y el defecto segundo de la nota del Registrador, en virtud de la siguiente doctrina.

B) *Doctrina de la Dirección General de los Registros.*—Vistos los artículos 4, 6 y 9 de la Ley de 26 de julio de 1922; 42 y 43 de la Ley Hipotecaria; 142 y 166, 4.ª, del Reglamento para su ejecución, y las Sen-

tencias del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1898, 1 de febrero de 1909, 21 de abril de 1934, 30 de mayo de 1959 y 4 de julio de 1966;

Considerando que al no haber apelado el funcionario calificador de la decisión presidencial respecto del primer defecto de la nota, la única cuestión a dilucidar en este expediente es la de si se puede practicar una anotación de embargo en el Registro cuando en los libros del mismo figura ya anotada la suspensión de pagos del deudor embargado;

Considerando que en la suspensión de pagos es esencial la situación de igualdad en que se han de encontrar todos los acreedores que no tengan el carácter de privilegiados, lo que les obliga a la paralización de todas las acciones individuales que pudieran ejercitar para, en su lugar, proceder mediante una actuación colectiva a la obtención del correspondiente convenio que se impondrá a todos los interesados, incluso a los ausentes o a aquellos que no intervinieron, pues de otra forma estos últimos, como ya declaró la sentencia de 4 de julio de 1966, podrían resultar favorecidos si cobraran su crédito con preferencia, en cuanto al tiempo y a la cuantía, a los demás de la misma condición;

Considerando que la Ley de 26 de julio de 1922, en su artículo 9, apartado 4.º, procura que se logren los efectos señalados al establecer que los juicios ejecutivos en que no se persigan bienes especialmente hipotecados o pignoralos sigan su tramitación hasta la sentencia, pero que su ejecución quede en suspenso hasta que no se haya terminado el expediente, pues de esta manera el acreedor podrá obtener un título a su favor, pero sin que ello suponga una disminución en el patrimonio del suspenso, que ha de permanecer inalterado para servir de garantía común a todos los acreedores;

Considerando que el mismo artículo 9 de la Ley especial, en su párrafo siguiente, ordena la suspensión de todos los embargos y administraciones judiciales, una vez que se haya solicitado la suspensión de pagos—lo que no es más que una consecuencia de lo que se ha preceptuado en el párrafo anterior—, y que sean los Interventores nombrados quienes actúen a partir de ese momento, los cuales, dentro de su función, no podrán lícitamente satisfacer aisladamente un crédito a un acreedor singular, razones todas ellas que obligan a concluir que no puede practicarse en el Registro la anotación de embargo solicitada.

C) Comentario.—Lo limitaremos a la cuestión básica de si puede practicarse una anotación de embargo en el Registro de la Propiedad, cuando en los libros del mismo figura ya anotada la suspensión de pagos del deudor embargado.

La iniciación del expediente de suspensión de pagos, por su eficacia frente a terceros, exige que se le rodee de la adecuada publicidad dados los efectos que tal situación provoca sobre la persona y patrimonio del deudor en orden a la constitución, modificación y extinción de relaciones jurídicas. Para su máxima eficacia jurídica esta publicidad tiene su reflejo en los Registros Mercantil—art. 83 R. R. M.—, Registro de la Propiedad—art. 42, 5, L. H.—y Registro Civil—art. 178 R. R. C.—.

El artículo 4 de la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922, dispone “que la providencia en que se tiene por solicitada la declaración del estado de suspensión de pagos se anotará en el Registro de la Propiedad donde estén inscritos los inmuebles del suspenso”, a lo que añade el artículo 6 de la misma Ley “que los actos y contratos que realice el suspenso contraviniendo las limitaciones que le hayan sido impuestas son nulos e ineficaces”. Por consiguiente, y como acertadamente señala M. Olivencia Ruiz (1), en el caso del suspenso no existe

(1) MANUEL OLIVENCIA RUIZ: *Publicidad registral de suspensiones y quiebras*. Editorial Montecorvo, Madrid, 1963, pág. 113.

ningún problema de capacidad, sino de simple limitación real en función de los fines que el procedimiento tiende a cumplir, es decir, que los intereses en juego resultan suficientemente protegidos anotando preventivamente las limitaciones de disponer en tanto que el comerciante sometido al procedimiento las sufra; de ahí que la nulidad proceda incluso en el caso de que el expediente de suspensión no hubiere sido objeto de reflejo registral, por aplicación del artículo 33 de la Ley Hipotecaria.

La línea del proceso español de suspensión de pagos, precisa J. Torres de Cruells (2), es muy simple (3), pero su complejidad surge en las consecuencias que la admisión de la solicitud, o la declaración de suspensión de pagos, o la resolución del convenio, o la calificación o retroacción de la insolvencia, tienen en orden a la masa, a las obligaciones y negocios jurídicos anteriores y a las conductas de todos los interesados.

Precisamente esta complejidad, es la que nos lleva al problema de determinar la naturaleza jurídica del vínculo creado entre el deudor, los acreedores y los órganos del proceso. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1896 dice que "declarada la suspensión de pagos se crea un nuevo estado de derecho en las relaciones jurídicas del deudor con su acreedor, no pudiendo estos ejercitar sus acciones, ni el deudor alterar el carácter de la obligación", y la Sentencia de 1 de febrero de 1909 que "los efectos legales de la suspensión de pagos privan a los acreedores del suspenso del ejercicio de sus derechos y paralizan el curso de los procedimientos instados con este objeto".

Para Guasp (4) la ocupación de bienes del suspenso es una forma de embargo y si en algo se particulariza dentro de éste es precisamente por el deseo de garantizar los dos rasgos fundamentales del proceso concursal, la extensión subjetiva y la amplitud objetiva de los elementos embargados, pues mediante la ocupación el embargo se obtiene a favor, no de un solo acreedor, sino de una pluralidad de acreedores, y no sobre bienes particulares o determinados, sino sobre la totalidad de un patrimonio que queda bloqueado. Por la admisión de la solicitud de suspensión de pagos (5) se constituye una masa de bienes que es una universalidad de hecho y sobre esta masa, aun conservando el deudor el dominio y hasta la administración compartida, igual que sucedería en el embargo de una ejecución singular, se le imponen obligaciones patrimoniales de conservación hasta el fin del proceso, ello prescindiendo de que la paralización de toda acción ejecutiva individual, tanto presente como futura, supone que, por la suspensión de pagos, está en curso una ejecución colectiva que embarga o cubre todo el patrimonio responsable. En este sentido se producen las sentencias de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona de 26 de febrero, 13 de junio y 22 de octubre de 1949.

(2) JOAQUÍN TORRES DE CRUELLES: *La suspensión de pagos*, Bosch Barcelona, 1957, pág. 31.

(3) El proceso se divide en dos fases: En la primera, el deudor, que es solicitante o demandante, inicia el proceso y, en ella, se adoptan por el Juez medidas cautelares de protección y conservación de la masa activa y se verifica y gradúa administrativamente la masa pasiva. La segunda fase del proceso comienza con la declaración judicial de suspensión de pagos, que puede ser en insolvencia provisional, si el activo del deudor supera a su pasivo, o en insolvencia definitiva si sucede lo contrario.

(4) TORRES DE CRUELLES: ob. cit., pág. 230

(5) TORRES DE CRUELLES: ob. cit., pág. 230

Por consiguiente, es consecuencia lógica derivada de la naturaleza jurídica de proceso de ejecución forzosa colectiva que tiene la suspensión de pagos, el que las ejecuciones forzosas individuales queden suspendidas—art. 9 de la Ley—(6), ya que—como señala Torres Cruells (7)—los actos de ejecución prohibidos son precisamente los orientados hacia la satisfacción de un crédito, con lo que se suprimiría la paridad de condición de los acreedores o, por lo menos, se obstaculizaría el desarrollo del proceso concursal. Esta prohibición de ejercicio de acciones ejecutivas individuales arranca de la providencia de admisión de la solicitud prevista en el artículo 4 de la Ley, y lo que se paraliza según la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1899, con efecto de moratoria, en la exigibilidad, es la ejecución de las sentencias “que es incompatible con el estado de suspensión de pagos”.

No existe, por tanto, duda alguna acerca de la paralización del ejercicio de las acciones ejecutivas individuales cuando figure anotada la solicitud de suspensión de pagos en los libros del Registro de la Propiedad, ya que así lo establece el artículo 9, apartado 4.º, de la Ley especial, pero si se plantea el problema respecto al sentido y recta interpretación que habrá de darse al vocablo “quedarán en suspenso” utilizado en aquél. Qué quiere esto significar a los efectos del Registro: que no puede practicarse la anotación de embargo decretada en juicio ejecutivo o que si puede extenderse, pero quedando en suspenso sus efectos debido a la paralización de la ejecución individual.

En la legislación hipotecaria la anotación de suspensión de pagos recogida por el artículo 42-5 de la Ley, tiene por objeto la constancia de la modificación de la capacidad civil experimentada por el comerciante suspenso en cuanto a la libre disposición de sus bienes, circunstancia que reitera el artículo 142 del Reglamento situado expresamente bajo el epígrafe de “incapacidad”. Pero como queda indicado, no es propiamente la del suspenso una situación de incapacidad, sino una limitación que afecta a todo su patrimonio en garantía de los acreedores; por ello, aunque en principio no exista obstáculo registral para proceder a la práctica de la anotación de embargo decretada en juicio ejecutivo (8), que siempre estaría supeditada a la anotación de suspensión de pagos anterior, equivalente en el fondo a un verdadero embargo de todo el patrimonio del comerciante suspenso, si consideramos que es lógica la denegación de la misma, no sólo porque en el caso de constatarse tendría ésta un alcance muy limitado—surtiría efecto únicamente en el caso de que el suspenso no llegare a celebrar un convenio con los acreedores—, sino también porque su constatación ofrecería serios inconvenientes como el de complicar la situación de los acreedores para el caso de que la suspensión de pagos pasase a convertirse en quiebra.

(6) El art. 9. apartado 4 de la Ley de Suspensión de Pagos establece en garantía de los acreedores que «desde que se tenga por solicitada la suspensión de pagos, todos los embargados y administraciones judiciales que pudiese haber constituidos sobre bienes no hipotecados ni pignorados quedarán en suspenso y sustituidos por la actuación de los Interventores, mientras esta subsista, con arreglo a las normas que señale el Juzgado.

(7) Ob. cit., pág. 317.

(8) La Resolución de 15 de febrero de 1962, respecto a una anotación preventiva de embargo por débitos a la Hacienda, señala que no es obstáculo para practicarla la existencia de otra anotación Judicial anterior en que consta haberse admitido la solicitud de una empresa para que se declare a la misma en suspensión de pagos.

7. ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: NO PUEDE PRACTICARSE EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD UNA ANOTACIÓN DE EMBARGO CUANDO EN LOS LIBROS DE LA OFICINA FIGURA YA ANOTADA LA SUSPENSIÓN DE PAGOS DEL DEUDOR EMBARGADO.

Resolución de 26 de noviembre de 1968 («B. O.» de 12 de diciembre).

A) *Antecedentes de hecho.*—Como consecuencia del impago de varias letras de cambio aceptadas por don Luis Tapia Gómez, la “Compañía Española de Flockage, S. A.” promovió demanda ejecutiva, despachándose por el Juzgado de Primera Instancia número 10 de Madrid, con fecha 24 de octubre de 1966, mandamiento de ejecución contra los bienes y rentas del demandado y esposa. Por providencia de 13 de diciembre se acordó el embargo de varias fincas rústicas y diversa maquinaria del ejecutado, sitas en Béjar (Salamanca), expidiéndose por este Juzgado mandamientos descriptivos de las fincas y maquinaria embargada a efectos de su anotación en los correspondientes Registros, cuya presentación causó en el Registro de la Propiedad e Hipoteca Mobiliaria las siguientes notas calificadoras: “Se devuelve el precedente mandamiento, quedando archivado en el legajo de los de su clase el duplicado correspondiente, sin haber practicado la anotación de embargo ordenada en el mismo por resultar del Registro de la Propiedad la declaración del estado de suspensión de pagos del demandado, don Luis Tapia Gómez, lo que, dada la naturaleza, efectos y consecuencias del expediente o procedimiento de dicha suspensión, impide extender la anotación de embargo ordenada al infringirse la Ley de 26 de julio de 1922, y concretamente el artículo 9.º de la misma. El carácter insubsanable del defecto indicado impide asimismo tomar anotación de suspensión”; en análogos términos se produce la nota calificadora del Registro de Hipoteca Mobiliaria.

Interpuesto recurso gubernativo por la Sociedad ejecutante contra la anterior calificación, basado en que la solicitud del expediente de suspensión de pagos es de fecha posterior al auto judicial que despacha la ejecución, el informe del Registrador se fundó sustancialmente en que al afectar la cuestión debatida a dos Registros distintos, Propiedad e Hipoteca Mobiliaria, con regulación diferente, son dos en lugar de uno los recursos que debieron haberse interpuesto, ello prescindiendo de que la anotación de embargo pretendida en el Registro de Hipoteca Mobiliaria tiene su cauce adecuado no en la Ley Hipotecaria, sino en lo establecido en el Reglamento del Registro Mercantil, que señala un procedimiento distinto, y que en cuanto a la denegación de anotación en el Registro de la Propiedad, la circunstancia de figurar anotada en los libros de la oficina con anterioridad a la presentación del mandamiento de embargo, el estado de suspensión de pagos del ejecutado es la que imposibilita la práctica de la anotación solicitada.

El Presidente de la Audiencia aceptó la incompetencia de jurisdicción opuesta por el Registrador sin entrar por ello a conocer del fondo del recurso gubernativo, declarando no haber lugar a la pretensión del recurrente en cuanto a la anotación de embargo de bienes inmuebles por razones análogas a las expuestas por el funcionario calificador.

Alzado el recurrente de la decisión presidencial, 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.*—Vistos los artículos 4, 6 y 9 de la Ley de 26 de julio de 1922; 42 y 43 de la Ley Hipotecaria; 142 y 166, 4.º, del Reglamento para su ejecución; las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1898, 1 de febrero de 1909, 21 de abril de 1934, 30 de mayo de 1959 y 4 de julio de 1966, y la Resolución de este Centro directivo de 14 de noviembre de 1968.

Considerando que en el presente expediente no será materia de debate el recurso gubernativo relativo a la negativa de practicar una anotación de embargo sobre bienes muebles en el Registro de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento, dado que no se ha empleado el procedimiento adecuado, por lo que únicamente se entrará a examinar el interpuesto contra la calificación del Registrador de la Propiedad que precisamente afecta a los mismos interesados que el recurso decidido por este Centro en la Resolución de 14 de noviembre de 1968, y plantea idéntico problema, es decir, si puede practicarse en el Registro de la Propiedad una anotación de embargo cuando en los libros de la oficina figura ya anotada la suspensión de pagos del deudor embargado;

Considerando que, como declara la expresada Resolución, en la suspensión de pagos es esencial la situación de igualdad de todos los acreedores que no tengan el carácter de privilegiados, lo que obliga a la paralización de las acciones individuales y actuación conjunta de todos ellos, razón por la cual la Ley de 26 de julio de 1922 (artículo 9, apartado 4.º) dispone que la ejecución de las sentencias dictadas en procedimientos en que se hayan perseguido bienes no especialmente pignorados o hipotecados quedarán en suspenso hasta que termine el expediente de suspensión, y a la vez ordena que no se hagan efectivos los embargos y administraciones judiciales individuales una vez solicitada la suspensión de pagos (artículo 9 de la repetida Ley), así como que sean los Interventores nombrados quienes actúen a partir de ese momento en interés del conjunto de acreedores, sin que puedan, con arreglo a Derecho, satisfacer aisladamente a un acreedor singular, todo lo cual lleva a la conclusión de que no puede practicarse en el Registro la anotación de embargo solicitada.

E. F. C.

8. INSCRIPCIÓN DE BIENES DE SOCIEDAD CONYUGAL. RECTIFICACIÓN DE INEXACTITUD DE LOS ASIENTOS EXTENDIDOS CAUSADA POR DEFECTOS DE LOS TÍTULOS: INSCRITAS EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD VARIAS ESCRITURAS DE VENTA DE DIVERSAS FINCAS COMO BIENES PRIVATIVOS DEL MARIDO COMPRADOR, POR ENTENDERSE QUE ERA CATALÁN Y EL RÉGIMEN MATRIMONIAL EL DE SEPARACIÓN DE BIENES, NO PUEDE SU ESPOSA POR SÍ SOLA RECTIFICAR EL CONTENIDO DEL ASIENTO REGISTRAL PARA QUE SE CUMPLA CON LO ORDENADO EN EL ARTÍCULO 95-1.º DEL REGLAMENTO

HIPOTECARIO, Y LOS BIENES APAREZCAN A NOMBRE DE AMBOS ESPOSOS SIN ATRIBUCIÓN DE CUOTAS Y PARA LA SOCIEDAD CONYUGAL. PARA PROCEDER A TAL RECTIFICACIÓN SE PRECISA INEXCUSABLEMENTE EL CONSENTIMIENTO DEL MARIDO, COMO TITULAR REGISTRAL, O EN SU DEFECTO RESOLUCIÓN JUDICIAL, SEGÚN ESTABLECE EL ARTÍCULO 40, d), DE LA LEY HIPOTECARIA.

Resolución de 17 de febrero de 1969 («B. O.» de 3 de marzo).

A) *Antecedentes de hecho.*—Don Jesús Errasti Zubeldia compró varias fincas urbanas en Barcelona mediante escrituras autorizadas por el Notario de aquella ciudad don Luis Riera Aisa los días 20 de mayo y 12 de septiembre de 1961, sin que se hiciera constar en tales escrituras la procedencia del dinero, pero sí que el comprador estaba casado con doña Etorne Carbajo Bardeci. Por otra escritura otorgada ante el mismo Notario el 1 de diciembre siguiente, se dio carta de pago de varios precios aplazados, solicitándose la cancelación de las correspondientes condiciones resolutorias. Dichas escrituras de compra fueron inscritas a nombre de don Jesús Errasti Zubeldia a comienzo del año 1962 en el Registro de la Propiedad número 6 de Barcelona.

Doña Etorne Carbajo Bardeci, que a la sazón tramitaba la separación matrimonial de su esposo, presentó en el Registro una instancia suscrita el 1 de julio de 1967, a la que acompañaba certificado de matrimonio contraído en Zamudio (Vizcaya) y un acta de notoriedad autorizada el 10 de julio de 1967 por el Notario de Barcelona don Alberto Campos Porrata para acreditar la no existencia de contrato matrimonial y la sujeción al régimen legal de gananciales, solicitando del Registrador, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 95, regla 1.ª R. H., la rectificación de los asientos que motivaron las aludidas escrituras de compraventa, la extensión en todo caso de la nota marginal a que se refiere el párrafo segundo de la regla 3.ª de dicho artículo y, en el supuesto de que el funcionario calificador apreciase la existencia de defectos subsanables, la extensión de la oportuna anotación.

Presentados en el Registro estos documentos, causaron la siguiente nota calificadora: “Vistos los complementarios acompañados—certificación de matrimonio en Zamudio (Vizcaya) de los cónyuges a que se refiere el presente escrito y copia del acta de notoriedad de ese hecho autorizada en 10 de julio de 1967 por el Notario de ésta señor Campos Porrata—, se han suspendido las inscripciones y notas de rectificación solicitadas, porque siendo de aplicación la normativa de los títulos séptimos de la Ley y Reglamento Hipotecarios no concurren los supuestos allí exigidos por no constar la conformidad del titular interesado o providencia judicial supletoria. De acuerdo con lo pedido y dado el carácter subsanable del defecto y del de falta de legitimación de la firma de la instancia, que también existe, se han practicado en su lugar anotaciones preventivas de suspensión por término de sesenta días hábiles, a los folios, tomos y libros que expresan los cajetines puestos al margen de las respectivas descripciones”.

Interpuesto recurso gubernativo contra la anterior calificación por doña Etorne Carbajo Bardeci, el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este

funcionario, haciendo referencia en el auto al artículo 1.º de la Ley Hipotecaria, que establece que los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales. Y a instancia de la recurrente, la Dirección General confirma el auto apelado y la nota del Registrador fundándose en las siguientes razones:

B) *Doctrina de la Dirección General de los Registros.*—Que autorizadas en Barcelona varias escrituras de venta en las que consta que el comprador figuraba casado con doña Pentecostés Carbajo Bardecí, pero sin que se hiciera constar la regionalidad de los mismos, las adquisiciones se inscribieron en el Registro de la Propiedad como bienes privativos del marido, al entenderse que era catalán y el régimen del matrimonio el de separación de bienes, por lo que la cuestión que plantea el expediente consiste en resolver si puede por sí sola la mujer, a través de los documentos presentados, rectificar el contenido del asiento registral para que se cumpla lo ordenado en el artículo 95, 1.º, del Reglamento Hipotecario y los bienes aparezcan a nombre de ambos esposos sin atribución de cuotas y para la sociedad conyugal.

Que todo el problema deriva de la existencia en nuestra Patria de diferentes regímenes económico-matrimoniales, junto con las dificultades propias de la prueba de vecindad, pues como ya declaró la Resolución de 3 de julio de 1967, el cambio de domicilio o residencia no lleva aparejado, en su caso, la modificación de la regionalidad mientras no se produzcan las circunstancias exigidas por el artículo 15 del Código civil e, incluso producidas, la inmutabilidad del régimen matrimonial, una vez contraído el matrimonio, puede dar lugar a que si se reside en una región de distinto régimen legal y no aparece justificada la vecindad que se tenía en aquel momento se originen situaciones no concordes con la realidad.

Que para evitar en lo posible la anterior situación y se aplique a personas sujetas a Derecho común en provincias forales y viceversa una legislación civil que no es la que les corresponde, es por lo que el artículo 161 del Reglamento Notarial establece que se hará constar necesariamente en la comparecencia de la escritura la regionalidad de los otorgantes cuando el acto se otorgue fuera del territorio de su región y pueda influir en la determinación de la capacidad y legislación aplicable y—dadas las dificultades de prueba—tal expresión se haría según el artículo 160, por lo que conste al Notario o resulte de las declaraciones de los interesados y de sus documentos de identidad, circunstancia ésta que no se tuvo en cuenta por el fedatario en las diferentes escrituras de compraventa autorizadas, en las que, si bien se hace constar el nombre del otro cónyuge, se omite toda referencia a la regionalidad, y al reseñarse, de otra parte, la vecindad de los mismos en Barcelona, ha dado lugar al asiento discutido.

Que lo solicitado por doña Pentecostés Carbajo supone, por tanto, la rectificación de unos asientos registrales que pudieran ser inexactos, debido a un defecto de los títulos que les sirvieron de base para su práctica y para proceder a ello no son suficientes los documentos presentados, pues según el artículo 40, d), se precisa ineludiblemente el consentimiento de su marido, don Jesús Errasti Zubeldia, como titular registral, o en su defecto resolución judicial.

C) *Comentario.*—La publicidad registral que con el asiento de inscripción se obtiene apunta por lo menos a un triple contenido mínimo: el sujeto a cuyo favor se reconoce el derecho publicado; la situación jurídica de poder concreto o conjunto de facultades que a dicho

sujeto se atribuye: la finca o término objetivo sobre la que recae aquella titularidad. Titular registral, derecho o situación jurídica inscrita en unión de su título originador, y finca en sentido registral son los tres elementos sobre los que se proyecta el contenido del Registro. Elementos esenciales en la estructura de la relación jurídica publicada y que necesitan estar perfectamente delimitados o determinados (principio de especialidad). Para que los datos del Registro puedan ser conocidos por todos con claridad y precisión. Fijémonos ahora en el primero de dichos elementos, es decir, el titular registral y algunas de las circunstancias que su precisa determinación exige.

En relación con el titular registral, nos interesa recordar ahora dos de las cualidades que a él afectan esencialmente y algunos de los problemas que su constancia registral plantea. Nos referimos a la vecindad civil y al régimen económico matrimonial vigente para el caso de que el titular sea casado. Consideremos por separado ambos aspectos.

a) La subsistencia de los Derechos forales en el momento de redactarse el Código civil, por razones de todos conocidas, determina la peculiaridad de nuestro sistema jurídico consistente en la concurrencia de diversas legislaciones civiles con ámbito territorial distinto y heterogéneo contenido normativo. La vecindad civil, resultante de esa pluralidad normativa, se define por la doctrina más autorizada como "la condición de la persona que determina, respectivamente, la aplicación de las disposiciones del Código civil y de las de cada uno de los derechos forales, en cuanto a su estatuto personal" (1). Cualidad de la persona tan esencial que abarca todo el estatuto personal (derechos y deberes de familia, capacidad, régimen sucesorio: cfr. artículo 15 C. c.) y tiene la consideración de un auténtico estado civil (2). Como tal, se inscribe en el Registro Civil (3).

La coexistencia de las diversas vecindades existentes en nuestra Patria, la ineludible necesidad de atribuir a cada español una de ellas, y la importancia que la vecindad vigente en cada caso tiene para la capacidad personal, imponen un doble orden de cuestiones: 1) Determinar cuáles son los criterios legales en virtud de los cuales se goza de una u otra vecindad. Problema de adquisición o cambio de la vecindad civil que el Código civil regula claramente en el artículo 15 y que no plantea ahora mayores dificultades. 2) Acreditar en cada caso cuál es la vecindad correspondiente a una determinada persona. Problema de prueba de la vecindad, mucho más espinoso y difuso que el anterior. Por su propia naturaleza, el Registro Civil sería el instrumento de publicidad adecuado para exteriorizar la vecindad de cada persona. La inscripción en el Registro Civil debería ser título de legitimación y título probatorio privilegiado de la situación jurídica creada por el sometimiento a una vecindad civil en particular.

Pero, desgraciadamente, los asientos del Registro Civil no constituyen prueba eficaz en esta materia. En caso de vecindad originaria, si no hay inscripción expresa—lo cual es perfectamente posible—, habrá de presumirse a través del domicilio del padre o de la madre. Si hay inscripción de vecindad, porque aun entonces las inscripciones de este contenido «sólo dan fe de las declaraciones en cuya virtud se practican» (art. 227 R. R. C.). Acreditan la declaración de voluntad causante o exteriorizante de la vecindad, pero no esta misma como

(1) FEDERICO DE CASTRO: *Compendio de Derecho civil*, 4.^a edición. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, pág. 341.

(2) Loc. cit., pág. 342.

(3) Cfr. Art. 1-7.º L. R. C., de 8 de junio de 1957.

situación jurídica relevante. Que es lo que en realidad importa. Y en caso de vecindad derivativa (cambio de vecindad), porque se puede adquirir una vecindad distinta a la originaria por la residencia durante diez años en territorio distinto al sometido a la vecindad de origen, si no se hace declaración en contra (art. 15-3.º C. c.). El mero transcurso del tiempo unido a la residencia continuada en un determinado lugar son causas suficientes para el cambio de vecindad. Sin que dicho cambio llegue a tener acceso al Registro. De donde la publicidad registral es, o puede ser al menos, manifiestamente incompleta. En definitiva, insegura (4) Dificultad de la prueba de la vecindad civil, que ha sido debidamente señalada por los autores (5) y por el propio Centro Directivo (6).

¿Cómo regula nuestro derecho positivo este tema de la constancia de la vecindad civil de una persona que inscribe a su nombre un derecho real sobre una finca? ¿Cómo se recoge, en las inscripciones practicadas en el Registro de la Propiedad, la vecindad civil del titular registral, según resulte éste sometido al derecho de Castilla o al de-

(4) Supuesta la necesidad de acreditar en cada momento la vecindad civil afectante a una persona, en orden a determinar el esquema de su estatuto personal y su capacidad o incapacidad especial para un determinado acto, el problema de la discordancia entre la verdad registral publicada —cuando ella conste. Cfr Art. 46, L. R. C— y el estado civil realmente disfrutado es lo suficientemente grave como para obligar a una serena reflexión crítica sobre el mismo. Con vistas a una posible y futura reforma del título preliminar del C. c., si se estima procedente. Valorando adecuadamente el sistema actual del C. c. y la L. R. C. (de vecindad originaria posiblemente no inscrita, de cambio de vecindad por mero transcurso del tiempo sin mas y de ineficacia probatoria de las inscripciones de vecindad respecto al propio «status» publicado) y la inseguridad que en cada caso representa no conectar necesariamente el cambio de ese estado civil con la publicidad del Registro. Quizá fuera esta una de las materias en que la inscripción en el Registro Civil debería ser más necesaria y coactiva. Incluso mediante la modificación del sistema del Código Si se piensa que no puede quedar a merced de la ignorancia o negligencia del interesado la constatación oficial de un estado civil tan importante.

Quede esa reflexión encomendada a los estudiosos del tema.

(5) «Existen para la prueba de la vecindad civil semejantes dificultades que respecto a la prueba de la nacionalidad. La inscripción en el Registro Civil se impone sólo cuando la conservación o cambio de la vecindad depende de la manifestación de voluntad del interesado ante el encargado del Registro (Art. 15). En los demás casos habrá que tener en cuenta la posesión de estado y las reglas generales sobre la prueba (Arts. 1.214, 1.215), aunque, como para la nacionalidad, se han dictado disposiciones que facilitan la prueba (presunciones)»

(F DE CASTRO: Loc cit., pág. 346).

Y nos preguntamos: ¿No parece impropio mantener tan menguada eficacia de la inscripción en el Registro Civil como hace el referido Art. 227 R. R. C., sin que ni siquiera llegue a probar la vecindad civil vigente?

(6) La determinación de la nacionalidad y, en su caso, vecindad foral de la vendedora constituye una de las cuestiones más arduas que pueden presentarse por la dificultad que supone siempre la prueba de nacionalidad o vecindad ya que, en términos generales, no hay datos suficientes para estimar positivamente o para poder basar en la inscripción del Registro Civil estas circunstancias, por lo que habrá que acudir a todo medio de prueba, entre otros, las inscripciones de concesión de nacionalidad, la posesión de estado, o presunciones como las establecidas en el Art. 6º de la Ley de 8 de junio de 1957, o la que deriva del posible expediente a que hace referencia el Art. 96 de la misma Ley (Resolución de la Dirección General de los Registros de 23 de junio de 1964).

Cfr. igualmente la Resolución de 3 de julio de 1967.

recho catalán, aragonés, balear, etc? El artículo 51-9.º R. H. establece, como uno de los requisitos subjetivos de las inscripciones extensas, y que se refiere tanto a las personas naturales de quienes proceden los derechos como a las personas a cuyo favor se practica la inscripción, que se añadirán si resultaren del título” en su caso, la vecindad foral y la nacionalidad”. La frase transcrita fue así redactada por la reforma que del R. H. hizo el Decreto de 17 de marzo de 1959. Antes de esta reforma, el texto reglamentario señalaba que «se añadirán, si resultaren del título, el domicilio o vecindad».

Dejando ahora aparte el tema de la nacionalidad, que no nos interesa en este momento, y pasando por encima de la posible incorrección del texto reformado al confundir o unificar vecindad y domicilio, conceptos perfectamente diferenciables, por haber sido debidamente subsanado este error en la reforma, el problema que se nos plantea es el de interpretar el alcance de las palabras, «en su caso», que preceden a la vecindad y nacionalidad en la edición reformada. Tales palabras pueden entenderse, por lo menos, de una de dos maneras:

1. Como sinónimas de “cuando figuren en el título tales circunstancias”. Entonces sólo cuando en el documento inscribible constara la vecindad del adquirente, o la de su causante, podría hacerse constar en la inscripción ese estado civil. El asiento registral se limitaría a ser mera transcripción o repetición del título en este punto, al margen del juicio de valor sobre su posible necesidad, y dependiendo siempre de la voluntad del otorgante o compareciente, que podrá o no hacer constar esa circunstancia. Las palabras «en su caso» serían redundativas y prácticamente inútiles. Porque en la misma frase, y un poco antes, ya se había advertido que tales circunstancias personales, y las demás que resultan comprendidas en esta oración, sólo se harán constar en la inscripción si figuran en el título inscribible. Si el título las silencia, no podrán constar en la inscripción, ni siquiera esta omisión podrá hacer el título no inscribible, supuesto que su constancia en el documento y en el asiento es meramente voluntaria, no necesaria.

2. Como equivalentes a “cuando fuera legalmente necesario”. Lo que apunta a una nueva interrogación: ¿En qué casos resulta imperativo por mandato legal la constancia en la inscripción de la vecindad civil del titular? A falta de un precepto legal expreso en este sentido, cabría pensar restrictivamente que aquella constancia de la vecindad sólo será necesaria cuando la situación jurídica que se inscriba quede inmediatamente afectada por la vecindad foral (por ejemplo: adquisición de finca por menor edad mayor de 14 años sometido al derecho aragonés; enajenación de fincas por mujer casada catalana sin capitulaciones matrimoniales, etc.). Teniendo en cuenta además, de acuerdo con el artículo que comentamos, que sólo el sometimiento a un régimen foral, y no al C. c., debe figurar en la inscripción cuando proceda (7). Criterio que tendrá a su favor mayor o menor justificación,

(7) El Reglamento sólo establece que se haga constar en la inscripción la vecindad foral. Quiere ello decir que no es preciso la expresión circunstanciada de la vecindad civil castellana o sometimiento al C. c. Quizá porque se pensó que la falta de indicación en este punto hace presumir el sometimiento al Derecho civil de Castilla. Y que sólo cuando entre en juego alguno de los derechos forales, más peculiares y especiales en su aplicación, deberá hacerse constar así expresamente. Lo cual puede no ser del todo correcto en su justificación, por implicar una desigualdad entre las diversas vecindades y un trato de desfavor o extrañeza ante los regímenes forales. Apreciación esta que no parece muy conforme con el actual momento histórico. Pero que fa-

pero que constituye un dato legal inexcusable. Así, pues, en tales casos en que la vecindad del titular debe llegar al Registro, su omisión hace al título ininscribible, por adolecer de ese defecto subsanable. La publicidad registral de ese «status» foral ya no depende sólo de la arbitrariedad o interesada voluntad individual. Sino de un criterio más objetivo. La determinación de cuándo sea necesaria y cuándo no aquella constancia, queda encomendada a la función calificadora del Registrador de acuerdo con la naturaleza del acto cuya inscripción se pretende. El problema se agudiza cuando la vecindad foral determina el régimen económico matrimonial. Pero de esto ya nos ocuparemos luego.

De ambas interpretaciones, LA RICA se inclina, naturalmente, por la segunda (8). También a nosotros nos parece la más razonable, aunque no exenta de dificultades en algunos supuestos de su aplicación práctica, como en seguida veremos.

A su vez, el R. N. impone a los Notarios el deber de hacer constar en las escrituras «la regionalidad» de los otorgantes sólo cuando esta cualidad personal pueda influir en la determinación de la capacidad y además se otorgue el documento fuera del territorio de su región (art. 161). Y aun entonces, la necesaria expresión de la vecindad se hará «por lo que conste al Notario o resulte de las declaraciones de los otorgantes y de sus documentos de identidad» (art. 160).

Teniendo en cuenta que aquí el vocablo nada técnico de «regionalidad» parece referirse más al concepto estricto de vecindad foral, sumisión a alguno de los derechos forales, y no al concepto amplio de vecindad civil que afecta a todo español sea cualquiera el régimen jurídico, castellano o foral, a que este vinculado (9), resulta de los preceptos indicados: Que en principio la vecindad civil castellana no se hace constar en los instrumentos notariales. Que la vecindad foral sólo debe necesariamente expresarse cuando su existencia afecte a la capacidad de los otorgantes; lo cual es lógico, de acuerdo con lo antes dicho (10), pero implica un importante juicio de valor a cargo del Notario autorizante, que no puede ser revisado por el Registrador en su calificación si el Notario no hizo constar ese dato, porque el Registrador carecerá entonces de elementos para valorar si tal regionalidad foral—que no se expresa—puede o no afectar a la capacidad del titular registral. Que, por si ello fuera poco, para mayor imprecisión normativa se establece que sólo será necesaria la mención de la vecindad cuando, además de afectar ésta a la capacidad del otorgante (11), se otorgue la escritura fuera del territorio de su región. Y por si ello no

cilita la práctica grandemente, aún a costa de alguna posible injusticia como luego veremos. Porque así, o se hace constar (en la escritura y en la inscripción) la vecindad foral expresamente y cuando proceda, o se presume automáticamente la pertenencia al régimen del C. c.

(8) *Comentarios a la reforma del Reglamento Hipotecario*, Madrid, 1959, página 88.

(9) La cuestión no deja de ser dudosa. Pero no podemos entrar ahora con más detalles en su interpretación. A pesar de esta falta de fundamentación, preferimos entenderla en el sentido limitado que arriba se indica por las razones antes expresadas respecto al R. H., por su formulación literal y en atención a la aplicación práctica que de la norma se hace habitualmente por los Notarios.

(10) Cfr. *supra* 2

(11) Y creemos que este condicionamiento debería bastar por sí sólo para imponer necesariamente la expresión de la vecindad, por su propia entidad e influencia inmediata sobre el negocio jurídico que se formaliza, sin necesidad de nuevos requisitos concurrentes.

resultara aún bastante inseguro, la constancia de aquel dato no es verificable por el Notario—o, al menos, no lo es en todo caso, mediante el correspondiente medio de prueba—, sino que tiene su origen en la mera declaración de los interesados. De modo que si la mujer casada que comparece ante un Notario de Zaragoza para vender una finca —pongo por ejemplo—afirma ser de vecindad foral catalana sin probarlo, así podrá expresarse en la escritura y así condicionará este presunto estado civil su capacidad dispositiva. Lo mismo podrá ocurrir cuando el otorgante silencia su vecindad foral concreta, y cree con ello la presunción de estar sometido al C. c.

En definitiva, queda a merced de la voluntad o de la negligencia del interesado la determinación en la escritura notarial de un dato tan importante como su vecindad foral. Y el lugar del otorgamiento de la escritura, si está sometido a cualquier derecho foral, creará la presunción de ser la vecindad de los otorgantes la correspondiente a ese territorio, sea o no cierto esto último. Sistema de presunciones y falta de prueba adecuada que puede ser causa de graves errores en las escrituras notariales y en sus respectivas inscripciones. Con el consiguiente riesgo de inexactitud e inseguridad en el tráfico.

Los preceptos del Reglamento Notarial antes transcritos nos parecen, en verdad, insuficientes e insatisfactorios. Y pensamos que en una próxima revisión crítica del texto reglamentario sería procedente la reforma y ampliación de estas normas. Para preparar lo cual podría ser buen camino la práctica notarial uniforme en el sentido de hacer constar en todo caso—en todo caso en que sea necesario, se entiende, de acuerdo con la naturaleza del acto documentado—la vecindad civil o foral del otorgante, la causa de gozar una u otra vecindad—título de atribución del estado civil—y la prueba (documental, confesión, etc.) de la misma—título probatorio—, cuando esta última sea posible.

b) El problema se complica y se torna más grave cuando pasamos de la vecindad civil al régimen económico matrimonial vigente. Me refiero, naturalmente, a los supuestos en que el titular registral esté casado. Problema éste frecuentísimo en la práctica y estrechamente vinculado con el anterior. Porque la realidad de la celebración de capítulos matrimoniales en un determinado sentido, la posibilidad de su contenido y de su variación y el régimen legal supletorio para el caso de que falten las capitulaciones, vienen decisivamente condicionados por la previa vecindad civil o foral de cada persona en concreto.

Si el régimen económico matrimonial regula las relaciones patrimoniales surgidas durante el matrimonio, sus normas son fundamentales para determinar la naturaleza de las masas de bienes del marido y de la mujer (bienes comunes, privativos, separados, etc.) y, concretamente, de cada uno de los bienes adquiridos durante el matrimonio. Fácilmente se comprende la importancia que tiene aquel estatuto jurídico en relación con el Registro de la Propiedad, cuando los derechos inmobiliarios cuya publicidad se solicita son adquiridos por personas casadas. La calificación de la naturaleza jurídica de estos derechos afecta a su propio régimen y a los requisitos de su disposición ulterior. Esto último es lo que al Registro importa, como título de legitimación para el acto dispositivo futuro. Por eso el R. H. contiene normas muy precisas (arts. 92 a 96) sobre la forma de inscribir los bienes—comunes o gananciales, privativos, etc.—adquiridos durante el matrimonio. Para reflejar adecuadamente su naturaleza jurídica dentro de las masas patrimoniales de los cónyuges y condicionar su posterior enajenación.

El régimen económico del matrimonio puede tener su origen en el pacto o en la ley. En el primer caso, su regulación viene determinada por el contenido de las capitulaciones matrimoniales celebradas. Será

preciso, por tanto, conocer esas capitulaciones para precisar la naturaleza de los bienes adquiridos, en función del régimen respectivo que se haya pactado, y las correspondientes facultades dispositivas del marido y de la mujer sobre cada clase de bienes. En defecto de pacto expreso—hecho negativo que habrá que probar—, entrará en vigor el régimen legal supletorio: sociedad legal de gananciales para el sistema del C.c., o el que en cada caso corresponda para cada uno de los derechos forales.

Supuesta la necesidad de conocer el régimen económico matrimonial vigente en cada caso, surge aquí de nuevo el problema de su prueba. ¿Cómo acreditar el régimen a que están sometidos los bienes del matrimonio en un momento dado? Por su propia trascendencia, parece absolutamente necesario dotar de adecuada publicidad a los regímenes económico matrimoniales. El tema ha sido estudiado con su habitual precisión por LACRUZ BERDEJO (12). Señala el catedrático de Zaragoza la insuficiencia de los Registros de la Propiedad y Mercantil en su actual regulación para lograr esa publicidad. Y contempla con detalle la fórmula legal de la llamada «indicación» en el Registro Civil, contenida en los artículos 77 L. R. C y 264 y 265 R. R. C. La «indicación» como medio de constancia registral sui generis, inscripción con valor de publicidad y no de medio específico de prueba. Como tal carece del efecto de «fe pública». Es voluntaria. Publica únicamente las estipulaciones capitulares, no la existencia del correspondiente régimen legal supletorio. La «indicación» no acredita la validez de los capítulos ni su contenido, pero sí su existencia. De modo que la falta de «indicación» hace imposible el régimen capitular frente a los terceros, y éstos pueden legalmente desconocer aquéllos y presumir válidamente el régimen legal (13).

El R. H. no señala al régimen económico matrimonial como una de las circunstancias que deba contener la inscripción extensa cuando el adquirente sea casado. Tan sólo exige que se haga constar el nombre y apellidos del otro cónyuge cuando la adquisición afecte a la sociedad conyugal (art. 51, 9.º). Pero presupone ese necesario conocimiento de aquel régimen económico: 1) Porque para determinar si el acto o contrato que se inscribe afecta a la sociedad conyugal, es preciso saber previamente si tal sociedad conyugal existe. Es decir, si rige un régimen capitular o legal supletorio. Y, además, cuál sea uno u otro en su caso. 2) Porque el artículo 95 dicta normas para inscribir los bienes gananciales en sus diversas modalidades de adquisición (14). Y para que el Registrador actúe en consecuencia cumpliendo el mandato reglamentario, deberá calificar previamente la vigencia del régimen ganancial o su exclusión. En definitiva, necesidad en todo caso de fijar el régimen económico del matrimonio para poder inscribir la adquisición de un derecho real inmobiliario hecha por persona casada.

Incongruente con esas exigencias de calificación, el R. N. sólo establece la necesidad de hacer constar «el nombre y apellidos del cónyuge... salvo que por Ley o por pacto no exista entre los cónyuges sociedad de gananciales» (art. 159). La constancia en la escritura del nombre y apellidos del otro cónyuge, sin ninguna otra explicación, podrá hacer presumir a sensu contrario y de acuerdo con la expresión reglamenta-

(12) Los regimenes económicos del matrimonio y la publicidad registral, en esta REVISTA, septiembre-octubre, 1963, págs. 593 y sigs.

(13) Cfr. págs. 601, 603, 604, 605 y 608.

(14) E incluso pensamos que tales normas son de analógica aplicación a los supuestos de comunidad de bienes —pactada o legal— de naturaleza no ganancial. Pero no vamos a entrar ahora en esta matización interpretativa.

ria citada, que está vigente el régimen de gananciales. ¿Pero cómo mantener esa presunción si la escritura se otorga en territorio sujeto a derecho foral catalán y no se dice nada sobre la vecindad de los esposos, cuando esta omisión hara presumir su vecindad catalana? (15). Sobre todo: ¿A qué prueba deberá acudir el Notario para establecer la vigencia de un régimen no ganancial? ¿Bastará con la falta de «indicación» en el Registro Civil? ¿Puede quedar tan importante dato entregado a la mera voluntad o negligencia de los interesados? Si los preceptos del R. N. nos parecían incompleto en materia de vecindad civil, igualmente nos resulta insatisfactorios en este punto del régimen económico matrimonial. E incluso aquí con carácter más grave.

HERMIDA LINARES ha estudiado con detenimiento este importante problema, tan frecuente en la práctica, de la necesidad de completar y coordinar los R. H. y R. N. para la adecuada inscripción de los bienes de los cónyuges, sea cual sea su régimen económico vigente (16).

Con la prueba del régimen económico matrimonial surgen dificultades parecidas o aun mayores de las que vemos al tratar de la prueba de la vecindad civil. Por no haber un instrumento hábil para su constancia y publicidad. Y porque, en definitiva, este estatuto económico depende también de aquel dato de la vecindad civil de los esposos, de difícil comprobación.

Rige aquí igualmente el sistema de presunciones, tan propicio a la inexactitud. Máxime si se une a la pobre regulación del R. N. en estos aspectos. Presunción de régimen supletorio legal, si el interesado no alega expresamente la celebración de capitulaciones, y en función de la vecindad del marido en el momento de contraer matrimonio. La cual vecindad, a su vez, y a falta de una prueba más directa, puede presumirse igualmente de acuerdo con el domicilio. Vemos, pues, en resumen, la imprecisión resultante de esta cadena de presunciones. A partir de este planteamiento, claramente apreciamos la necesidad de completar la regulación del Registro Civil en estos extremos y de conexionar su publicidad con la que brinda el Registro de la Propiedad. Tarea constructiva importante para mejorar la seguridad del tráfico, que encaja plenamente dentro del actual cuadro de preocupaciones del Derecho registral en nuestra Patria.

No hace falta subrayar otra vez la incertidumbre que deriva para el tráfico jurídico de ese grupo de presunciones tan gratuitas. Y como su actuación es contraria a la fijeza y seguridad que debe proporcionar el Registro de la Propiedad. Siguiendo el camino hoy vigente se hace posible la inscripción de actos incompletos, defectuosos o ineficaces. Lo cual implica evidentemente una regresión en nuestro sistema de publicidad registral. Sin olvidar que esta falta de prueba adecuada puede abrir la puerta fácilmente a una actuación en fraude a la ley. Si, por ejemplo, el marido que ha celebrado capitulaciones matrimoniales silencia este hecho al comparecer ante Notario y da lugar así a la presunción de estar sometido al régimen legal supletorio vigente en el lugar de su residencia. Y cuando este último sea el de separación de bienes, a través de esa doble presunción la mujer podrá quedar excluida de la legitimación para la disposición, que le corresponde si se pactó

(15) Cfr Art 161. R. N. y lo antes dicho

(16) «Inscripción de bienes de la sociedad conyugal. Necesidad de que en los documentos inscribibles se exprese el régimen económico del matrimonio a efectos del Art 95. R. H.» Ponencia presentada al Congreso de Derecho Registral celebrado en Madrid en 1961. Vid «Primer Congreso de Derecho Registral 2 a 6 de mayo de 1961. Ponencias, actas, conferencias» Public. del II. Colg. Nal. Reg. Prop. Esp. Madrid, 1965. pág. 223 a 239.

el régimen de gananciales. Supuesto parecido al del presente caso. Que arrastra el perjuicio de la mujer y la violación de la norma dispositiva de los bienes inmuebles gananciales. Parece deseable que se remedien en breve plazo las deficiencias legales que hacen posible en nuestro ordenamiento tales anomalías.

Siguiendo las orientaciones de los autores más modernos (LACRUZ BERDEJO, HERMIDA LINARES, GALLARDO RUEDA) y las conclusiones aprobadas en el Congreso de Derecho Registral de 1961, considero necesaria la creación de un Registro de regímenes económico matrimoniales, con valor de publicidad positiva y negativa, que acredite frente a los terceros en general (y no sólo frente a los terceros adquirentes de bienes concretos) el régimen vigente (convencional o legal; y, en su caso, las modificaciones del régimen que puedan producirse) en cada matrimonio. Que sea necesario para los contrayentes, al celebrar el matrimonio, formular una declaración relativa a estos extremos, de la misma manera que las otras declaraciones que pasan al acta matrimonial. Y que los Notarios, al autorizar escrituras de capitulaciones matrimoniales, remitan de oficio noticia de las mismas al encargado de este Registro especial. Pienso que de la conexión entre este Registro de regímenes matrimoniales (el cual deberá formar parte, normalmente, del Registro Civil) y el Registro de la Propiedad se derivarían ventajas indudables para la justicia y la seguridad del tráfico.

c) *Lo dicho hasta aquí tan apresuradamente quizá nos sirva para comprender mejor las vicisitudes del presente recurso. Lo primero que nos sorprende es que al autorizarse notarialmente las escrituras de compra en Barcelona, no se hiciera constar en ellas el régimen económico del matrimonio, para la necesaria calificación de si las fincas adquiridas eran privativas del marido comprador o comunes de ambos cónyuges. Ciertamente se expresaba el nombre de la esposa y, de acuerdo con el artículo 159 R. N., cabría deducir de ahí que el acto adquisitivo afectaba a la sociedad conyugal. Pero sin acreditar previamente la existencia de la sociedad conyugal, esa deducción resulta más que dudosa. Especialmente cuando el marido residía en Barcelona. He aquí el otro problema: Tampoco se hacía constar la vecindad civil del marido en el momento de contraer matrimonio.*

Redactadas las escrituras con ausencia de esos datos fundamentales. ¿podrán ser inscribibles? La Dirección General censura expresamente que no se hiciera constar en ellas la regionalidad del comprador, y con este juicio negativo estamos totalmente de acuerdo. Pero a pesar de esa omisión y de la del régimen matrimonial, ¿podieron inscribirse o no debieron por ello tener acceso al Registro? Ya hemos visto la laxitud de los preceptos reglamentarios vigentes en esta materia. La determinación de tan importantes circunstancias discurre en tales normas por la imprecisa vía de las presunciones. Podría así presumirse: 1) Que por no hacerse referencia a un régimen matrimonial pactado, estaría en vigor el régimen legal supletorio. 2) Que por no expresarse la vecindad del marido en el momento de contraer matrimonio, sería la misma que la que disfrutaba al otorgar la escritura. 3) Que al no precisarse tampoco ésta, debería ser la correspondiente a su residencia actual, es decir, la catalana. 4) Que, a pesar de indicarse en la escritura el nombre y apellidos de la esposa del comprador, ello no implicaba la existencia de sociedad conyugal. Porque no se había acreditado este extremo, y porque el juego de las presunciones anteriores llevaba a la conclusión de estar vigente el régimen de separación de bienes, legal supletorio en Cataluña.

A partir de la legalidad vigente no parece que deba denegarse la inscripción de una escritura redactada en esos términos, a pesar de

sus notorias omisiones. Admitida en el R. N. la débil prueba de presunciones para acreditar hechos tan importantes como la vecindad y el régimen matrimonial, la determinación de ambas circunstancias podría hacerse así en la forma indicada. Buena muestra de que este camino de fijación de datos no es idóneo, y que puede llegarse a conclusiones gravemente erróneas partiendo de presunciones tan inconsistentes, es precisamente el caso que nos ocupa. En que la rectificación de los errores sufridos dio lugar a la interposición del recurso (17). El problema es aún más impreciso si recordamos que el defecto de la escritura de no hacerse constar en ella la vecindad, ni siquiera pudo ser controlado por el Registrador calificador. En resumen: escritura notarial defectuosa por incompleta, fijación de datos básicos a través de presunciones infundadas e inscripción errónea así practicada. El Registro publicaba que las fincas compradas eran privativas del marido, cuando en realidad eran gananciales y debían ser inscribir a favor de ambos cónyuges.

Para justificar el error sufrido en la calificación de los bienes, la esposa acompañó acta de notoriedad acreditativa de estar vigente el régimen de gananciales. No se hace constar en el recurso si de la certificación del matrimonio presentada resultaba la vecindad civil del marido—que debía ser la castellana, sometimiento al C. c., como determinante del Régimen de gananciales—; ni si suscitó cuestión la prueba del régimen ganancial obtenida por ese procedimiento. A mi juicio, el acta notarial de notoriedad es un medio perfectamente hábil—o puede serlo, al menos—para acreditar la vigencia de la sociedad de gananciales. Pero para ello habría que probar igualmente en este caso que el marido estaba sujeto al derecho de Castilla. Porque sólo entonces, no habiendo capitulaciones matrimoniales, entraría en vigor el régimen legal supletorio del C. c. Es decir, que para probar el régimen ganancial habría que justificar la vecindad civil castellana del marido—sumisión al C. c.—en el momento de contraer matrimonio y la falta de capitulaciones matrimoniales. Supongo que el acta de notoriedad acompañada serviría para acreditar todos esos extremos.

En definitiva, se trataba de rectificar unos errores contenidos en las inscripciones practicadas, que tenían su origen en un defecto de los títulos y que legalmente tienen su encaje en el apartado d) del artículo 40 L. H. Por eso entiendo que no cabe aplicar aquí la dicotomía errores materiales o errores de concepto, como hacen la recurrente y el Registrador, ya que esa clasificación se aplica sólo a los errores sufridos en la inscripción que se cobijan en el apartado c) del mismo artículo 40 (cfr. art. 211 L. H.). El Registrador informante, el Presidente de la Audiencia y la Dirección General estimaron que para rectificar aquellos errores padecidos en las inscripciones, por ser defectuosos los títulos que las motivaron, era preciso el consentimiento del marido comprador, titular registral o, en su defecto, resolución judicial.

Tal decisión es conforme con el apartado d) del artículo 40 L. H., en el que se sitúa el problema planteado, y perfectamente válida desde el punto de vista legal estricto y formal. Sin embargo, puede conducir de hecho a resultados injustos en un caso como el presente. Porque habiéndose iniciado por la recurrente el trámite judicial de la separación matrimonial de su esposo, lo que pone de manifiesto la posible existencia de graves disensiones familiares, es fácil de prever que el marido no accedería a la rectificación registral, ni prestaría volunta-

(17) Como hizo constar la recurrente en sus alegaciones, aunque el Notario expresara que don Jesús Errasti era vecino de Barcelona, esta circunstancia no es suficiente para atribuirle vecindad foral catalana.

riamente su consentimiento para que las fincas inscritas a su nombre y como de su propiedad resultaran inscritas conjuntamente también a favor de su esposa y como gananciales. Con lo cual, mientras tal rectificación no se produjera, el marido podría vender libremente aquellas fincas sin el consentimiento de su esposa y quedar ésta defraudada. Tan claro e hiriente argumento fue ya esgrimido por la esposa recurrente. Pero no alcanzó a modificar la decisión del recurso.

Quizá la rectificación de los asientos, más que por vía del artículo 40-d) L. H., podría encauzarse a través de los artículos 92-2.º y 95-3.ª, párrafo último del R. H., a sensu contrario. Si se estima que la calificación de la finca como ganancial, y no privativa, es un hecho puramente fáctico, resultante de los documentos aportados, que modifica por sí mismo ese dato registral. Si después de inscrita una finca como ganancial se acredita cumplidamente que es privativa y ello puede hacerse constar por nota marginal modificando la atribución de los bienes inscritos, no hay razón para que esta nota marginal no pueda extenderse cuando se trate de una finca inicialmente inscrita como privativa y se acredite después su carácter ganancial. A pesar de las diferencias entre ambos casos, la atracción de la presunción ganancial en contra de la errónea atribución privativa puede servir como argumento frente a otros estrictamente formales. El camino parece, por lo menos, posible o discutible. Y sus consecuencias, más justas en este caso concreto.

No se nos oculta la dificultad formal de esta solución. Igual que apreciamos los inconvenientes prácticos de la otra. Si se estima válida la vía que apuntamos en este caso, quizá sirviera para reflexionar con más calma sobre este problema. Para fundamentar una futura interpretación más flexible de las normas reglamentarias. Y para preparar las bases de una reforma legal en estas materias, tan necesitadas de revisión. Si procede.

M. A. G.

REGISTRO MERCANTIL

1. SOCIEDADES MERCANTILES: PROHIBICIÓN DE ADOPTAR UNA DENOMINACIÓN IDÉNTICA A LA DE OTRA SOCIEDAD PREEXISTENTE. REGISTRO GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES: VALOR DE SUS CERTIFICACIONES. NATURALEZA DEL DEFECTO CONSISTENTE EN VULNERAR DICHA PROHIBICIÓN. SE ESTÁ ANTE UNA SITUACIÓN DE IDENTIDAD SI LAS VARIACIONES NO INTRODUCEN SUFICIENTE DIFERENCIACIÓN Y AMBAS DENOMINACIONES SON SUSCEPTIBLES DE CONFUSIÓN.

Resolución de 4 de diciembre de 1968 («B. O.» del 21).

A) *Antecedentes de hecho.*—En escritura otorgada en Huelva el 22 de noviembre de 1967 ante el Notario don Pablo Hernández de la Torre y Navas, se constituyó la Compañía Mercantil “Cerámica San

José, S. A.", habiéndose solicitado previamente certificación del Registro General de Sociedades Mercantiles, que expedida el 17 de junio de 1967 expresaba la existencia de una denominada "Cerámicas San José, Sociedad Limitada", constituida en Oviedo en 1949, y otra llamada "Cerámica de San José (Espigares Hermanos y Quesada), S. L.", constituida en Granada en 1945.

Presentada en el Registro Mercantil la escritura autorizada por el Notario señor Fernández de la Torre en unión de otra certificación del Registro General de fecha 17 de mayo de 1968, en la que figura, además de la Sociedad constituida por esta escritura, la llamada "Cerámica de San José (Espigares Hermanos y Quesada), S. L.", el Registrador mercantil de Huelva calificó con la siguiente nota: "Se deniega la inscripción de constitución de Sociedad Anónima a que se refiere esta escritura porque del certificado que se incorpora a la propia escritura y de otro que se acompaña, aparecen dos sociedades limitadas ya constituidas, con la misma denominación que la que se asigna a la anónima de esta escritura, salvo sutil diferencia inapreciable. Lo cual contradice los artículos segundos de las Leyes de 17 de julio de 1951 y de 1953, que regulan respectivamente las Sociedades Anónimas y Limitadas, y el artículo 144 del Reglamento del Registro Mercantil. Entendiendo que dicho defecto es insubsanable tampoco se toma anotación preventiva".

El Notario autorizante interpuso recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo alegando: que los artículos anteriormente referidos dicen que las sociedades no podrán adoptar en su constitución una denominación *idéntica* a la de otra sociedad preexistente; que el vocablo *idéntica* por el sentido restrictivo en que ha de tomarse una norma prohibitiva ha de entenderse en el sentido de *igual* y no en el sentido de equivalente a *muy parecido* que también le da el Diccionario como sentido vulgar; que la denominación elegida no es idéntica a las preexistentes, pues una de ellas está en plural y en otra se añade la razón social; hay un simple parecido pudiendo diferenciarlas perfectamente cualquier persona un poco cuidadosa. Continúan las alegaciones del Notario autorizante, que resumimos así: que al obligar el artículo 144 del Reglamento al Notario a dar el parte el día del otorgamiento sin esperar a la calificación registral parece que se pretende que el Registro funcione con total independencia, con los inconvenientes de la dualidad, desconociendo la inscripción verificada en el Registro General, lo que podría evitarse no dando el parte a la Dirección hasta que la Sociedad estuviese inscrita, de donde resulta que es la Dirección la que asume la misión de autorizar o rechazar la inscripción, puesto que pudiera ocurrir que autorizada una escritura a base de un certificado negativo llegue al Registro General entre la expedición de la certificación y el otorgamiento, otra ficha con denominación idéntica que ignorarían el Notario y el Registrador.

Los fundamentos del Registrador manteniendo su calificación son: Que a la palabra *idéntica* de las normas legales aplicables hay que darle su sentido jurídico, que la finalidad de tales normas es evitar la confusión en el tráfico mercantil que perjudicaría igualmente a socios, acreedores y al cuerpo social en general; que los artículos 196 y siguientes del Decreto-Ley de 26 de julio de 1929 sobre la Propiedad industrial protegen las denominaciones sociales, que pueden ser objeto de registro como nombres comerciales, con derecho a su uso exclusivo y facultad de proceder contra quien utilice otro *igual y semejante*; que la Jurisprudencia ha reafirmado este criterio (SS. de 9-XII-20, 10-VI-42 y 27-IV-35); que el Reglamento de Registro Mercantil impone a Notarios y Registradores la obligación de comprobar que no existe otra denominación igual a la que se pretende; que el acompañar nuevo cer-

tificado del Registro General no supone el visto bueno de la Dirección General a la denominación elegida, ya que este Registro sólo tiene valor informativo, sin que su contenido sea vinculante para Registradores y Notarios, que utilizarán dichos certificados en su calificación y que está conforme en que por la falta de coordinación del Registro General y el Mercantil pueden constituirse sociedades con idéntica denominación.

Mediante una escritura de modificación del artículo 1.º de los Estatutos, dando a la Sociedad el nombre de "Industrial Cerámica San José, S. A.", se practicó la inscripción en el Registro Mercantil de Huelva; pero el Notario manifestó su decisión de sostener el recurso a efectos doctrinales.

Y la Dirección General de los Registros y del Notariado acordó confirmar la nota del Registrador; *visitos* los artículos 125 y 145 del Código de Comercio; 2 y 11, 3.º de la Ley de 17 de julio de 1951; 2 y 7 de la Ley de 17 de julio de 1953; artículo 144 del Reglamento del Registro Mercantil de 14 de diciembre de 1956 y la Resolución de este Centro de 14 de mayo de 1968 (1); fundándose en la siguiente *Doctrina*:

(1) Los artículos 125 y 145 del Código de Comercio hacen de la razón social una de las determinaciones necesarias en las escrituras de constitución de las sociedades colectivas y comanditarias, respectivamente. El artículo segundo de la Ley de Sociedades anónimas de 17 de julio de 1951, después de imponer como necesaria la indicación «Sociedad anónima» en la denominación de la Compañía, salvo esto, completamente libre, dice en su segundo párrafo: «No se podrá adoptar una denominación idéntica a la de otra sociedad preexistente». El Art. 2.º de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada exige una denominación objetiva o una razón social añadiendo en todo caso, la indicación «Sociedad de Responsabilidad Limitada» o «Sociedad Limitada»; y en su segundo párrafo dice, «No se podrá adoptar una denominación o razón social idéntica a la de otra Sociedad preexistente, sea o no limitada».

El Art. 144 del Reglamento del Registro Mercantil (D. de 14 de diciembre de 1956) regula el Registro General de Sociedades en la Dirección General de los Registros y del Notariado, dando entrada en él, no sólo a las Sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, sino también a las colectivas y comanditarias. Aunque para formar las nuevas secciones 1.ª y 2.ª (Colectivas y Comanditarias) en cuanto a las Sociedades pretéritas se acude a unos estados que remitirían los Registradores mercantiles, el dato que, en general, sirve para la confección del Registro General de Sociedades, es el parte que debe enviar el Notario autorizante de escritura de constitución o de cambio de denominación o de razón social de cualquier clase de Sociedad Mercantil.

El artículo 196 del Decreto-Ley de 26 de julio de 1929 considera nombres comerciales los nombres de las personas y las razones y denominaciones sociales, que sean los propios individuos, Sociedades o entidades que se dediquen al ejercicio de una profesión, comercio o industria. El 199 dice que el Registro del nombre comercial será potestativo e independiente del que, con arreglo al Código de Comercio, deberán llevar a cabo los comerciantes. El registro del nombre comercial en el de la Propiedad Industrial da derecho al uso exclusivo del mismo y a proceder contra el que utilizare uno igual o semejante con posterioridad al registrado. El artículo 201 impide registrar como nombres comerciales, a) los solicitados por individuos o sociedades que puedan confundirse con otros anteriores, registrados para fines similares, c) las denominaciones de capricho o fantasía que no se distingan de otro nombre comercial, o de una marca, anteriormente registrados para productos o fines de la misma industria o comercio. Y conforme al artículo 202 las Sociedades que soliciten el registro de su nombre comercial deberán justificar éste mediante la presentación de la escritura o documento de constitución de la misma.

La resolución del Centro Directivo de 14 de mayo de 1968 («B. O. del Estado» del 25) afirma que la finalidad del Registro General de Sociedades es im-

B) *Doctrina de la Dirección General de los Registros.*—En este recurso se plantea la única cuestión de si puede imponerse a una Sociedad una denominación "Cerámica San José", coincidente con la de otras dos que aparecen ya constituidas según el certificado del Registro de Sociedades incorporado a la escritura y con una de ellas solamente, conforme a un segundo certificado presentado al solicitar la inscripción de la Sociedad en el Registro Mercantil.

El Registro de Sociedades creado por el Reglamento del Registro Mercantil de 1919 tiene como misión centralizar en un fichero único todas las denominaciones de Sociedades mercantiles constituidas en España a fin de proporcionar a través de los certificados, tanto a los particulares como a los funcionarios especialmente aptos en estas cuestiones, como son Notarios y Registradores, la información necesaria para que se cumpla lo prevenido en los artículos 2 de las Leyes de Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada, e impedir que se adopte por las nuevas Sociedades a constituir una denominación susceptible de confundirse con otra preexistente.

Que en el presente caso es forzoso estimar que se está ante una situación de identidad, pues la simple variación en cuanto a la primera de las palabras que componen la denominación elegida—Cerámica—del singular por el plural, con la supresión de la letra "s" y total igualdad en las dos restantes de carácter específico no establecen variación apreciable en cuanto al nombre elegido y lo mismo habría que decir respecto de la otra Sociedad preexistente, pues aquí la semejanza es total a excepción de la preposición "de" intercalada, que tampoco viene a introducir suficiente diferenciación.

La posibilidad fáctica a que alude el Notario en su informe, de llegarse a constituir, con un mismo nombre, varias Sociedades, a consecuencia de que la petición de certificados del Registro Central sea simultánea o casi simultáneamente hecha por diferentes personas, interesante "de jure condendo", para una futura reforma legislativa, debe tratarse de evitar, y no es argumento que pueda dar lugar a que el Notario, a la vista de un certificado afirmativo—como ocurre en este caso—, autorice la constitución de una Sociedad con una denominación ya utilizada, pues a través de esa certificación tiene la información y los elementos de juicios necesarios para el cumplimiento de su función.

C) *Comentario.*—*A primera vista, el caso resuelto por la Resolución reseñada es doctrinalmente de menor cuantía y las disposiciones aplicables le solucionaban de antemano tan claramente que el recurso no debía plantearse. Pero fijando un poco la atención nos percatamos de que existen implicadas en él importantes cuestiones que no se han ma-*

pedir que se constituyan sociedades con el mismo nombre de otras preexistentes. De sus normas resultan cuatro clase de certificaciones:

La de no figurar registrada la denominación a que se refiere

La de figurar registrada la denominación a que se refiere.

La comprensiva de la Sociedades preexistentes de denominación igual a la referida. Estas se califican como extensas.

La de existir denominaciones análogas a la solicitada.

En los dos primeros casos el encargado del Registro prejuzga el problema de la identidad en sentido negativo o positivo. La Resolución le da determinados criterios para estimar como iguales o idénticas denominaciones que en rigor son sólo semejantes. El orden diferente de las mismas palabras; la unión con guiones; la ortografía diferente con igualdad fonética, la agregación de términos generales, la sustanciación o adjetivación y la utilización del plural no hacen desaparecer la identidad de la denominación.

Pero la Resolución en otros supuestos permite dudar al jefe del Registro General, certificando de las denominaciones análogas.

nifestado totalmente en las alegaciones hechas en el recurso. Antes de concretar algunas de estas cuestiones haremos unas consideraciones generales sobre el Registro de Sociedades creado por el Reglamento del Registro Mercantil en 1919 para dar efectividad a la prohibición del Código de Comercio de crear Sociedades anónimas con idéntica denominación que otra preexistente.

En este Registro general podemos observar cómo ha aumentado su ámbito y cómo tiende a aumentar su cometido. Originariamente limitado a las Sociedades anónimas se extiende luego a las Sociedades de responsabilidad limitada y, por último, a todas las Sociedades mercantiles. Prescindiremos de las dificultades que puedan derivar de su extensión a las Sociedades de razón social donde los nombres y apellidos de los socios pueden obligar a denominaciones sociales idénticas a dos Compañías. Vamos a limitarnos a destacar cómo la ampliación de efectos, finalidad y cometido del Registro de denominaciones sociales obliga a prever cuidadosamente las distorsiones y roces que pueden producirse entre él y el Registro de la Propiedad Industrial y entre su función calificador y la del Registrador Mercantil. No basta decir, como hace el artículo 199 del Estatuto de la Propiedad Industrial, que el Registro del nombre comercial es independiente del Registro Mercantil; no basta con centrar la exclusiva y monopolio de utilización de un nombre comercial en el Registro de la Propiedad Industrial, haciendo del Registro Mercantil y del general de denominaciones algo diferente en cuestión de competencia ilícita. Tampoco se resuelve todo con decir que el requisito de la no identidad de la denominación con otra preexistente se ha sustraído de la competencia del Registrador mercantil mediante la certificación del Registro General, porque la posibilidad de expedir certificaciones con constancia de denominaciones análogas existentes (que sigue reconociendo la Resolución de 14 de mayo de 1968), nos demuestra que estamos ante una calificación compartida por Registrador Mercantil y Jefe del Registro central de denominaciones.

Centraremos las cuestiones más importantes en los siguientes puntos:

1. *Identidad y analogía o semejanza.*—En el caso debatido el Notario se coloca en la tesis de la identidad. Para rechazar la inscripción de una Sociedad nueva tiene que haber ya otra Sociedad con denominación idéntica. La más mínima variación que permita diferenciar ambas denominaciones a cualquier persona un poco cuidadosa obliga a admitir el nuevo nombre por la interpretación restrictiva que toda norma prohibitiva debe tener. Este es el mismo sentido literal en que GARRIGUES interpreta el artículo 2 de la Ley de Sociedades Anónimas (2). Este, según GARRIGUES, sólo prohíbe la identidad de nombre, y no la simple semejanza, no deja en manos del Registrador el decidir si la semejanza de denominación implica un atentado a la buena fe del comercio; sólo puede denegar cuando se trate de denominaciones idénticas. Según GARRIGUES, la ilicitud de la adopción de denominaciones que, por su semejanza con las de otras Sociedades, puedan inducir al público a confusión, será un supuesto de competencia ilícita (artículos 131 y 132a) de la Ley de 16 de mayo de 1902), pero este problema es ajeno a la Ley de Sociedades Anónimas. Para esta tesis que acaso debamos considerar como tradicionalmente dominante, el Código de Comercio y las Leyes de Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada sólo se han preocupado de evitar denominaciones idénticas de-

(2) GARRIGUES: Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas.

jando toda la materia jurídica derivada de las denominaciones similares, semejantes, parecidas o análogas, al derecho de propiedad industrial y su específico Registro.

El Registrador, por el contrario, se sitúa dentro de la tesis de la posibilidad de confusión. Interpreta la expresión legal por su finalidad de evitar la confusión en el tráfico mercantil que perjudicaría a socios acreedores y al cuerpo social en general, y apoyándose en los preceptos de la legislación de Propiedad industrial deniega como idénticas denominaciones meramente análogas, que no se distinguen o que pueden confundirse. La traida a colación de la legislación de propiedad industrial era peligrosa por cuanto ésta se cuida de independizar el Registro de la Propiedad Industrial del Registro Mercantil para centrar en el primero la oposición a las denominaciones o nombres comerciales que produzcan confusión originadora de competencia ilícita. El Tribunal Supremo, en una Sentencia de 1 de abril de 1931, disculpando que entre personas poco peritas en Derecho se confunda la razón social o denominación de las Compañías con el nombre comercial, emplea duras palabras para el jurisperito que pueda desconocer la diferencia entre cosas tan distintas. Otra Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 1958, en un caso de denominaciones semejantes que originan litigio en torno al rótulo del establecimiento, declaró que a la prohibición del uso por razón de semejanza no puede obstar el hecho de que la entidad demandada se inscribiera en el Registro de Sociedades con ese nombre, porque esta inscripción no puede privar del derecho a vindicar el nombre comercial registrado y a proceder de acuerdo con el artículo 199 del Decreto-Ley de 1929.

También hacía peligrosa la cita de las normas referentes a la Propiedad Industrial una Resolución de la Dirección General de los Registros de 16 de septiembre de 1958, según la cual el artículo 2.º de la Ley de Sociedades Anónimas establece el sistema de libertad de elección de nombre social (sin más excepciones que las dos conocidas), y que, por tanto, nunca debe constituir obstáculo para la inscripción de aquél en el Registro Mercantil una pretendida contradicción con las normas sobre marcas y nombres comerciales, ya que tales normas se refieren a la inscripción del nombre comercial en el Registro de la Propiedad Industrial, inscripción que es potestativa e independiente, según declara expresamente el artículo 199 del Estatuto, de la que con arreglo al Código de Comercio deben llevar a efecto los comerciantes. El Registrador había denegado la inscripción de la Sociedad Vinos de Rioja, S. A., porque los Reglamentos vigentes en la materia prohíben que las procedencias de origen pueden servir de base a denominación alguna.

Excede de los límites de este Comentario el planteamiento total de las posibles fricciones entre la legislación mercantil y la de propiedad industrial y de colisiones entre el nombre social inscrito en el Registro Mercantil y el nombre comercial registrado en el de la Propiedad Industrial. Si la prohibición de la legislación mercantil (literalmente limitada a la denominación idéntica) se completa o complementa con normas de la Propiedad Industrial pueden reducirse los casos de colisión; pero, en cierto modo, por este camino, los Registradores mercantiles y previamente el Registro General de la Dirección están invadiendo terrenos privativos del Registro de la Propiedad Industrial, y extendiendo el "Jus cogens" a un campo en que eran los propios industriales y comerciantes quienes se preocupaban de defender sus intereses acudiendo al Registro de la Propiedad Industrial. Estamos en un caso más de desarrollo de la legislación tutora del particular.

Lo cierto es que la Dirección en la Resolución que comentamos, sí

bien con cierta cautela, tiende un puente desde la identidad a que la legislación mercantil se refiere, hasta la posibilidad de confusión de las denominaciones, que es la idea típica de la legislación de propiedad industrial.

2. *Preexistencia.*—Las leyes prohíben que se constituya una Sociedad con denominación idéntica a la de otra preexistente.

La palabra preexistente puede referirse a la preexistencia de presente solamente o también a la preexistencia de pretérito. Pero no vamos a hacer referencia a si cabe adoptar una denominación idéntica a otra Sociedad que existió, pero se ha extinguido ya, ni al mecanismo de las cancelaciones de fichas en el Registro General.

Solamente trataremos la cuestión fundamental del momento en que ha de estimarse el obstáculo de la preexistencia de otra Sociedad del mismo nombre, lo que nos conduce al principio registral de prioridad que en este caso se nos entrecruza con el de inscripción constitutiva.

El Registro General de Sociedades se forma con los partes remitidos por los Notarios en el mismo día de autorizar una escritura de constitución o cambio de denominación de Sociedad. En él se toma razón, por tanto, de Sociedades no inscritas en el Registro Mercantil y que por ello carecen de personalidad jurídica (por lo menos si se trata de Anónimas y Limitadas).

Lo que concede, pues, prioridad de derecho a una denominación determinada es el momento del otorgamiento de la escritura y no el de la presentación en el Registro Mercantil. Buscando la solución más práctica se han violentado los principios y una escritura de constitución que no llegue a inscribirse puede impedir la constitución de una Sociedad del mismo nombre dispuesta a inscribirse y a funcionar. Pero este caso tiene menos interés práctico que el de la posibilidad de legalizarse dos (o más) Sociedades de idéntico nombre por constituirse alguna en el periodo comprendido entre la expedición de una certificación negativa y la fecha del otorgamiento de la otra. La actuación en forma imperfecta de la prioridad en el nombre por consecuencia de que el Registro General es impotente para formar y publicar sus fichas instantáneamente en conexión de tiempo presente con todas las Notarías y Registros de España es un argumento manejado por el Notario recurrente con intención de supervalorar la calificación del Registrador Mercantil en el sentido de no vincularle el certificado del Registro Central. Aunque la argumentación última del Notario recogida en el tercer resultando no resulta muy clara, parece descansar en la libertad del Registrador para entender vulnerada o no la norma prohibitiva del artículo 2 de la Ley de Sociedades Anónimas, sin estar vinculado por el contenido de la certificación; no obstante, en el argumento se juega con la circunstancia de que el Registro General no tenga su concordanza inmediata con el momento de la inscripción.

La Dirección mantiene que el Notario, a la vista de un certificado afirmativo no debe autorizar la constitución de una Sociedad con una denominación ya utilizada y que la posibilidad de constituir varias Sociedades con un mismo nombre, interesante para una futura reforma legislativa, no es argumento válido.

BUENAVENTURA CAMY (3) cree que esta reforma pudiera consistir en exigir que, antes de otorgarse la escritura, se pidiese certificación al Registro de Denominaciones, expresando la denominación que se pretende utilizar y si ésta no constase inscrita, al expedirse la certifica-

(3) En su nota de la reseña de la Resolución que comentamos que hace en Rev. de Derecho Privado. Febrero, 1969; págs. 142-143.

ción se "anotaría" esa denominación, que se inscribiría al comunicarse la constitución dentro de cierto plazo, pasado el cual se requeriría nueva certificación negativa con apertura de un nuevo plazo de anotación, a consolidar por la constitución de la Sociedad cuya denominación se tiene reservada.

Posiblemente esto fuera un perfeccionamiento "excesivo" del Registro de denominaciones. Este juego de reservas de denominaciones en el Registro General de Sociedades recuerda las sugerencias de quienes para evitar los inconvenientes de lo que se ha dado en llamar la "angustiosa" prioridad, proponen que las certificaciones del Registro de la Propiedad, solicitadas por quien pretende otorgar un acto inscribible, produzcan un cierre temporal y relativo del Registro con reserva de rango para la transmisión o derecho inmobiliario en formación. La idea parece estupenda, a la vista de los inconvenientes de la angustiosa prioridad, porque las ventajas de ésta no son tan fácilmente observables y sólo las apreciaríamos—como el aire que respiramos—al faltarnos. Modestamente, opino preferible que todo perfeccionamiento del Registro General de Sociedades se busque partiendo de la pura prioridad en el Registro Mercantil, presentando en este para la calificación una certificación del general lo más reciente posible y basando las altas y bajas de denominaciones sociales no en los otorgamientos, sino en las inscripciones en el Registro Mercantil y en las cancelaciones. Así, puede reducirse al mínimo el periodo de tiempo en el que puede producirse la duplicidad de nombres; se adapta al Registro General al principio de inscripción constitutiva que rige en materia de Sociedades Mercantiles y se evita que cualquiera obtenga la exclusiva (aunque temporal) de un nombre social aun antes del otorgamiento de la escritura. En todo caso la reforma legislativa sólo parece procedente si efectivamente resultan comprobados grandes inconvenientes del régimen actual, en la práctica.

3. *Naturaleza subsanable o insubsanable del defecto de existir otra Sociedad de igual nombre.*—Conocidas son las afirmaciones de GARRIGUES referentes a las grandes diferencias entre el Registro de la Propiedad y el Mercantil derivadas todas de la diversidad del objeto de la inscripción (personas y hechos en este, cosas y derechos reales en aquél). A las mismas anotaciones preventivas por suspensión las pone reparos GARRIGUES en el Registro Mercantil porque en éste el orden de presentación no suele determinar ninguna preferencia. La tendencia de GARRIGUES a distanciar el juego de los principios en uno y otro Registro es muy acertada, aunque un tanto excesiva. Precisamente en nuestro caso la prioridad es decisiva para constituir una Sociedad con un nombre determinado y creemos que esta prioridad debe venir determinada en caso de conflicto por el momento de la presentación en el Registro Mercantil y no por las fechas de las escrituras ni por el momento de extensión de la ficha en el Registro General del Ministerio.

Lo que ocurre no es que la distinción entre defectos subsanables e insubsanables no encaje en el Registro Mercantil, sino que esta distinción, en éste como en el de la Propiedad, es fecunda en resultados prácticos, pero imprecisa y difícil de someter a criterios rígidos y preestablecidos. En rigor la distinción de lo subsanable y lo insubsanable que es insegura en cuanto a los defectos propios del título inscribible, se hace puramente problemática y entra en el campo de las probabilidades y las conjeturas en cuanto se trata de defectos de otro origen. Y así el defecto en principio subsanable de descripción incompleta puede transformarse una vez subsanado en el insubsanable de inscripción de la finca a favor de persona distinta. Y este insubsanable en

principio, aun acudiendo a la benévola autorización del artículo 103 del Reglamento Hipotecario, puede fácilmente ser subsanado mediante la presentación de los varios títulos intermedios.

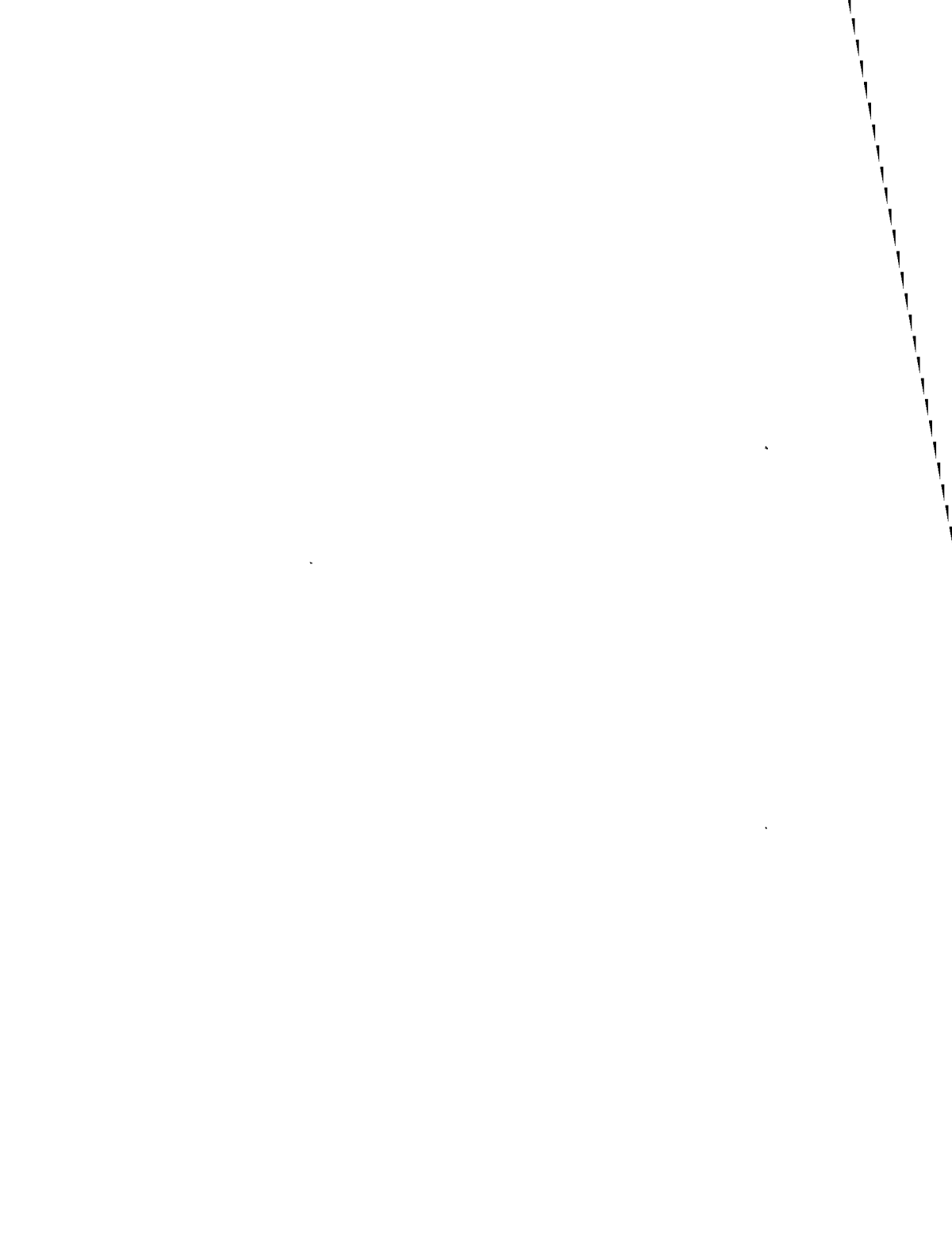
En el caso objeto de la Resolución comentada tenemos una prueba más de la dificultad de la distinción entre lo subsanable e insubsanable. El Registrador de Huelva calificó el defecto de insubsanable en su nota confirmada por la Dirección General. La calificación parece correcta y la que procede derivar de la norma prohibitiva del artículo 2.º de la Ley sobre régimen jurídico de las Sociedades Anónimas. Pero la verdad es que la inscripción se practicó, no en virtud de otra escritura de constitución de Sociedad, sino en virtud de la primera acompañada de otra de modificación de un artículo de los Estatutos. Si la inscripción en el Registro Mercantil es plenamente constitutiva de la Sociedad, se nos convierte en bizantina la cuestión de si lo que en realidad ocurrió fue que se subsanó un defecto subsanable. Dejamos, no obstante la duda planteada no sólo en cuanto a este aspecto de la fórmula notarial apropiada para salvar la denegación por existencia de otra Sociedad anterior de igual (¿ o parecida ?) denominación, sino también para el caso de extinción de sociedad existente.

GARRIGUES (4) considera que la calificación del Registrador mercantil se extiende a la prohibición legal de adoptar una denominación idéntica a la de otra Sociedad preexistente ya que afecta a la validez del documento presentado; pero cree que la existencia del Registro General ha exonerado al Registrador de calificar este extremo. Si de la certificación resulta existente, otra sociedad con denominación idéntica, el Notario no deberá autorizar la escritura; si la autoriza en tal supuesto o sin que se le aporte la certificación, el Registrador debe estimar la existencia de una falta subsanable cuya subsanación consistirá en recabar dicha certificación o en sustituir la denominación elegida.

Como hemos visto al reseñar la Resolución de mayo de 1968, la existencia del Registro General no elimina la calificación del Registrador Mercantil por cuanto se admite la expedición de certificaciones en las que se consignen denominaciones análogas a la solicitada. Al menos, en este caso la calificación del Registrador, incluso en el extremo de la identidad no viene prefijada por la certificación. También cabe la duda sobre si los interesados, a través de una certificación de las llamadas extensas, en las que deben incluirse las sociedades preexistentes con igual denominación (y suponemos que con denominación análoga) que la solicitada, puede trasladar la calificación de la identidad desde el Registro General al Notario y al Registrador Mercantil. Este fue, en realidad, el caso concreto del recurso de que estamos tratando. En lo que GARRIGUES tiene razón es en que el Registro General exonera al Registrador cuando la certificación es claramente expresiva de figurar o no figurar registrada la denominación expresada. Más libre parece la calificación del Registrador en cuanto a la preexistencia. Innecesario decir que puede anteponer el resultado del examen de sus índices al contenido de la certificación del Registro general y probablemente resolver el problema de la preexistencia en sentido favorable a la inscripción en caso de extinción de la sociedad que aparece en el certificado.

T. C. G.

(4) Obra citada.



II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

POR BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ,
EUGENIO FERNÁNDEZ CABAILEIRO,
JOSÉ CERDÁ GIMENO
y FRANCISCO CASTRO LUCINI.

I. PARTE GENERAL Y DERECHOS REALES EN RELACION CON LA LEGISLACION INMOBILIARIA

ACCION REIVINDICATORIA EJERCITADA EN JUICIO DE TERCERIA. Requisitos. Eficacia del documento privado. La prueba del dominio corresponde al tercerista (SENTENCIA DE 25 DE MARZO DE 1969).

Se instó *tercería de dominio* que no prosperó en ninguna instancia. Tampoco triunfó el *recurso de casación*.

Considerando: Que, antes de proceder al examen de los motivos sustentadores del presente recurso, conviene recordar que, de acuerdo con reiterada doctrina jurisprudencial de esta Sala, para que pueda prosperar la acción reivindicatoria del dominio, ejercitada en juicio de *tercería*, al amparo de las normas contenidas en los artículos 1.532 y 1.537 de la Ley Procesal Civil para reclamar cosas embargadas a instancia de un acreedor, ha de demostrarse *cumplidamente* el derecho de propiedad que al tercerista corresponde sobre tales cosas y la identidad de las mismas, con las que fueron objeto de embargo, presentado a dicho fin, cuando se trata de bienes inmuebles el título en que apoya su derecho, el cual debe ser eficaz para la adquisición del dominio; advirtiendo que es también doctrina de esta Sala propugnada entre otras en las sentencias de 18 de febrero de 1936 y 22 de junio de 1960, que al documento privado presentado en apoyo de una *tercería* sobre bienes embargados, sólo puede tener eficacia frente a terceros desde la fecha que precisa el artículo 1.227 del Código civil, y, por ende, cuando se trata de un documento privado que tenga fecha posterior al embargo por estar incorporado a un registro u oficina pública después de practicada legalmente la preferencia del tercerista debe referirse a un título que tenga realidad en el momento del embargo, que es cuando se verifica el acto contra el cual reclama el tercerista.

Considerando: Que los tres motivos del recurso se erigen al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, por lo que la apreciación de las pruebas hechas por el Juzgado de Instancia debe ser íntegramente respetado, y en el primero de los motivos se denuncia por el tercerista recurrente la aplicación indebida del artículo 1.214 del Código civil, en relación—dice—con el 1.277 y el 1.250 del mismo Cuerpo legal, atacándose a medio de este motivo el fundamento 4.º de la sentencia de primer grado, aceptado en la recurrida, en cuanto afirma que, al no haberse autenticado el documento en que el ejecutado cede su derecho de propiedad sobre el chalet en cuestión en favor del ahora recurrente, ha quedado indemostrado uno de los dos términos de la transmisión dominical, o sea, el título, arguyendo en contra que nunca se negó la existencia física del contrato, sino su validez jurídica, por entender que ha habido simulación, y que «si en la propia contestación a la demanda se afirma que el contrato es simulado», «ello es porque se da como existente, y por cierto, la presencia del cedente».

Considerando: Que el recurrente parece olvidar los términos en que se produjo la contestación de la demanda y ejecutante, pues si bien se adujo que el contrato privado de compraventa de 22 de diciembre de 1962 se creía simulado, como también la cesión de 5 de enero de 1963; asimismo, se alegó de manera expresa (hecho 9.º de dicha contestación), que la causa en que basaba su impugnación era «que todos los citados documentos son privados y que no surten efectos legales contra terceros y que no los reconoce como válidos y eficaces a ningún efecto, ni tampoco las afirmaciones que en los mismos aparecen», por no conocer a los firmantes ni aparece reconocidas por ellos ante Juez competente, expresando, además, que, como los contratos privados aludidos no habían sido incorporados a ningún registro público, ni siquiera presentados para la liquidación de derechos reales, ni antes ni aun después del embargo, en cumplimiento del artículo 1.227 del Código civil, dichos documentos, de los cuales negaba la autenticidad, no podían surtir efectos contra la demandada contestante.

Considerando: Que la sentencia recurrida no sólo decide el caso planteado congruentemente (y adviértase que la incongruencia no se denuncia debidamente), sino que aplica rectamente el principio de *onus probendi*, derivado del artículo 1.214 del Código civil, en cuanto del mentado proyecto, que por un texto parece referirse solamente a los derechos de crédito, se deriva la doctrina de que la probanza de los hechos constitutivos corresponde al actor, así como incumbe al demandado la de los hechos impositivos o extintivos, siendo obvio que la justificación cumplida del dominio que alega (sea en el orden reivindicatorio o en el declarativo) corresponde siempre al tercerista; mas la Sala de instancia entiende, acertadamente, que éste no ha cumplido en el caso presente su deber probatorio, pues ni se ha reconocido ni se ha averado el documento básico en que se funda la tercera, o sea, el de 22 de diciembre de 1962, dándose la circunstancia de que ninguna de las personas que lo afirmaron han sido interrogadas en el Juicio, acerca de la autenticidad del mentado documento, el cual tampoco ha sido reconocido legalmente, insistiendo la Sala de instancia en que han quedado sin autenticar las firmas de los que en él figuran, por lo que es claro que no ha sido justificado la adquisición del dominio alegada por el tercerista, y, por ende, faltando la demostración de la existencia real del contrato mismo, huelga hablar de su causa civil de obligar y, en consecuencia, el motivo 1.º debe ser rechazado.

Considerando: Que el motivo 2.º es de todo punto interesante, pues para desecharlo basta decir que el recurrente intenta sustituir la falta de justificación de un título de dominio, sólo a él imputable, por una presunción que él mismo quiere establecer sin otra base que la de que viene disfrutando del chalet a título de dueño (afirmación ésta que hace por su cuenta), y de ello pretende deducir la existencia de un contrato que ampara su situación, lo que resulta por completo inadmisibile, siendo claro que el Tribunal *a quo* no ha infringido por inaplicación, ni por otro concepto, el artículo 1.253 del Código civil, y que no estaba obligado a hacer, más que presunciones, simples conjeturas, en favor del tercerista.

Considerando: Que tampoco puede prevalecer, en modo alguno, el motivo 3.º, en el que se aduce que la sentencia impugnada ha incidido en infracción de Ley, por violación del párrafo 2.º del artículo 609 del Código civil, sosteniendo, en síntesis, que «se daban los dos términos del binomio de la transmisión dominical que nuestro Ordenamiento jurídico exige en el artículo 609 del Código civil, a saber: el contrato y la tradición, el título y el modo», pues, aun prescindiendo de la vaguedad discursiva de este motivo, debe destacarse que la sentencia recurrida, en vista del examen que hace de las pruebas practicadas y de su apreciación, estima lógicamente que el tercerista no ha justificado título suficiente para recabar la propiedad de los bienes embargados, y, por ende, esa falta de justificación equivalente la carencia de título de dominio que ampare su acción, pues no reconocido ni adverbado el documento privado, falta la necesaria base para entender adquirida la propiedad del inmueble, al no estar demostrada la existencia real de la compraventa y cesión en que el tercerista fundamentalmente se apoya.

Considerando: Que, desestimados los tres motivos en que se fundamenta el recurso, debe declararse no haber lugar al mismo, con los pronunciamientos consecuentes con esa declaración.

ARTICULOS 34, 36 y 38 DE LA LEY HIPOTECARIA. FALTA DE BUENA FE EN EL TERCERO (SENTENCIA DE 31 DE MARZO DE 1969).

Se discutió la extensión y límites de cierto cortijo enclavado en un monte propiedad del Ayuntamiento de Guajar Alto. La sentencia de la primera instancia declaró que el monte llamado «Pechos de La Galera», de la provincia de Granada, con el número 40 y descrito en el hecho primero de la demanda, es propiedad del Ayuntamiento de Guajar Alto. Segundo: Que el Cortijo «La Toba» es un enclave dentro del monte «Pechos de La Galera» y está formado por terreno de labor, con una extensión de 24 hectáreas y 70 áreas. Tercero: Que la inscripción registral del Cortijo «La Toba» en favor de don M. M. M., don R. S. M. y don A., doña M del C. y doña M. G. P y don F. y don A. G. P, así como doña C. P. L., no concuerda con la realidad jurídica extrarregistral, por lo cual se ordena su rectificación, en el sentido de que la citada finca tiene una extensión de 24 hectáreas y 70 áreas, y sólo comprende en su perímetro terrenos de labor. Cuarto: Sin hacer especial imposición de las costas.

Fue confirmada en apelación por la Audiencia. El recurso de casación no prosperó.

Considerando: Que existe tal afinidad entre la parte dispositiva de la sentencia impugnada y la súplica de los escritos iniciales del pleito a que aquélla puso fin, así como entre los fundamentos jurídicos aducidos por los litigantes y los razonamientos acogidos por el Tribunal *a quo*; que lejos de violarse por éste el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como al amparo del número 3.º del 1.692, se pretende en el motivo 5.º del recurso, se incidió al formularlo en el vicio de inadmisión señalado en el número 8 del artículo 1.629 de la citada Ley, lo que en este trance procesal provoca su desestimación.

Considerando: Que también debe rechazarse el primer motivo del recurso, apoyado en el número 7.º del mencionado artículo 1.692, porque el error de hecho, que en la apreciación de la prueba atribuye el juzgador de instancia, no puede demostrarse por medio de las tres certificaciones que al efecto se citan, toda vez que el haber sido examinadas y analizadas por la sentencia recurrida, carecen de eficacia a dichos fines (sentencias de 27 de febrero de 1954 y 6 de noviembre de 1962), y únicamente podrían censurarse en casación por el cauce procesal del número 1.º de dicho artículo 1.692, caso de haberse incurrido, al interpretarlos, en la vulneración de alguna de las normas contenidas en los artículos 1.281 a 1.289 del Código civil, y porque lo que en realidad pretende acreditarse en el motivo coincide con alguno de los hechos que el Tribunal *a quo* declara probados, como los de que en 15 de julio de 1955 parte de los demandados fueron puestos en posesión del monte discutido, que en 12 de diciembre de 1957 enajenaron al otro recurrente una mitad indivisa de su finca y que en 9 de octubre de 1963 se desposeyó a todos ellos de aquel terreno.

Considerando: Que, asimismo, decae el segundo motivo del recurso, aducido conforme al número 1.º del expresado artículo 1.692, no sólo porque entre los hechos que en él se expresan y la deducción a que llegó el Tribunal sentenciador, de que los demandados conocían la situación extrarregistral de la finca litigiosa, media el enlace preciso y directo que para la apreciación de la prueba de presunciones exige el artículo 1.253 del Código civil, lo que hace que la misma deba mantenerse, según la doctrina sustentada, en las sentencias de esta Sala de 13 de febrero de 1960 y 23 de junio de 1965, sino porque existen, además, otros hechos que dicho juzgador declara probado y que no han sido combatidos en el recurso, de los que también se llega a la misma conclusión, tales como el escaso precio satisfecho por la compraventa del inmueble, la existencia de la carta que obra unida al folio 202 de las actuaciones y la inclusión del monte en el Catálogo de los de Utilidad pública de la provincia.

Considerando: Que, asimismo, perece el cuarto motivo del recurso, acogido al número 1.º del artículo 1.692 de la Ley procesal, porque, aparte de no expresar cuál sea el párrafo del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, que estima vulnerado, lo que por sí solo sería suficiente para adoptar esa solución, según sentencias de 5 de mayo de 1953 y 19 de noviembre de 1968, es lo cierto que los demandados que figuran como compradores de la finca discutida, en la escritura de 3 de abril de 1951, carecen de la condición de terceros hipotecarios, según los hechos que el acuerdo judicial impugnado declara probados y que el motivo no respeta, incurriendo con ello en la causa 9.ª del artículo 1.729 del citado Cuerpo legal, y que el otro recurrente tampoco pudo ostentar esa cualidad, puesto que su conocimiento de la situación extratabular del inmueble necesariamente deriva de las mismas circunstan-

cías que la Sala de instancia tuvo presente respecto a sus colindantes, por constar parte de ellas en el asiento provocado por éstos en la Oficina inmobiliaria y ponerlas de manifiesto el propio documento inscrito (art. 9.º, número 5), o exteriorizarse en otros Registros de carácter público, como el Catálogo de Montes, que atribuye la posesión de éstos a favor del Estado o Entidad, a cuyo nombre figura aquél de que se trata (Art. 10 de la Ley de 8 de junio de 1957), además de existir la posibilidad de que en el momento de perfeccionarse el contrato de 12 de diciembre de 1957 se estuviera tramitando el juicio declarativo de mayor cuantía que anuló el procedimiento seguido, al amparo del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, y la consiguiente diligencia de posesión de 15 de junio de 1955, impidiendo la interrupción, de la que con anterioridad gozaba el Ayuntamiento demandante (núm. 3 del artículo 1.946 del C. c.); de todo lo cual se desprende la ausencia de buena fe, a efectos del repetido artículo 34, en cuanto a *todos los demandantes*, tal y como se dice en la sentencia recurrida, y la imposibilidad de otorgarles la protección registral, por haberse aplicado correctamente por la Sala sentenciadora la doctrina proclamada por las sentencias de 2 de julio de 1965 y 28 de junio de 1966, así como la que se consigna en la de 21 de mayo de 1968, invocada en el acto de la vista.

Considerando: Que la repulsa de los anteriores motivos provoca la de los restantes del recurso, dirigidos por la vía formal del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Trámites, porque los artículos 13 y 32 de la Ley Hipotecaria, a cuya violación se alude en el 3.º, resultan inaplicables cuando, como aquí sucede, no se trata de hacer valer un título no inscrito frente a un asiento registral, sino de demostrar la existencia de un derecho inmemorial adquirido por usucapión (sentencia de 27 de octubre de 1900), los 36 y 38 de la expresada Ley, así como los 460 y 1.944 del Código civil, que, como infringidos se citan en el 6.º, carecen de eficacia a los fines pretendidos, porque, según se declaró en la sentencia de esta Sala de 10 de junio de 1955, la presunción *juris tantum*, que consagra el 38, puede ser destruida por declaración expresa de los Tribunales (art. 1, párrafo 3.º) y la prohibición de usucapir *contra tabulas*, a que se refiere el artículo 36, es inoperante frente a los titulares registrales que carezcan de la condición de tercero hipotecario, sin que una prescripción extraordinaria, consumada en 1948, pueda destruirse por una *possessio de facto*, de año y día, obtenida años después, en 1955 y dejada sin efecto por orden judicial en 1963, con las consecuencias previstas en el número 3 del artículo 1.946 del Código mencionado, y, por último, la vulneración del artículo 17, párrafo 1.º, de la Ley Hipotecaria y doctrina legal, a que se contrae el motivo 7.º, constituye una cuestión nueva, no aducida en el momento procesal oportuno, que, como encajable en el número 5.º del artículo 1.629 de la Ley de Ritos, debe rechazarse en esta fase de las actuaciones.

ACCION DECLARATIVA DE DOMINIO. Falta de buena fe en el tercero. Error de derecho y de hecho en la apreciación de las pruebas, «conceptos incompatibles, según el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil» (SENTENCIA DE 30 ABRIL DE 1969).

Son Considerandos de esta sentencia:

Considerando: Que en el primer motivo del recurso, y al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se pretende interponer el recurso «por error de derecho y de hecho en la apreciación de las pruebas», con lo cual se mezclan dos conceptos incompatibles con la claridad y precisión que exige el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según copiosísima jurisprudencia que se concreta, entre otras muchas, en las sentencias de 27 de noviembre de 1939, 21 de diciembre de 1954 y 27 de febrero de 1960, y se incurre en la causa de inadmisión enumerada en el número 4.º del artículo 1.729 de la Ley antes citada, lo que, en este momento procesal, ha de acarrear la desestimación.

Considerando: Que también adolece de falta de claridad el segundo motivo del recurso, amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues alude a la inaplicación, por una parte, de preceptos del Código civil, que definen el contenido del derecho de propiedad —348, 349 y 386—, y, por otra parte, a preceptos de la Ley Hipotecaria, amparadores de aquél que tiene un derecho inscrito a su nombre en el Registro —artículos 1, 3, 9 34 y 38—, concretándose, sin mencionar el alcance en cuanto al recurso de los artículos primeramente mencionados, el desarrollo del motivo a los enumerados en segundo lugar, a cuyo fin se alega; que no ha debido denegar la sentencia su pretensión como tercero y que el desconocimiento de su reivindicación ha debido acarrear la consecuencia de cancelar o modificar la inscripción que fue practicada a su favor en el Registro; y hay que desestimar integralmente el motivo, aparte de su deficiente formulación, porque la instancia razona con perfecta lógica, que la postura de la recurrente, actora en el pleito, no está amparada en el Registro, por no ser tercero de buena fe, al haberse realizado las obras, a sabiendas de que no podían hacerlas y en contra de la prohibición del Ayuntamiento, cuando ella era inquilina del piso antes de comprarlo y, sobre todo, porque la inscripción registral no contradice lo que se declara en la sentencia, ya que el lindero con la calle «Virgen de Loreto» se da, no obstante el retranque que señalan los planos y acoge la sentencia, pues por existir un espacio libre, la realidad es, como dice la instancia, que el hecho de que no lleguen a la línea vertical de la calle lo edificado, no impide obtener luces y vistas sin limitación de esta calle, con la que, por tanto, se ha de considerar que linda.

Considerando: Que no existe, abundando en las razones apuntadas en el Considerando anterior, la contradicción que se denuncia en el tercero y último motivo del recurso, al amparo del párrafo 4.º del artículo 1.692 de la expresada Ley procesal civil; pues la configuración que ha de tener la casa de la actora, según la sentencia, de acuerdo con los planos que sirvieron para su construcción, *no contradice la supervivencia del asiento registral, tal como está extendido*, ya que, si no es exhaustivo, sí contiene los elementos descriptivos suficientes para identificar la finca, señalando incluso una terraza que es una existente en el plano primitivo, y más pequeña, que se ve en los

planos originales, donde consta el retranqueo y que luego fue incorporada a la habitación contigua, lo que ha servido de equivoco, explotado por la actora durante todo el pleito, para hacer creer que se refería a la construida con posterioridad y demolida por el interdicto, no obstante constarle que la terraza a que se refería el Registro era la otra pequeña que constaba en los planos autorizados que rigieron la construcción y que se hizo desaparecer, incorporándola, mediante la obra no autorizada, a la habitación contigua.

ACCION REIVINDICATORIA Requisitos. Tercero hipotecario. La buena fe del tercero hipotecario se presume siempre, mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro (SENTENCIA DE 10 DE JUNIO DE 1969).

Se insto acción reivindicatoria, que fue desestimada en ambas instancias. El recurso de casación tampoco prosperó.

Considerando: Que, según reiterada doctrina de esta Sala, para el éxito de la acción reivindicatoria es preciso que el actor pruebe cumplidamente el dominio de la finca que reclama, la identificación de la misma, y su detentación o posesión por el demandado, bastando la falta de cualquiera de ellos para que la demanda tenga que ser desestimada, siendo tales requisitos hechos, cuya declaración corresponde a los Tribunales de instancia, que únicamente pueden ser impugnados por la vía del número 7.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Considerando: Que los cuatro motivos del recurso se amparan en el número 1.º del citado artículo 1692, en su consecuencia, los hechos declarados probados en la sentencia recurrida han quedado firmes, y como entre ellos ésta que la parte demandante no ha demostrado el dominio de las fincas que reivindica, es llano, que decaen los dos primeros motivos, que denuncian la infracción del artículo 34 de la Ley Hipotecaria y de la doctrina legal que cita recaída en torno al mismo, aparte de que la condición de tercero hipotecario que la resolución combatida atribuye a la entidad demandada y recurrida sólo la arguye a mayor abundamiento y para reafirmar la conclusión que obtiene en la esfera del Derecho civil, a lo que cabe añadir que, conforme al propio precepto legal que se cita como infringido, la buena fe del tercero se presume siempre, mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro, presunción cuya virtualidad en este caso reconoce la Sala de instancia, sin que tal apreciación haya sido impugnada adecuadamente en el recurso.

Considerando: Que en el motivo 3.º se acusa la infracción del artículo 413 del Código civil, y en el 4.º y último la del 1.298 del mismo cuerpo legal, los cuales deben ser igualmente rechazados, no sólo por plantear cuestiones nuevas, a los que el artículo 1.729, número 5.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, veda su acceso a este recurso extraordinario, sino también por partirse en ello del supuesto, que establece por su cuenta la recurrente, que existe fraude, tanto en el convenio en virtud del cual se adjudicó a uno de los coherederos, doña D., la finca que ésta vendió a la entidad demandada, como en dicha venta, y que hay mala fe en el adquirente, siendo así que la sentencia combatida proclama la buena fe de la referida entidad, y que la apreciación del fraude en los contratos es un elemento de hecho que, por tanto, sólo puede

introducirse en el recurso por la vía del número 7.º del mencionado artículo 1.692.

Considerando: Que desestimando el recurso, procede condenar a la parte recurrente al pago de todas las costas, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.748 de la Ley procesal civil.

ACCION REIVINDICATORIA. DOBLE INMATRICULACION: Habria de resolverse conforme a normas de Derecho civil. Defectuosa constitución de la relación juridico-procesal (SENTENCIA DE 14 DE JUNIO DE 1969)

Se ejercitó acción reivindicatoria sobre «una pieza de tierra» de unas tres vesanas aproximadamente ó 65 centiáreas. Inscrita a favor de la demandante inscripción 2ª. La adquirió por compra a don J. V. E., que había inscrito, al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, inscripción que había quedado como «firme y definitiva frente a terceros» por el transcurso del plazo reglamentario sin haberse formulado reclamación.

Se planteó el problema de la identificación de la finca. Se negó a la actora el carácter de tercero hipotecario y se alegó por uno de los demandados que, en todo caso, habría que dirimir la cuestión por normas de Derecho civil, ya que dicho demandado sostenía tener inscrita también a su favor la finca en litigio, formando parte de otra mayor

El referido demandado formuló reconvencción para que se declarase que la citada finca en litigio era de su propiedad, por estar enclavada y comprendida dentro de otra suya

La sentencia, confirmada en apelación, desestimó la demanda y estimó la reconvencción. El Tribunal Supremo estimó parcialmente el recurso de casación, confirmó la desestimación de la demanda y desestimó también la reconvencción.

Considerando: Que la parte actora ejercita en estos autos una acción reivindicatoria del dominio de una finca, amparándose en el artículo 348 del Código civil, así como las consecuencias derivadas de ésta, oponiendo el demandado parte de la petición absolutoria, por vía convencional, otra acción con el mismo amparo sustantivo sobre declaración de dominio de una finca mayor y la conjunta nulidad de los títulos en que se apoyó el demandante, y así planteado el litigio, la sentencia dictada se ataca en el recurso sin remover los fundamentos fácticos en que se basó la desestimación de la demanda inicial, lo que sólo pudo, en su caso, hacerse a través del preciso cauce procesal del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y tal hecho radica en declarar que la parte actora no ha identificado de manera material la finca objeto de la acción, valorando para llegar a esta afirmación, tanto los documentos como la prueba pericial y el reconocimiento judicial, examinado con especial atención la imposibilidad de identificar dos de los linderos sobre el terreno, y al faltar así para el éxito de la acción uno de los requisitos esenciales que, con los del justo título y posesión de la finca por el demandado, exige la doctrina de esta Sala, ello ha de hacer decaer el recurso, en cuanto al éxito de la demanda, materia a la que se refiere el primero de sus motivos, conforme al número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de trámites; denuncia la violación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, al atribuirse la actora la condición de tercero

protegido por dicho precepto legal, puesto que era inexcusable, como queda sentado la identificación de la finca, de manera efectiva, y, por otra parte, al declarar la sentencia como hecho que la finca se encuentra en su caso dentro de una mayor extensión poseída por el demandado, igualmente inscrita a su favor, materia de la acción reconvenzional, nos hallaríamos en el caso de doble inmatriculación, y conforme al artículo 313 del Reglamento Hipotecario, tal controversia habría de resolverse, basándose en normas de derecho civil y no por las hipotecas, cual en este motivo se pretende, lo cual hace decaer la denunciada violación del referido artículo 34 de la Ley Hipotecaria y de la doctrina que sobre el mismo se invoca, procediendo, por tanto, la desestimación de dicho motivo.

Considerando: Que el segundo de los motivos del recurso, también seguido por la vía procesal del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley procesal civil, está basado en la violación del artículo 1.303, en relación con el 1.308, ambos del Código civil, y está dirigido contra los efectos de la estimación de la acción reconvenzional, al declarar la nulidad de los títulos de transmisión de la finca objeto de la acción inicial; mas tales preceptos legales, no citados en la sentencia, se refieren a una fase ejecutoria posterior a la resolución, y cabe destacar que la reconvencción comprende varios pedimentos íntimamente ligados entre sí, sin posible separación de los que afectan a la declaración de nulidad, tanto del título por el que don E. M. transmitió la finca a don J. V., cuanto del de éste a la hoy demandante, sin que aquellas personas otorgantes de dichos títulos, los cuales necesariamente habrían de resultar afectados por tales declaraciones de nulidad, hayan sido parte en el proceso, si se da lugar a los pedimentos referidos con las necesarias consecuencias, dándose así, de modo patente, un defecto en la constitución de la relación jurídico procesal, por la falta del requisito de litis consorcio pasivo necesario que, conforme a la doctrina de esta Sala, ha de ser estimado de oficio, dando ello lugar a absolver en la instancia a la parte reconvenida, casando parcialmente la sentencia recurrida, sólo en cuanto a la acción reconvenzional se refiere.

Considerando: Que respecto al último motivo del recurso, seguido por el mismo cauce que los anteriores, ya inoperantes, dados los anteriores razonamientos, debe añadirse que la denunciada violación del artículo 1.251 del Código civil no podría existir, al no haberse dictado una anterior sentencia en qué fundar el valor de la presunción de la cosa juzgada a que se refiere, en suma, se dirige como el anterior a las posibles consecuencias determinantes de dudas y vacilación al pretender ejecutar la declaración de nulidad de los títulos antes citados.

Fallamos: Que estimando parcialmente el recurso de casación por infracción de Ley y de doctrina legal, interpuesto a nombre de doña M. P. V. P., contra la sentencia que, con fecha 8 de mayo de 1968, dictó la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, debemos desestimar y desestimamos el recurso, en cuanto a la acción reivindicatoria ejercitada por la referida demandante, y debemos casar y anulamos dicha sentencia en cuanto a la acción reconvenzional que contra ella se ejercita, absolviendo en la instancia a la parte reconvenida; no hacemos especial imposición de costas causadas en el presente recurso y librese al Presidente de la Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos originales que remitió.

NATURALEZA PRIVADA DE LAS AGUAS SEPARADAS DE SU CAUCE NORMAL EN VIRTUD DE CONCESION ADMINISTRATIVA. *Derecho especial similar de dominio. La pesca y demás elementos que en ellos se críen pertenecen al concesionario. Competencia de la jurisdicción civil* (SENTENCIA DE 30 DE MAYO DE 1969).

La «Compañía de Riegos de Levante, S. A.», demandó al Estado, sentando, en síntesis, lo siguiente:

Que era concesionaria de determinados caudales de aguas para riegos, a derivar del Segura y Azarbes. Para la efectividad del riego concedido, la Compañía adquirió por compra a sus anteriores propietarios los terrenos necesarios, construyendo en los mismos a su cargo una red de canales principales y secundarios, un sistema de elevaciones y unos embalses o depósitos reguladores. Que dichos terrenos eran de su exclusiva propiedad. Que en tales embalses, por medios naturales, se han desarrollado determinadas especies volátiles y acuáticas, cuya caza y pesca, en los períodos y formas autorizadas por las Leyes y sin perjuicio del uso principal de las aguas, ha considerado la Compañía ser de su propiedad, por lo que es libre de disponer de la caza y pesca existentes en las aguas que discurren por sus instalaciones o embalses. Que no obstante ello, en 6 de agosto de 1963, la VI Jefatura Regional de Caza y Pesca publicó en el *Boletín Oficial* de la provincia un anuncio incoando un expediente para la determinación del carácter público o privado de las aguas y la riqueza piscícola y cinegética existente en las instalaciones dichas. Que su mandante compareció a pedir la nulidad de todas las actuaciones cuya petición fue desestimada por la Dirección General de Montes, Caza y Pesca Fluvial; contra dicha resolución se interpuso recurso de alzada ante el Excelentísimo señor Ministro de Agricultura, el cual, en 3 de abril de 1966, desestimó totalmente dicha reclamación, y como quiera que la competencia corresponde a la jurisdicción ordinaria, como trámite previo a la interposición de la demanda, en 31 de octubre de 1966, se presentó ante la Jefatura de la VI Región de Pesca Fluvial y Caza, reclamación previa a la acción civil, la cual ha sido desestimada recientemente por el Ministerio de Agricultura, en resolución de fecha 10 de enero último. Después de alegar los fundamentos de derecho que estimó del caso, terminó suplicando se dictara sentencia en su día, en la que se declare que todas las instalaciones, canales y embalses utilizados para la conducción y almacenamiento de las aguas, que en su día fueron objeto de concesión, son de propiedad de la «Compañía de Riegos de Levante, S. A.», y, consecuentemente, las aguas derivadas por las mismas del río Segura y Azarbes, respectivamente, tienen el carácter de privadas, así como la caza y pesca existente en las mismas, siendo, por tanto, un derecho exclusivo y excluyente de mi mandante el aprovechamiento de tales productos existentes en las referidas instalaciones.

Admitida a trámite la demanda y emplazado el señor Abogado del Estado, por el mismo se compareció en los autos y contestó la demanda, alegando: Que no ha dudado el Estado que los terrenos fueran de la propiedad de la demandante, ya que los acuerdos dictados por el Ministerio de Agricultura se limitaron a definir que la riqueza piscícola y cinegética existentes en las aguas públicas, dadas a aquélla en concesión para riego, siguen la condición de éstos, y para ello era necesario determinar la na-

turaliza pública o privada de las aguas separadas de su cauce normal, en virtud de una concesión administrativa. Que todas las obras efectuadas por la demandante han sido ejecutadas en cumplimiento de cuanto se especifica en la Orden Ministerial de 31 de diciembre de 1945, en la que se establece que, transcurrido el plazo de noventa y nueve años, contados a partir del 4 de abril de 1923, pasarán todas aquéllas, libres de cargas y con todos sus derechos, a la Compañía de regantes que se forme, con arreglo a lo que dispone el artículo 188 de la Ley de Aguas. Que era cierto la existencia de especies volátiles y acuáticas, y que la demandante pretende hacer suyas a efectos de caza y pesca, amparándose en un inexistente derecho privado y excluyente de propiedad deducido de dicha concesión, y después de alegar los fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, terminó suplicando se dictara sentencia en su día, en la que se declare incompetente ese Juzgado para conocer de la demanda interpuesta por la citada mercantil por ser asunto de la competencia de los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y, en su defecto, desestime la demanda en todas sus partes y absuelva libremente al Estado, todo ello con imposición de costas a la demandante.

El señor Juez de Primera Instancia, número 2 de Alicante, dictó sentencia, que fue confirmada por la Audiencia, por la que, estimando totalmente la demanda interpuesta por la «Compañía de Riegos de Levante, S. A.», contra el Estado, representado y defendido por el señor Abogado del Estado y desestimando totalmente las dos excepciones alegadas por la parte demandada, declaró: Primero: Que el Juzgado de Primera Instancia, número 2 de Alicante, al que ha correspondido la demanda inicial de este juicio, por turno de reparto, es competente para conocer y resolver, sobre la misma, procediendo, por tanto, no dar lugar a la excepción dilatoria de incompetencia de jurisdicción número 1.º del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil formulada por la parte demandada. Segundo: Que no existe litis pendencia desestimando la excepción alegada por el Estado, al amparo de lo establecido en el número 5.º del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Tercero: Que todas las instalaciones, canales y embalses utilizados para la conducción y almacenamiento de las aguas objeto de la concesión, son de la propiedad de la «Compañía de Riegos de Levante, S. A.», teniendo su derecho exclusivo y excluyente sobre las mismas. Cuarto: Que las aguas separadas del río Segura, objeto de la concesión, son de dominio privado de la actora, desde que discurren por cauces, canales, etc., propiedad de la misma, sin perjuicio de que, al término de la concesión, pasen a ser, al igual que las instalaciones, propiedad de la Comunidad de Regantes, teniendo sobre las mismas un derecho exclusivo y excluyente. Quinto: Que la pesca existente en dichos canales e instalaciones es patrimonio del dueño de las aguas. Sexto: Que la caza de las aves acuáticas, en terrenos cercados, cerrados, acotados o amojonados propiedad de la parte actora es exclusivamente de la misma. Séptimo: No hacer especial condena respecto al pago de las costas de este procedimiento e instancia, debiendo satisfacer cada parte las causadas a su instancia y las comunes por mitad sin perjuicio del cumplimiento respecto a los beneficios legales a favor del Estado.

El Abogado del Estado recurrió en casación, por infracción de Ley. Consignamos los motivos de casación que formuló. Los estimamos de interés:

Primero.—Al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuicio Civil, por infracción, en concepto de violación, de los artículos 407, párrafo 1.º, del 408 del Código civil y 4.º de la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879. Y también por infracción, en concepto de interpretación errónea del artículo 98 de la Ley de Aguas y párrafo 2.º del 408 del Código civil. El cuarto pronunciamiento de la sentencia recurrida viene a decir: «que las aguas separadas del río Segura, objeto de la concesión, son de dominio privado de la actora, desde que discurre por cauces, canales, etc., propiedad de la misma». Sería muy interesante que la Sala se pronunciara sobre tan interesante tema, definiendo de una vez si las aguas de dominio público, que son conducidas en virtud de concesión administrativa, por cauces artificiales de propiedad privada, cambian, por tal circunstancia, de condición, y pasan a ser aguas de dominio privado. Las aguas de dominio privado se convierten en aguas de dominio público, porque tal mutación se halla establecida claramente en el artículo 5.º de la Ley de Aguas: Para la transformación del concepto de públicas en privadas, admitida por algunas declaraciones jurisprudenciales, en contradicción con otras, no sólo no existe en precepto parejo, sino que son abundante los que cierran el paso a tan atrevida transformación. Dice el artículo 4.º de la Ley de Aguas y 407 del Código civil, que los ríos son de dominio público. El artículo 408 del Código civil relaciona en cinco apartados las distintas clases de agua de dominio privado. En ninguno de ellos se mencionan las aguas públicas que, en virtud de concesión, se han convertido de aguas privadas, o, en otros términos, las aguas públicas, apartadas de su cauce natural y conducidas por canal o acueducto de propiedad privada. Son *numerus clausus*, esto es, no susceptible de ampliación. La recta interpretación, aislada y conjunta de los artículos 407 y 408, nos lleva a esa conclusión. Las aguas públicas, según el artículo 409, podrán ser objeto de aprovechamiento ganado por concesión administrativa o por prescripción de veinte años. Incluso contrariando lo que con reiteración se nos dice en el admirable Preámbulo de la Ley de Aguas, que las aguas públicas pueden ser objeto de dominio, si seguimos el tecnicismo del artículo 254 de la Ley de Aguas. Pero ello no autoriza a establecer la tremenda afirmación de que las aguas de un río, tan pronto entran en acueducto o cauce privado, por razón de concesión, se convierten de naturaleza pública en privadas. Surge la duda de los vacilantes términos en que está redactado el artículo 98 de la Ley de Aguas, arrastrando, sin enmienda, al párrafo 2.º del 408 del Código civil. Al decirnos que en toda acequia o acueducto, el agua, el cauce, los cajeros y unas márgenes, serán considerados como parte integrante de la heredad o edificios a que vayan destinadas las aguas, establece el Código un curioso caso de derecho de accesión—*accessorium sequitur suam principale*—no comprendidos en el capítulo 2.º, título 2.º, libro 2.º del Código civil, en el cual, excepcionalmente, unos inmuebles—el agua de un cauce merece esta consideración—se anexionan a otros separados y distintos, sin llegar a la unión física, sino a incorporación jurídica decretada por el precepto legal. Si empleamos el concepto del artículo 409 del Código civil, el propietario de las tierras, comprador del agua, consumidor de ella, ha aprovechado aguas públicas. Si aceptamos por el tecnicismo del artículo 254 de la Ley de Aguas, ha realizado un acto de dominio de aguas públicas. Frente a tan incontestables conclusiones,

robustecidas por los claros conceptos de la Exposición de Motivos, verdadera interpretación auténtica de la Ley, resultaría muy pobre el argumento de que, si lo accesorio sigue a lo principal, el hecho de que el agua sea parte integrante de la heredad que va a fertilizar por su riego, debe ser considerada como de propiedad privada. Que forma parte integrante quiere decir que hay accesión; pero, admitido por la Ley de Aguas (art. 254) el dominio de las aguas públicas, resulta admisible que a una cosa de propiedad privada se le agregue, por accesión, un derecho de aprovechamiento de aguas públicas, derecho que la doctrina moderna, como veremos más adelante, califica de Derecho administrativo y no civil. La finalidad perseguida por el legislador, con el párrafo 2º del artículo 408, nos la aplica su segundo inciso. Ha pretendido, simplemente, que los dueños de los predios, por los cuales pasa el acueducto, no pueden alegar dominio sobre él ni derecho al aprovechamiento de su cauce. La sentencia recurrida, en el pronunciamiento mencionado, vulnera los artículos 407, párrafo 1º del 408 del Código civil y el artículo 4º de la Ley de Aguas, e interpreta erróneamente el artículo 98 de la Ley de Aguas, reiterado en el párrafo 2º del 408 del Código civil. Casi todas las sentencias que, de contrario se citan, no emplean el concepto de «aguas de dominio privado», sino que se limitan a reiterar el más confuso concepto de «parte integrante de la heredad» (sentencia de 5 de mayo de 1943). Aquellas sentencias también están en contradicción con la sentencia del Tribunal Contencioso-Administrativo de 22 de noviembre de 1908, Real Decreto de 12 de mayo de 1808; 9 de junio de 1896, 10 de octubre de 1918, 9 de julio de 1906 y sentencias de lo Contencioso-Administrativo de 19 de enero de 1919. También resulta infringido y violado el artículo 130 de la Ley de Aguas: «en los canales, acequias o acueductos para la conducción de aguas públicas, aunque contruidos por concesionarios de éstas, y a menos de habérsele reservado el aprovechamiento de la pesca por las condiciones de la concesión, pueden todos pescar con anzuelos, redes o nasas, sujetándose a los Reglamentos especiales de pesca...». Contempla el precepto de las aguas cuando ya se encuentran corriendo por canal artificial o acueducto, y no dice «aguas privadas que fueron públicas», sino que claramente dice aguas públicas. El artículo 254, al regular la competencia de los Tribunales, habla del dominio de las aguas públicas. Contempla, en orden al tiempo, el momento en que, previa concesión y previa la entrada del agua en sus instalaciones, ya se ha operado la adquisición del dominio. No contempla ni, admitimos la tesis contraria, el momento en que las aguas eran públicas, por no haber nacido el dominio que las convierte en privadas. Se refiere, repetimos, a un momento posterior, las denomina aguas públicas. La Exposición de la Ley dedica claros conceptos a distinguir el dominio del aprovechamiento, para tener con ésta en la doctrina consagrada. La concesión para un aprovechamiento determinado, no hacer perder a las aguas su calidad de públicas. A mayor abundamiento, el artículo 128 de la Ley de Aguas dice: «Del mismo modo, en los canales, acequias o acueductos de aguas públicas al descubierto, aunque de propiedad temporal de los concesionarios, todos podrán lavar ropas, etc.». Obsérvese que el epígrafe de la Sección 2.ª, en que está comprendido el artículo 130, está rotulado así: «Del aprovechamiento de las aguas públicas para la pesca». Entre estas aguas públicas figuran en el artículo 129 las que discurren por cauces públicos, y en el artículo 130 las que discurren por canales, acequias o acueductos. Mas tanto en el epígrafe como en el texto del artículo 130, las denomina aguas

públicas, y en tal concepto establece sobre ellas un aprovechamiento común. A segundo, el artículo 133 se refiere a las aguas de dominio privado, pero sobre ellas no establece ningún aprovechamiento, concepto exclusivo de las aguas públicas.

Segundo.—Al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley procesal civil, por infracción, en concepto de violación, de los artículos 37 de la Ley de Pesca Fluvial de 20 de febrero de 1943 y del artículo 130 de la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879. En el caso de que la Sala decida estimar el primer motivo y considerar que son públicas las aguas conducidas por los canales, acequias o acueductos pertenecientes a un aprovechamiento nacido de concesión, la sentencia, al decidir en el pronunciamiento 5.º que la pesca existente en dichos canales e instalaciones es patrimonio del dueño de las aguas, habrá vulnerado el artículo 37 de la Ley primeramente citada (artículo 37: aguas públicas). «La pesca y demás seres que habitan temporal o permanentemente en masas de agua de dominio público carecen de dueño; son bienes apropiables por su naturaleza, y como tales se adquieren por la ocupación, siempre que ésta se ajuste a los preceptos de la presente Ley». Al ser de dominio público las aguas que discurren por los canales e instalaciones de «Riegos de Levante, S. A.», pertenecen al uso común, incompatible con el pronunciamiento de la sentencia. En la hipótesis de que el motivo 1.º sea desestimado y la Sala llegue a discernir que nos hallamos ante un caudal de aguas privadas, la sentencia ha violado el artículo 130 de la Ley de Aguas, al hacer imposible el aprovechamiento común de las aguas públicas a las que son conducidas por cauces artificiales, abundando en el mismo concepto del artículo 127, situados ambos bajo la rúbrica común del título 5.º: «De los aprovechamientos comunes de las aguas públicas». Es incuestionable que la interpretación de los artículos 127 y 130, situados ambos en un título que sólo comprende aguas públicas, conduce de manera ineludible a aceptar que, para la Ley de Aguas, son públicas las que son objeto de litigio. Pero es que, de aceptarse la posición contraria, lo que no cabe es suprimir de golpe los «aprovechamientos comunes», al socaire de proteger el aprovechamiento especial invocado por la entidad demandante. Ello sería dar al traste con el sistema de la Ley de Aguas, basado en la coexistencia de los «aprovechamientos comunes», de carácter preferente, y los «aprovechamientos especiales», supeditados a aquéllos, como se deduce de la insistencia del legislador para subrayar la prioridad: «... aunque pertenezcan a concesionarios particulares», dice el artículo 127, «... aunque construidos por concesionarios de éstas», dice el artículo 130. Aunque el primer motivo fuera desestimado, la sentencia ha violado el 130 de la Ley de Aguas, habiendo concedido un derecho exclusivo que anula un «aprovechamiento común», establecido por la Ley.

Tercero.—Al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por la infracción, en concepto de violación, del artículo 153 de la Ley de Aguas citada. «Artículo 153, Las aguas concedidas para un aprovechamiento no podrán aplicarse a otro diverso fin, sin la formación de expediente, como si se tratara de una nueva concesión». La Ley de Aguas, en sus artículos 176 y siguientes, regula e implanta, en concepto de aprovechamiento especial, el de aguas públicas para riegos. Y en el artículo 130, antes comentado, instituye, como aprovechamiento común, el de pesca. A menos de habérseles reservado—a los concesionarios—el aprovechamiento de las pescas

por las condiciones de la concesión. La entidad demandante no alega que se le haya reservado el aprovechamiento de la pesca por las condiciones de la concesión. Del documento número 1 de la demanda se infiere la inexistencia de tal reserva. Ello no obstante, el Juzgado, primero, y la Sala, después, en el pronunciamiento 5.º, han venido a adicionar con esa reserva la Orden Ministerial de 31 de diciembre de 1945, que es el título de la concesión. O, en otros términos, se han situado en el lugar de la Administración pública, otorgando, en favor de la Compañía demandante, una nueva concesión administrativa del derecho de pesca. La violación del artículo 153 es palmaria.

Cuarto.—Al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción, en concepto de violación, del párrafo 2.º del artículo 408 del Código civil, Dispone este precepto que el agua que discurre por un acueducto se considera como parte integrante de la heredad a que vaya destinada. Y aún añade la falta de derechos sobre el agua, en cuanto a los dueños de los predios atravesados por el acueducto. Pues bien, el pronunciamiento 5.º de la sentencia dice que la pesca pertenece al dueño de las aguas, después de haberse dicho que ésta pertenece a la «Compañía de Riegos de Levante. S. A.», dueña, a su vez, de las instalaciones y canales. Está probado en autos, y así lo establece la sentencia en repetidos pasajes, que las fincas a las que van a parar las aguas de la concesión, o sea, las tierras irrigadas, no pertenecen a la expresada Compañía, sino a una pluralidad de propietarios, que integrarán en su día, si es que no existe ya, la Comunidad de Regantes aludida en el pronunciamiento 4.º y en el Considerando 9.º de la sentencia. La sentencia recurrida invoca, en el Considerando 7.º, el párrafo 2.º del artículo 408 del Código civil, que es el precepto en que se apoya aquella equivocada teoría de que las aguas públicas se convierten en privadas, tan pronto entran en cauce artificial. Es curioso que al conceder la pesca la Compañía demandante, la sentencia viene a hacer todo lo contrario de lo que el precepto ordena, ya que, en vez de considerar el agua como parte integrante de las heredades fertilizadas con el riego, reconoce la propiedad del agua en favor de la Compañía propietaria de los terrenos en que se halla el acueducto, incurriendo con ello en violación del precepto.

El recurso no triunfó. Fue rechazado en mérito de los siguientes Considerandos:

Considerando. Que el primer motivo del recurso, amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la violación por la sentencia recurrida de los artículos 407, número 1.º, y 408 del Código civil y del 4.º de la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879, así como la interpretación errónea del artículo 98 de la Ley últimamente citada y del párrafo 2.º del Código, por entender el recurrente que las aguas públicas que discurren por el río no pierden tal carácter por pasar a un cauce privado, en virtud de una concesión administrativa, como sucede en el caso que se contempla, ya que lo que la concesión administrativa otorga es simplemente un derecho de aprovechamiento de las aguas, conforme a la doctrina de las sentencias de esta Sala que cita; y habida cuenta que del estudio de los preceptos invocados, y muy especialmente del último párrafo del artículo 408 del Código, se desprende que, si bien es cierto que la propiedad de las aguas tiene un carácter especial, y como tal la trata nuestro Ordenamiento jurídico

fundamental, al no estar investida, de todas las facultades que al dominio de las demás cosas atribuye, no es menos cierto que la concesión administrativa otorga el disfrute exclusivo y excluyente del aprovechamiento de las aguas públicas al concesionario, tan pronto son separadas de su cauce natural, entrando en canales o cauces artificiales, dándoles la denominación de aguas privadas, lo que constituye un derecho especial similar al dominio, y como tal lo califica el Código y hasta la Jurisprudencia de esta Sala contenida en sus sentencias de 22 de noviembre de 1958, 24 de junio de 1968, y muy especialmente en la de 6 de abril de 1948, dictada en caso análogo al presente; y en su consecuencia, y aun limitado el dominio por los términos en que esté otorgada la concesión y las derivadas de la propia naturaleza del agua que vuelven a ser públicas en las sobrantes y en cuanto salen del cauce artificial y discurren otra vez por las naturales, por lo que la Jurisprudencia alude a la facultad de aprovechamiento exclusivo con todo rigor, en vez de denominarlo dominio, es indudable que tienen el concepto de aguas privadas, están sujetas a un aprovechamiento exclusivo y excluyente por el concesionario y constituyen un derecho especial de propiedad, similar al dominio, como lo califica el Código y no se ha cometido la infracción denunciada y perece el motivo.

Considerando: Que el segundo de los motivos, por el mismo cauce procesal que el anterior, denuncia la violación del artículo 37 de la Ley de Pesca Fluvial de 20 de febrero de 1942, si se declara que las aguas son públicas, que queda descartado en el anterior fundamento, o la del 30 de la Ley de Aguas, si se estimara que las debatidas son privadas, por entender que, en todo caso, los peces y demás elementos que en ellos se críen, son de dominio público y pueden ser pescados o extraídos por todo aquel que cumpla con los requisitos reglamentarios de la materia, motivo que no puede prosperar, en tanto en cuanto el artículo 38 de la citada Ley de Pesca determina que los peces son patrimonio del dueño de las aguas privadas, llegando el artículo 65 del Reglamento de tal Ley, de 6 de abril de 1943, a prohibir la pesca en tales aguas a quienes no sean dueños o arrendatarios de ellas o cuantas con su autorización escrita, visados por la Guardia Civil o guardería especial.

Considerando Que con la misma sustentación formal se articula un tercer motivo, alegando la violación del artículo 153 de la Ley de Aguas, basado en que las aguas concedidas para un aprovechamiento no podrán aplicarse a otro distinto sin la formación de expediente, por lo que la estudiada no puede extenderse a la pesca; y como quiera que la concesión administrativa no contiene expresa limitación en la materia, deben ser aplicados los preceptos generales antes estudiados y no puede prosperar el motivo

Considerando: Que, por último, y con el mismo apoyo procesal, se articula un cuarto motivo denunciando la violación en la sentencia impugnada del párrafo 2.º del artículo 408 del Código civil, basado en que el agua no va destinada al demandante-recurrente, sino que el dirigirse a los predios con la que se riegan deben estimarse como parte integrante de éstos, conforme al precepto invocado, y, por ende, no de la propiedad del concesionario, motivo que decae con sólo tener en cuenta que constituye una cuestión nueva no debatida en el proceso, y que al poder originar indefensión de los colitigantes no es aducible en casación, conforme viene declarando reiteradamente la doctrina de esta Sala; pero aun cuando así no fuera, siempre resultaría que la

concesión se otorgó al recurrido, que, a su vez, cede las aguas a los regantes, y hasta que la cesión se produce conserva todos los derechos que aquélla le confiere.

B. M. B.

II. DERECHOS REALES

NULIDAD DE ADJUDICACION DE FINCAS. *«Los llamamientos forestales de la Compilación de Vizcaya no tienen razón de ser en las ventas judiciales, ya que su finalidad está ampliamente conseguida con la observancia de los preceptos contenidos en las Leyes procesales, que son de inexcusable aplicación en todo el territorio nacional»* (SENTENCIA DE 29 DE MARZO DE 1969).

Antecedentes.—En la demanda, origen del pleito, se ejercitaba acción de nulidad, respecto a la enajenación efectuada en procedimiento judicial seguido para la efectividad de un crédito hipotecario, contra los padres de la actora, de las fincas que se especifican y que, en subasta pública, fueron rematadas por algunos de los demandados en el pleito actual y parte de cuyas fincas fueron con posterioridad vendidas a otras personas, traídas asimismo al litigio en concepto de demandados. El fundamento del derecho que se ejercitaba radica en el hecho de que antes de la enajenación por vía judicial no fueron hechos los llamamientos forales con arreglo a la Compilación vigente y que la parte actora estima necesarios; negada esta necesidad por los demandados comparecidos, y seguido el pleito en sus dos instancias, ha recaído sentencia concorde del Juzgado de Primera Instancia y de la Audiencia Territorial, desestimando la demanda y fundándose principalmente en que el trámite que se señala como omitido no es de necesidad. Contra el criterio sostenido en las sentencias de instancia se alzan los dos motivos de que el recurso consta, denunciándose en el primero la infracción por interpretación errónea del artículo 58 de la vigente Compilación, y en el segundo, la violación de los artículos 52, 56 y 57 de la misma, planteándose en el recurso la cuestión de resolver de sí en las ventas judiciales tienen o no cabida los llamamientos forales, cuestión que ni antes ni después de promulgarse la Compilación foral de Vizcaya ha sido traída a la decisión jurisprudencial; tema que el Tribunal Supremo resuelve, declarando no haber lugar al recurso de casación interpuesto, y en virtud de la siguiente *doctrina*:

«El examen analítico del título VIII de la Compilación, puesto en relación con los motivos integrantes del recurso, lleva a las siguientes conclusiones. A) que no cabe aceptar la interpretación del artículo 58 que se pretende en el motivo primero. habida cuenta, a), que si el legislador hubiera querido que en las ventas judiciales se observaran los llamamientos forales, con carácter previo a los trámites procesales de publicidad establecidos por la Ley rituarial, lo hubiera declarado así, regulando la intervención notarial con carácter previo, complementario o sustitutorio, pues de lo contrario, habría una dualidad de trámites que se revela como innecesaria, complicada, confusa, costosa e inútil, frustrando el propósito, anunciado en la Exposición de Motivos de la Compilación, de prescindir de lo arcalco e introducir los desarrollos técnicos necesarios en la configuración

interna de algunas instituciones, como ésta de los llamamientos forales a que, expresamente, hace referencia; B) que, por el contrario, al regular con evidente separación la materia de la enajenación de los bienes troncales, distinguiendo la «voluntaria» y la «forzosa» por vía judicial, y no hablando de tales llamamientos más que al referirse a la primera, es obvio que lo hizo por estimar que, en las ventas judiciales y según ya se vino entendiendo en el sector doctrinal y realizando en la práctica, es porque, en los procedimientos ejecutivos seguidos ante la Autoridad judicial, la finalidad de aquellos llamamientos está cumplida, notoria y ventajosamente, por los medios de publicidad establecidos en el Ordenamiento procesal y que son de observancia rigurosa en todo el territorio nacional, bien se halle sometido al Derecho común o al foral; C) que, por ello, la alegación hecha en el acto de la vista del recurso, fundándose en lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 1.495, en relación con el párrafo 1 del 1.488 de la Ley procesal, de la necesidad de fijar los edictos «en los sitios públicos de costumbre», entendiendo, por tales, en el Derecho vizcaíno, los tradicionalmente fijados para los llamamientos forales, no pasa a ser, a lo sumo, una práctica recomendable, pero cuya omisión no puede producir la nulidad de la venta, por falta de publicidad, si se cumplió con lo dispuesto en la Ley procesal, y menos aún en el caso de autos, en que, como hizo observar la parte recurrida, no podía pasar inadvertida la enajenación a la actora, por ser hija de las personas contras las que iba dirigido el procedimiento de apremio, y, en todo caso, para la eficacia del argumento esgrimido en casación, sería necesaria la prueba de la costumbre que, respecto a esas enajenaciones forzosas, ni siquiera se ha intentado acreditar; D) que, por todo ello, no existe la infracción, por interpretación errónea, del artículo 58 de la Compilación, lo que impone la desestimación del motivo primero, que, a su vez, comporta la del segundo, pues si los llamamientos forales sólo se imponen a las ventas voluntarias, no ha existido, en el caso de autos, la violación de los artículos 52, 56 y 57 que en él se denuncian, por lo que, en definitiva, el recurso no puede prosperar»

DECLARACION DE PROPIEDAD. *«Nada se opone a que una vez adjudicada y cedida una herencia se venda la totalidad de su contenido sin individualizarse los bienes, aun cuando tal práctica no sea razonable, porque la herencia, comprende no sólo derechos, sino a la vez puede contener obligaciones. Las sentencias absolutorias en materia penal no vinculan a la jurisdicción civil salvo en la declaración de que no ha existido el hecho perseguido»* (SENTENCIA DE 5 DE MAYO DE 1969).

Antecedentes.—En la demanda se alegaba: Que a consecuencia de operaciones particionales protocolizadas tuvo lugar la adjudicación a doña H. V. O. en la herencia de sus padres, determinada finca urbana, y que dicha señora, en su calidad de dueña, la cedió en arrendamiento a los demandados en el año 1944; que en 1948 don M. L. R. adquiere de doña H. V. O., mediante el pago de determinada cantidad, todos cuantos derechos, bienes y acciones resulten corresponderle en las referidas herencias protocolizadas, y finalmente, que los herederos de don M. L. R. venden la referida finca urbana al hoy demandante, que en consecuencia suplica se dicte sentencia declarando que ésta le pertenece en pleno dominio. A tales pedimentos se oponen los demandados alegando que en la fecha de la escritura de cesión de derechos hereditarios ya habían sido partidos los bienes quedados al fallecimiento de los padres

de doña H. V. O., a la que le fueron adjudicados bienes concretos, por lo que la cesión no tenía razón de ser, pero es que además, con fecha anterior a dicha cesión, doña H. V. O. había vendido la casa objeto del litigio a los demandados, realizándose la venta por documento privado y con pacto de recobración por tres años y medio; que por haberse perdido este documento redactaron uno nuevo ratificando la venta anterior, sobre el que recayó sentencia absolutoria dictada por la Audiencia Provincial en 1956 en causa seguida por el supuesto delito de falsificación de firmas, de donde resulta que el demandante o las personas de quienes trae causa, nunca tuvieron el dominio de los bienes litigiosos y si a lo sumo, en el caso de ser cierta la cesión de derechos, el derecho de retracto de la finca, que por no haberse ejercitado en plazo hace que la propiedad pertenezca exclusivamente a los demandados.

La sentencia de Primera Instancia, estimando la demanda, declara que la finca pertenece en pleno dominio al demandante, y que carece de todo valor y eficacia jurídica el documento que se dice otorgado entre doña S. V. O. y los demandados, los cuales están ligados al actor por el contrato de arrendamiento, con todas las consecuencias legales dimanantes del mismo. Apelada esta sentencia, la Audiencia Territorial confirma la del Juzgado. Interpuesto recurso de casación por infracción de Ley por los motivos de haberse producido error de hecho en la apreciación de la prueba que resulta de documentos auténticos; interpretación errónea del artículo 1.907 en relación con el 1.531, ambos del Código civil; ser el fallo contrario a la cosa juzgada; el Tribunal Supremo declara no haber lugar al mismo en virtud de la siguiente *doctrina*:

«Que la sentencia recurrida examina, estudia y valora todos los documentos aportados haciendo una exégesis completa de su contenido y fuerza probatoria para llegar a los fundamentos de la sentencia de primera instancia, aceptados íntegramente en la apelación, a una consecuencia opuesta a la del recurrente, lo que ya sería suficiente para desestimar el motivo conforme a la constante jurisprudencia de esta Sala; pero aun cuando así no fuera, siempre resultaría en primer lugar que nada se opone a que, una vez adjudicada y cedida una herencia, se venda la totalidad de su contenido sin individualizarse los bienes, aun cuando tal práctica no sea razonable, porque la herencia comprende no sólo derechos, sino a la vez puede contener obligaciones, y en segundo lugar, porque es constante y reiterada la doctrina de esta Sala declarando que las sentencias absolutorias en materia penal no vinculan a la jurisdicción civil, salvo en la declaración de que no ha existido el hecho perseguido. al presente la falsificación de firma en el documento privado de 9 de octubre de 1944, el estudiar aspectos distintos de un mismo problema y tener que atenerse la civil al resultado de las probanzas y de cuantos elementos suministren las partes para determinar la realidad civil y sus facetas en la resolución que dicte.»

La única cuestión que plantea esta sentencia es la de matizar la doctrina que en ella se contiene de «que nada se opone a que, una vez adjudicada y cedida una herencia, se venda la totalidad de su contenido sin individualizarse los bienes». La venta de una herencia aparece recogida por el artículo 1.531 del Código civil, en el sentido de que, estando abierta una sucesión, el heredero transmita la universalidad de los derechos que puedan corresponderles, quedando únicamente obligado a responder de su cualidad de tal. Es decir, que lo que se vende es el derecho hereditario que corresponde al heredero sobre la masa de bienes del causante. Ahora bien, el efecto primordial de la par-

tición hereditaria es el de hacer desaparecer este derecho hereditario sobre la masa de la herencia y provocar su transformación en titularidades concretas sobre cada uno de los bienes que la componen. Por consiguiente, no debe hablarse de una escritura de cesión de derechos hereditarios una vez realizada la partición y adjudicados los bienes al heredero, sino simplemente, y esto es quizá lo que ha querido decir el Tribunal Supremo, de venta o cesión de un patrimonio que englobe la totalidad de los bienes concretos que fueron adquiridos por su titular por el concepto de herencia.

ACCION NEGATORIA DE SERVIDUMBRE «Es permitido llegar al campo de la casación por el cauce formal del 1.692-1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando se alega la equivocación padecida al examinar las cuestiones de derecho privadas del contrato, dejando de atribuir a los hechos probados que se sientan, las consecuencias jurídicas que les son propias» (SENTENCIA DE 2 DE JUNIO DE 1969)

Antecedentes.—El actor dedujo demanda sobre acción negatoria de servidumbre de luces y vistas basándola en su cualidad de propietario de una finca independiente vendió a la Corporación demandada, que construyó sobre ella un edificio de siete plantas que tomaban luces y vistas del predio de su propiedad, y por ello suplicaba se la condenase a tapar las ventanas con vistas rectas, así como toda clase de huecos que no se encontrasen a las distancias legales. La parte demandada no sólo contestó y se opuso a la demanda, sino que formuló reconvencción alegando que su conducta había sido aceptada por el actor como propietario del predio sirviente, pues éste consintió la colocación en la finca matriz de un pilar de fábrica que servía de apoyo al edificio construido a fin de facilitar la comunicación interior y directa entre una nave existente en su finca y la de la demandada; que también había prestado su consentimiento al proyecto redactado por arquitecto; que según documento privado suscrito entre ambos, aquél había de contribuir al pago de la nueva construcción por adquirir el pleno dominio de la planta baja de la nueva finca que se le adjudicaba como parte del pago del precio del solar vendido; y finalmente, que no era razonable, por ser ostensibles los huecos de la construcción, no hubiere al menos protestado de dicha servidumbre, lo que evidenciaba su conformidad y aceptación a la obra proyectada, y si dejase su reclamación para después de acabada la finca, ello prescindiendo de que el cierre de los huecos no suponía para el actor ningún resultado práctico, ya que no experimentaba perjuicio alguno en su propiedad dedicada a nave industrial, que no habría de ser modificada por prohibirlo las ordenanzas vigentes, desemboscando la clausura de los huecos en un manifiesto abuso de derecho. En consecuencia solicitaba se le absolviera de la acción negatoria de servidumbre de luces y vistas ejercitada, y que estimándose la reconvencción se declarara que la casa construida por la reconviente era predio dominante, por lo que tenía derecho a tomar luces y vistas de la finca propiedad del reconvenido, descansando su título no sólo en los contratos celebrados, sino en el consentimiento prestado por el actor al proyecto de la nueva casa.

La sentencia del juzgado de instancia, estimando la demanda, declaró que la finca propiedad del actor se hallaba libre de servidumbre de luces y vistas, así como de todo gravamen en relación con la finca propiedad de la demandada, a la que se condena a tapar las ventanas con vistas rectas y toda clase

de huecos que no se encontrasen a la distancia legal. Interpuesta apelación por la demandada, la Audiencia Territorial estima los pedimentos reconvenionales declarando: que el título del derecho de servidumbre estaba determinado en la voluntad concorde de los litigantes y plasmada en el documento privado celebrado, y condena al demandante reconvenido a estar y pasar por la anterior declaración y a otorgar ante Notario escritura pública constatando la institución de dicha servidumbre.

Formalizado recurso de casación por infracción de ley al amparo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, el Tribunal Supremo declara haber lugar al mismo, casando la sentencia de la Audiencia y confirma en sus propios términos la sentencia dictada por el Juez de Primera Instancia, en base a la siguiente *doctrina*:

«Incontrovertido en autos el hecho básico de que la parte demandada y recurrida tras de comprar al demandante y recurrente una parcela de terreno segregada de otra perteneciente al mismo, ha levantado una edificación en cuya parte posterior ha abierto treinta huecos que están a una distancia de la colindante de un metro treinta y cinco centímetros y construido una terraza que se encuentra en el mismo punto de colindancia de la finca, sin guardar ninguna separación y no observándose la distancia de dos metros establecida como norma legal de relación de vecindad por el artículo 582 del Código civil, toda la cuestión debatida se limita a determinar si se ha constituido o no una servidumbre voluntaria de luces y vistas.»

«Que las servidumbres de cualquier clase que sean pueden adquirirse en nuestro Derecho en virtud de título —arts. 537 y 538 del C. c.—, entendiéndose por tal todo acto jurídico, bien sea oneroso o gratuito, *inter vivos*, o de última voluntad, cuya forma ha de estar en relación con la naturaleza del acto, por lo que si se trata de un contrato, será necesario el otorgamiento de escritura pública, aunque no en concepto de requisito que efectúe a su validez —art. 1.280 del C. c. en relación con los 1.278 y 1.279—.»

«Que el problema que entraña la interpretación de los contratos, dada la importancia que reviste el conocer la intención que las partes tuvieron al establecer el nexo que las une, con obligaciones vinculantes y exigibles, permite llegar al campo de la casación por el cauce formal del 1.692-1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando se alega la equivocación padecida al examinar las cuestiones de derecho derivadas del contrato, dejando de atribuir a los hechos probados que se sientan, las consecuencias jurídicas que les son propias, lo cual ha de hacerse con sujeción a las reglas establecidas en los artículos 1.281 al 1.289, materia que permite que la Sala resuelva con amplia libertad cualquiera que sea la opinión del Tribunal sentenciador.»

«Que la calificación jurídica llevada a cabo por el Tribunal *a quo*, del material probatorio apreciado conjunta y aisladamente, viola de modo manifiesto los preceptos invocados como infringidos por el recurrente, lo que evidencia por un acto propio posterior del hoy recurrido, la inexistencia del vínculo de gravamen, que pretende se constituye judicialmente a título oneroso, con olvido del principio de contradicción que rige todo el mundo jurídico.»

El razonamiento que se hace en esta sentencia es perfectamente claro. La Corporación demandada carece de todo fundamento para exigir que se declare la existencia de una servidumbre de luces y vistas sobre la finca del actor, ya que existe derecho no se ha constituido expresamente ni puede acreditarse su adquisición por usucapión. Tampoco puede considerarse abusivo el ejercicio de la acción negatoria de servidumbre, ya que para ello sería preciso que la

limitación impuesta a la propiedad ajena no causare daño alguno a su propietario, sin que pueda fundarse el abuso de derecho en la prohibición de edificar impuesta por las ordenanzas vigentes.

E. F. C.

IV FAMILIA

SENTENCIA DE SEPARACION CONYUGAL POR CULPA DEL MARIDO, EN FASE DE EJECUCION.—*Inventario previo a la liquidación de la sociedad de gananciales. Rendición de cuentas respecto al período de administración por el marido. Reclamación de frutos de gananciales y de los de bienes parafernales.*—**COSA JUZGADA.** Cumplimiento de la resolución judicial y actos propios. Pariente c. Santos (SENTENCIA DE 4 DE MAYO DE 1968).

Doctrina de la sentencia.—La cuestión reconventional fue discutida y materialmente resuelta en el pleito anterior entre los mismos interesados. La excepción de cosa juzgada la admite acertadamente la Sala sentenciadora. El recurrente dio cumplimiento a lo resuelto, con lo que ahora no sólo va contra la cosa juzgada, sino contra sus propios actos.

Antecedentes: I) La actora formuló demanda canónica de separación, por adulterio y abandono de deberes conyugales, contra su esposo, antes de 1950. El Tribunal Eclesiástico dictó sentencia en 1955, accediendo a lo solicitado por la actora. II) A principios de 1950, el marido—«como consecuencia de la inesperada demanda canónica... y bajo los efectos de un estado de ánimo de irritabilidad» (*sic*)—vendió simuladamente ante Notario a su hermano parte de los bienes integrantes del patrimonio ganancial. Al tener conocimiento de ello, la esposa promovió contra ambos juicios declarativos de mayor cuantía, solicitando la declaración de nulidad absoluta, por inexistencia y simulación, de dichas escrituras; en dicho pleito, la Audiencia estableció que «procede asimismo, la restitución al patrimonio ganancial de dichas fincas, y de los frutos producidos o debidos producir desde la fecha de las escrituras hasta que el reintegro se efectúe, y cuya cuantía se determinará en período de ejecución de sentencia. III) La esposa solicitó del Juzgado correspondiente la ejecución de la sentencia referida, y contra la resolución del Juzgado acerca de la cuantía, interpuso el marido recursos de apelación y casación, fallando el Tribunal Supremo, con fecha 28 de junio de 1963, y condenando al demandado a la restitución de la Sociedad conyugal, por concepto de frutos o productos líquidos, de una cantidad un poco superior de los 2.000.000 de pesetas. Consignada dicha suma, el Juzgado ordenó la entrega a la actora de la mitad de la cantidad fijada, que fue recibida conforme la oportuna diligencia obrante en autos. IV) Solicitada por la actora la ejecución de la sentencia Canónica de separación conyugal, en cuanto a sus efectos civiles se refiere, el correspondiente Juzgado de Primera Instancia dictó auto, acordando la separación de los cónyuges y la de los bienes de la Sociedad conyugal, ordenando proceder a la formación del inventario de los bienes de la Sociedad de gananciales de los litigantes y demás trámites necesarios para liquidar dicha Sociedad. Dicho auto era acordado en el año 1958. V) La actora precisaba sutilmente que su marido había administrado la Sociedad de gananciales, en cada período de tiempo, en conceptos distintos: hasta 1958, como administrador legal; de 1958 a 1960 (en que

se le nombra al efecto administrador judicial), como administrador de hecho, continuando la administración legal que desempeñaba; de 1960 a 1962 (en que es removido), como administrador judicial. No se habían presentado las cuentas de la administración relativa al periodo de 1958-1960, y las del periodo 1960-1962 habían sido impugnadas por la mujer. VI) En ejecución de efectos civiles de la sentencia canónica de separación, el contador, dirimente nombrado, formuló el oportuno cuaderno particional, aprobado por la Audiencia en 1963, en dicho cuaderno se inventariaban bienes gananciales, y los parafernales, refiriéndose a posibles nuevos bienes y frutos, créditos o rentas, no incluidos, a los efectos de la partición complementaria oportuna. No se habían inventariado, por tanto, los frutos y rentas de los bienes gananciales. La esposa demandante los reclamaba, en cuanto al periodo 1958-1960. VII) El marido alegaba que su esposa había formulado escrito al Juzgado con idéntica pretensión, denegado por providencia de 1964. Y citaba que la sentencia de la Audiencia en 1963 ordenaba «la inclusión, en las operaciones particionales de la liquidación de la Sociedad de gananciales de ambos litigantes, de la cantidad que se justifique como frutos de los bienes parafernales, hasta la fecha de la disolución de la Sociedad conyugal, que es la de la firmeza de la sentencia canónica»

La demanda suplica se dicte sentencia, por la que se condene al demandado a rendir cuentas de los frutos o rentas producidos por los bienes gananciales desde 1958 a 1960, y a practicar la correspondiente liquidación a la actora, con entrega de la mitad de dichos productos o rentas.

El demandado formuló reconvencción, solicitando se condenase a su esposa a abonar al actor reconvenccional una cantidad de algo más de 1.000.000 (la cantidad era la correspondiente a la entrega que el marido hizo a su esposa, en ejecución de sentencia en el pleito sobre nulidad de las ventas al hermano: v. antecedente III) y sus intereses legales, y a que rinda cuentas de los frutos y rentas producidos por los bienes parafernales, y referida tal rendición de cuentas al periodo entre 1935 (fecha de las donaciones a la esposa) y 1955 (sentencia canónica), y a practicar la correspondiente liquidación al esposo, con entrega al mismo e íntegramente de dichos productos o rentas.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó totalmente la demanda principal formulada por la esposa y la demanda reconvenccional del esposo.

Ambas partes apelaron contra dicha sentencia. La Audiencia dictó sentencia, confirmando en todas sus partes la sentencia del Juzgado.

El marido demandado interpuso recurso de casación, por infracción de Ley y de doctrina legal, relativas al artículo 1.252 del Código civil sobre la cosa juzgada, por aplicación indebida de la misma.

El Tribunal Supremo rechaza el recurso, sentando la doctrina que sigue:

Visto siendo ponente el Magistrado don Emilio Aguado González.

Considerando: Que el recurso interpuesto se fundamenta en un solo motivo, en el que se denuncia que la sentencia recurrida infringe, por aplicación indebida, el artículo 1.252 del Código civil, en relación con la doctrina legal contenida en las sentencias que, al efecto, se citan; la tesis sostenida en ese motivo único es que *la infracción denunciada la ha cometido la Sala sentenciadora, al declarar que la petición deducida por el actor en la reconvencción había de ser desestimada*, por tratarse de un punto resuelto por resolución recaída en un pleito anterior y que *había de constituir «cosa juzgada» para el presente*, siendo tal pleito uno de los anteriores habidos entre los mismos cónyuges, y que sentenció la Sala Tercera de esta Audiencia Territorial

en 6 de junio de 1952, que, recurrida en casación, motivó la dictada por este Supremo Tribunal en 28 de junio de 1963; siendo en esencia *las razones fundamentales en que el recurso intenta apoyarse, la de no existir las identidades exigidas por el artículo 1.052 del Código civil, y la de haberse planteado en la reconvencción deducida en el presente procedimiento una cuestión no tratada en el litigio anterior, cual era la falta de obligación de reintegrar*, por tratarse de frutos percibidos «constante matrimonio», cuya disposición corresponde al marido, sin necesidad de justificarse su inversión, siendo así que *en el pleito anterior sólo se trató de fijar la cuantía de tales frutos, cuya restitución a la Sociedad conyugal ordenaba el fallo recaído en el pleito, y de que, en consecuencia, podría haber cosa juzgada en lo «formal», pero no en lo «material», debiendo prosperar, por tanto, el recurso interpuesto.*

Considerando: Que, para el análisis del mismo, *nada mejor que traer a colación la propia sentencia pronunciada por este Tribunal de 28 de junio de 1963, en el incidente promovido en trámite de ejecución de sentencia, destacando aquellas partes del mismo que guardan relación con el actual recurso*, y, así efectuado, se advierte: A) Que *en el Considerando 3.º se fija cuál fue objeto perseguido en el juicio* y que resolvió la sentencia llevada a casación, en incidente promovido al ejecutar la pronunciada por la Audiencia, declarando que eran simuladas y hechas con ánimo defraudatorio las enajenaciones que hizo el marido a un hermano suyo de una finca rústica y otra urbana, consignando expresamente que *una de las pretensiones deducidas en él era «la declaración de que procedía la restitución al patrimonio de la Sociedad legal de gananciales—o de su estimación en numerario, si ello no pudiera verificarse—de los bienes simuladamente enajenados, así como también la restitución al patrimonio de los frutos producidos o debidos producir, desde el día 3 de abril de 1950 hasta que el reintegro se efectúe, que ha de serlo en los trámites previstos en el Código civil y cuantía que se determinará en periodo de ejecución de sentencia».* B) En el *Considerando 4.º se detalla la tesis mantenida por el marido recurrente*, quien alega «que no podía condenársele a la restitución *asimismo* de los frutos, ya que, según la sentencia, éstos no habían salido de su poder; que el marido, como administrador de la Sociedad de gananciales, tenía la absoluta y única disponibilidad sobre los frutos de tal Sociedad, sin tener que dar cuenta de ella a nadie; y que mientras subsiste el matrimonio, la esposa *no puede* reclamar los frutos específicos de una finca ganancial, porque hasta que se liquida el haber de la Sociedad, no se sabe si hay gananciales». C) En el *Considerando 5.º se estudian todas las alegaciones deducidas y se proclama su falta de consistencia, consignándose expresamente, como lo que proclama el marido, «de que, por ser el administrador de la Sociedad legal de gananciales, tiene la plena disponibilidad de los frutos de los bienes de ella, sin venir obligado a rendir cuentas, aun en las situaciones anormales del matrimonio, es dar un alcance a los artículos 1.408, número 1.º, 1.412 y 1.413 del Código civil, contrario al que tienen, ya que la generalidad del precepto contenido en el número 1.º del artículo 1.408 aludido, se entiende, según la doctrina científica, restringida a que las obligaciones contraídas por el marido, lo sean en interés de la familia, que es la presunción normal, que, sin embargo, admite prueba en contrario», y que «la afirmación de que, «mientras subsiste el matrimonio, la esposa no puede reclamar los frutos específicos de una finca ganancial, ya que no se sabe si hay gananciales», nada tiene que ver con el caso resuelto, o sea, con la anulación, por simulación, de unas ventas de bienes de la*

Sociedad conyugal que había realizado el esposo, con ánimo de sustraer a tal Sociedad, esos bienes y sus frutos, y se acordó el reintegro a dicha Sociedad, no sólo de los bienes, sino también de los frutos percibidos o debidos producir, hasta que la restitución se verifique cuya acción de impugnación puede ser utilizada por la esposa, desde que se realiza la enajenación tachada de fraudulenta, pues desde entonces puede decirse que existe para la mujer el derecho a demostrar el perjuicio que se le infiere, sin esperar a que se extinga la Sociedad legal, ya por disolución o cuando llegue el caso previsto en el artículo 1.433. D) En el 6.º Considerando se remacha la argumentación diciendo que aceptar la tesis del recurrente conduciría a proclamar la posibilidad de que el esposo sustrajere a la Sociedad legal de gananciales los frutos de los bienes que a ella pertenecían, pues le bastaría simular una venta de esos bienes para lograr que sus frutos dejaran de pertenecer a la aludida Sociedad y no pasaran tampoco a poder del pseudo-comprador, que no llegó a poseer jamás tales bienes, con lo que el referido esposo los haría suyos y no tendría obligación de aplicarlos al sostenimiento de las cargas de la Sociedad de gananciales, si posteriormente no se le obligaba a reintegrarlos a dicha Sociedad».

Considerando: Que todo lo transcrito evidencia que la cuestión reconvenicional planteada fue ya discutida y materialmente resuelta en el pleito anterior, y que la excepción de cosa juzgada la admitió acertadamente la Sala sentenciadora, no incurriendo en la infracción legal que en el recurso se acusa por un «concepto que, en todo caso, sería improcedente», ya que el artículo 1.252 del Código civil es de aplicación forzosa a cuantas cuestiones se planteen sobre la mencionada excepción, sea procedente o no, y sin que a lo expuesto sea óbice el argumento sobre la desigualdad producida en la liquidación practicada, ya que se trata de una parte de los bienes y no de todos los que integran la partición, ya efectuada en firme, y en la que se establece esa solución para el caso de existir más bienes; y, además, el propio recurrente dio cumplimiento a lo resuelto, consignando la mitad de la cantidad fijada como importe de los frutos, y dándose por pagado de su parte, con la retención de la otra mitad, con lo que ahora no sólo va contra la cosa juzgada, sino contra sus propios actos, todo lo que impone la desestimación del recurso, con los pronunciamientos de Ley.

SENTENCIA DE SEPARACION CONYUGAL, EN FASE DE EJECUCION DE-MANDA DE CESE DE ALIMENTOS INTERCONYUGALES. Cuestión acerca de si hay o no incompetencia de jurisdicción. De la Lastra c. Avila (SENTENCIA DE 6 DE NOVIEMBRE DE 1968).

Doctrina de la sentencia.—Las cuestiones de competencia de jurisdicción, por razón de la materia, cuantía o grado jurisdiccional, sólo tienen acceso a la casación por la vía del artículo 1.692-6.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, reservando para la del mismo número del artículo posterior cuando se plantea entre jurisdicciones del mismo grado, que sólo difieren por razón del distinto territorio en que actúan. La afirmación de que la materia litigiosa debe formar parte de las actuaciones de ejecución de sentencia de separación, es cuestión ajena al defecto formal determinante de incompetencia de jurisdicción por razón del territorio, al que se refiere el número invocado...

Antecedentes.—Para una mejor comprensión del «por qué» de este pleito, habría que remontarse más atrás, a las incidencias del proceso de separación conyugal entre ambos litigantes y a los numerosos procesos incidentales posteriores. Puede verse un resumen de todo ello en el extracto de los *antecedentes* de la sentencia de 10 de octubre de 1967, publicado en esta misma sección de la REVISTA (en el núm. 471, pág. 449).

En el pleito presente era el marido la parte actora, y la demanda se refería a solicitar la declaración, contra su esposa, del cese de alimentos a la misma.

La esposa contestó y se opuso a la demanda, alegando excepción de incompetencia del Juzgado, por corresponder a otro de la misma capital su conocimiento, como efecto y en conexión con la ejecución de sentencia de separación postulada; además, formula reconvencción, solicitando que la cuantía se elevara a 30.000 pesetas, en vez de las 15.000 que percibía.

La esposa demandada propuso como prueba la documental pública, consistente en que se libre mandamiento al Notario don... «para que expida copia de todas las escrituras otorgadas por su esposo desde la fecha de la sentencia de alimentos definitivos». El mandamiento judicial pertinente no se diligenció, porque a ello se negó el Notario.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia, por la que se desestima la excepción de incompetencia y se estima la demanda, acordando el cese de la obligación de dar alimentos a la demandada.

Interpuesto recurso de apelación por la esposa demandada, ésta solicitó «que se reciba a prueba para la práctica de la declarada pertinente en primera instancia, y que no se practicó por causa no imputable a la misma». La Audiencia dictó auto declarando no haber lugar al recibimiento a prueba solicitado. La apelante interpuso recurso de súplica, alegando que formuló reconvencción para que se le elevara la pensión alimenticia de 15.000 a 30.000 pesetas mensuales, dados el aumento de las necesidades de la vida y del caudal del marido alimentante; precisamente para demostrar este último incremento propuso la prueba declarada pertinente, que no llegó a practicarse. La Audiencia dictó auto, denegatorio de la súplica.

Tras estas actuaciones procesales, la Audiencia resolvió el recurso de apelación, dictando sentencia por la que confirmó totalmente la sentencia apelada.

La demandada recurre en casación, por quebrantamiento de forma, basada en un único motivo, fundamentándolo en que la sentencia recurrida desestima la excepción de incompetencia de jurisdicción alegada; porque el auto ya firme de la correspondiente Audiencia atribuyó a un Juzgado de Instancia, distinto del que conoce aquí, el conocimiento de los efectos de la sentencia de separación por adulterio y sevicias interconyugales *en cuanto* a la pensión alimenticia, y acordaba que la petición del marido de cesar en el pago de alimentos debía sustanciarse en el correspondiente juicio declarativo ordinario, lo que lleva a la conclusión rigurosa de que la acción del marido para cesar de pasar alimentos—objeto de la presente litis—debió plantearse ante el Juzgado de Instancia al que se atribuyó el conocer de los efectos de la ejecución de la sentencia canónica de separación.

El Tribunal Supremo rechaza el recurso, con la doctrina siguiente:

Visto siendo ponente el Magistrado don García Monge y Martín.

Considerando: Que conforme a la reiterada doctrina de esta Sala, *las cuestiones de competencia que afectan a la jurisdicción propiamente dicha*, bien

por razón de la materia, cuantía o grado jurisdiccional, es decir, por no estar sometida la resolución a su autoridad, sólo tienen acceso a la casación por la vía del número sexto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, reservando para la del mismo número del artículo posterior cuando se plantea entre jurisdicciones del mismo grado, que sólo difieren por razón del distinto territorio en que actúan, y al someterse el litigio a juzgado o Tribunal, que, sin perjuicio de tener jurisdicción sobre la clase de asunto, no sean el adecuado en razón al territorio; ello da lugar a la infracción de la norma de derecho que constituye la base para la aplicación del referido número sexto del artículo 1.693 de la Ley procesal civil, de acuerdo, entre otras, a sentencias de 14 de noviembre de 1945, 13 de mayo de 1947, 15 de febrero de 1950, 11 de marzo de 1955 y 27 de enero del mismo año, y supuesta esta clara y constante doctrina, el motivo aquí formulado, conforme al número tercero del referido artículo 1.693 de la Ley de Trámites, no se funda ni en la carencia de jurisdicción del Juzgado al cual se sometió el pleito, en razón a su materia, ni en afectar al territorio en el que actúa, pues en suma, tanto el Juzgado en que se formuló la demanda, como aquel que el recurrente estima es el adecuado para conocer de tal cuestión, tienen idéntica jurisdicción y territorio, basándose su competencia relativa en fundamentos ajenos al ámbito territorial, sino por afirmar que la materia litigiosa debe formar parte de las actuaciones de ejecución de sentencia dictada por el Tribunal eclesiástico, de las cuales conoce otro Juzgado de esta capital, por lo que considera que debe declararse incompetente aquel en que se plantea el pleito, que el Juzgador considera es materia ajena a la referida ejecución de sentencia; mas tal cuestión ha de considerarse como ajena al defecto formal determinante de incompetencia de jurisdicción por razón del territorio, al que estrictamente se refiere el número invocado, de acuerdo a la doctrina inicialmente sentada; todo lo cual conduce al perecimiento del recurso, con las consecuencias que ordena el artículo 1.467 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y habiendo hecho el recurrente la protesta formal de interponer recurso de casación por infracción de ley o de doctrina legal, conforme a lo ordenado en el artículo 1.768 de la citada Ley, procede se entreguen los autos al mismo para que, en el término preciso de veinte días, que empezarán a correr desde el siguiente a la notificación, formalice dicho recurso de casación con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.720 de la Ley Procesal Civil.

DEMANDA DE NULIDAD DE MATRIMONIO, PENDIENTE ENTRE LAS PARTES. SOLICITUD DE ALIMENTOS PROVISIONALES Y DE LITIS EXPENSAS PARA LA ESPOSA. Procesos cautelares y sentencias definitivas. Fijación y cuantía de los alimentos: entrega de cantidad en documento privado como capitalización del interés anual de la pensión; renuncia a reclamar la pensión. Litis expensas y éxito de las pretensiones aducidas. Lago c. Suárez (SENTENCIA DE 29 DE NOVIEMBRE DE 1963).

Doctrina de la sentencia.—La LEC determina con cuidado las resoluciones contra las que cabe el recurso de casación por infracción de ley. La resolución recurrida recayó en un proceso cautelar que tramita la Jurisdicción Ordinaria en auxilio de la eclesiástica, y tiene un carácter meramente interlocutorio y provisional, sin que ejerza influencia alguna en el proceso principal del que el cautelar es un mero auxiliar. Los autos de inadmisión del recurso de ca-

sación por infracción de ley no sólo no pierden su eficacia por no haber sido apreciados en la fase previa del recurso, sino que la continúan desplegando plenamente también en la fase de decisión, convirtiéndose entonces en causas de desestimación.

Antecedentes.—Los hechos que forman el substrato de este litigio son sustancialmente idénticos a los ya consignados en esta misma Sección respecto de la sentencia de 31 de enero de 1968, entre las mismas partes (v. el núm. 470, de enero-febrero, págs. 200-201). La diferencia es que *allí* se trataba del recurso de casación por quebrantamiento de forma y *aquí* se trata del recurso de casación por infracción de ley; pero ambos recursos se formulan contra la misma sentencia.

Quizá hubiera sido deseable una mayor precisión en la exposición de los hechos, sobre la pretendida causa de nulidad del matrimonio aducida por el marido—...«la condición de presente: puesta y no cumplida por la mujer»—. Lo importante es que tanto el Tribunal Eclesiástico Metropolitano como el de la Rota declararon no haber lugar a la nulidad del matrimonio pretendida por el marido.

En los hechos del presente litigio se recoge literalmente el contenido del documento privado suscrito por los mandatarios de ambas partes, que quedaba meramente aludido en los antecedentes expuestos en la sentencia de 31 de enero de 1968. Interesan las dos estipulaciones principales: una sobre la entrega a la esposa de la suma de 300.000 pesetas como capitalización del interés del 5 por 100 anual de la pensión que anualmente percibía la esposa, y otra, que la esposa «renuncia expresamente, cualquiera que fuera el pleito de nulidad de matrimonio pendiente, a reclamar pensión alimenticia alguna a su esposa, renunciando asimismo a pedirle mejora de pensión, aunque éste viniera a mejor fortuna, toda vez que la cantidad que ahora se le entrega es suficiente para ponerle a cubierto de cualquier eventualidad o necesidad futura»...

El recurso por infracción de Ley lo articulaba el demandado en tres motivos, basado: en error de hecho en la apreciación de la prueba, demostrado por documento auténtico (certificación literal de la Sentencia del Tribunal de la Rota), que evidencia que tal resolución canónica es definitiva, por lo que ha concluido con ella el proceso canónico; en la infracción, por no aplicación del artículo 146 del Código civil; en infracción, por aplicación indebida, del artículo 1.900-*in fine* LEC, norma materialmente substantiva, aunque formalmente encuadrada entre las adjetivas, ya que equivale a la contenida en el artículo 1.902 del Código civil, infracción consistente en imponer las costas al demandado cuando éste, con su oposición, obtuvo la reducción de las pretensiones de la actora, por lo que no se le puede considerar vencido totalmente.

El Tribunal Supremo rechaza igualmente el recurso, sentando la siguiente doctrina:

Visto siendo Ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, conde de Borrajeiros.

Considerando: Que dada la naturaleza y finalidades del recurso de casación por infracción de Ley—carácter extraordinario y función defensora de la norma y unificadora de la jurisprudencia—se comprende que los Ordenamientos jurídicos que lo regulan restrinjan su admisión en armonía con su naturaleza y finalidades.

Considerando. Que por ello nuestra *Ley de Enjuiciamiento Civil* tiene *buen cuidado de determinar*, con carácter limitativo, en el artículo 1.689, *las resoluciones contra las cuales cabe el recurso de casación por infracción de Ley y doctrina legal*, señalando, entre ellas, «las sentencias definitivas pronunciadas por las Audiencias», agregando, en el artículo siguiente, que «además de las sentencias que terminan el juicio, tendrán también el carácter de definitivas, a los efectos de aquel artículo, las resoluciones interlocutorias dictadas en los procesos especiales que relaciona» y «las que, recayendo sobre un incidente o artículo, pongan término al pleito, haciendo imposible su continuación».

Considerando: Que *la resolución objeto del presente recurso, ni es de las comprendidas en el párrafo primero del artículo 1.689, ni tampoco puede estimarse incluida en el precepto general del párrafo primero del artículo 1.690, ni en los incidentes especiales* que dicho párrafo relaciona, pues no sólo no ha sido dictada en ninguno de éstos, sino que *recayó en un proceso cautelar que tramita la jurisdicción ordinaria en auxilio de la eclesiástica*, que es la que conoce del principal de nulidad de matrimonio canónico, y *tiene un carácter meramente interlocutorio y provisional, susceptible—en cuanto a la fijación del importe de la pensión alimenticia—de ser modificada* tantas veces cuantas sean las que se alteren las circunstancias del alimentista, o del obligado a prestarla, *sin que, además, ejerza influencia alguna en el proceso principal* del que el cautelar es un mero auxiliar, ya que, lo mismo en el supuesto de que se otorgue la pensión que en el que se deniegue o se modifique su cuantía, no pone término al aludido pleito principal, ni hace imposible su continuación.

Considerando: Que *lo mismo cabe afirmar del proceso cautelar segundo también ante la jurisdicción ordinaria*, en el que, como medida «provisional» decretada en auxilio de la jurisdicción eclesiástica, se conceden *litis expensas* a la mujer casada que se encuentra separada provisionalmente de su marido, por haber éste entablado, ante los Tribunales Eclesiásticos, demanda sobre nulidad de matrimonio que los unía, *ya que tampoco pone fin al proceso canónico, ni hace imposible su continuación*.

Considerando: Que los autos de *inadmisión del recurso* de casación por infracción de ley, *no sólo no pierden su eficacia* por la circunstancia de que no hayan sido apreciados en la fase previa del recurso, *sino que la continúan desplegando plenamente también en la fase de decisión*, convirtiéndose, entonces, en causas de desestimación, como reiteradamente tiene proclamado esta Sala.

Considerando: Que dados los razonamientos que quedan expuestos, *ya resulta improcedente entrar a examinar las cuestiones de fondo* que el recurso plantea, a saber: a) Trascendencia que, en la apreciación de la prueba, pueda tener la invocación de una copia de la sentencia del Tribunal de la Rota Española, que confirmó la sentencia canónica de segunda instancia, que declaró no haber lugar a la nulidad del matrimonio postulada por el demandado; b) si la sentencia recurrida hacía o no la debida apreciación del caudal del que deba prestar los alimentos y de las necesidades del alimentista, para dictar sentencia condenatoria, y c) si, por no haberse otorgado a la actora la totalidad de las cantidades que reclamaba en su demanda, para alimentos y *litis expensas*, ya no puede considerarse que haya sido vencido el demandado y consiguientemente, al imponerle a éste las costas del proceso en primera instancia, se infringe el artículo 1.900 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil*, que

dispone que «las costas del procedimiento. . correrán a cargo del litigante vencido».

BIENES PARAFERNALES Y TERCERIA DE DOMINIO. METALICO ADQUIRIDO POR MUJER CASADA: prueba de la adquisición y de la pertenencia de los bienes PRESUNCION DE GANANCIALIDAD. Poder otorgado por una hija a favor de su madre «para disponer de cantidades de la cuenta corriente de la hija». Donación de metálico y artículo 632 del Código civil. TERCERIA DE DOMINIO Y ACCION REIVINDICATORIA, Diéguez c «Cinematográfica Española Americana, S. A.» y Rivas (SENTENCIA DE 27 DE MAYO DE 1968).

Doctrina de la sentencia.—La solución al problema debatido en el pleito depende de una pura cuestión de hecho, cual es demostrar que la presunción del artículo 1.407 del Código civil, *iuris tantum*, no es aplicable al caso de autos, por tratarse de dinero adquirido a título lucrativo durante el matrimonio. Los documentos alegados no evidencian el error judicial, pues ni son los únicos elementos utilizados, ni son la base de la decisión, ésta se basa en que el poder «para disponer...» no puede identificarse con la figura de la donación. Al no haberse podido constatar que tales cantidades entraron en el patrimonio de la recurrente por la vía gratuita de la donación, queda incólume la presunción de ganancialidad del artículo 1.407 del Código civil. Y al no demostrarse la cualidad de propiedad exclusiva de las cantidades, no hay base fáctica ni jurídica que pueda autorizar la tercera de dominio.

Antecedentes: I) La Entidad «Cinematográfica Española Americana, S. A.» (demandada) resultaba acreedora del señor R. por una cantidad de algo más de un millón de pesetas. La deuda era de 1951, y el deudor había sido condenado a pagar dicha cantidad por sentencia del correspondiente Juzgado, que fue firme en 1963 al resolver el Tribunal Supremo el recurso de casación con fecha 14 de junio de 1963 y rechazar dicho recurso. En fase de ejecución la entidad ejecutante había trabado embargo de un crédito por valor de más de 200 000 pesetas, correspondiente a la señora D. (la actora, casada con el señor R., también aquí demandado). La retención de tal crédito se realizaba sobre la base de entenderlo como crédito de la sociedad de gananciales R.-D. II) El crédito a favor de la señora D. derivaba de un préstamo por ella otorgado en 1957 a favor de la también entidad cinematográfica «Unión Films, S. L.», representada por el señor H. La demanda presentada por la acreedora, acreditando el abono del impuesto de derechos reales y timbre a nombre del deudor, fue acogida en ambas instancias. El deudor interpuso recurso de casación, desistido la víspera del día señalado para la vista, por lo que quedó firme la sentencia recurrida. Al instar la actora la ejecución de la sentencia, se decretó el embargo correspondiente y el deudor consignó la suma adeudada. En ese momento procesal, la entidad «Cinematográfica Española Americana, Sociedad Anónima» solicitó, en ejecución de la sentencia dictada a su favor, el embargo del crédito que la señora D. tenía contra el señor H.

III) La actora señora D. había contraído matrimonio hacia algunos lustros con el señor R., matrimonio que se regía conforme a la sociedad legal de gananciales. En el año 1955, una hija del referido matrimonio residente en el extranjero, otorgó a favor de su madre poder notarial «para disponer

en su propio beneficio de las cantidades existentes en la cuenta corriente de su hija» ., cuyo poder otorgaba en estado de soltera. Posteriormente, ya casada, compareció, junto con su marido, ante la representación diplomática española y otorgó un acta ratificando lo hecho y declarando que realmente era una donación el poder o mandato para disponer de los fondos de la mandante.

La actora finalizaba su demanda solicitando que se declarase que el dinero, embargado como de la propiedad del señor R., lo era de la demandante, y que, en consecuencia, se alzase el embargo y retención sobre el mismo trabado y se dejase a la libre disposición de su dueña.

La Entidad demandada contestó y se opuso a la demanda, alegando era uno más de los ardis dilatorios del deudor, y solicitaba se desestimase en todas sus partes la demanda.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia por la que se desestima íntegramente la demanda de tercera de dominio interpuesta y absolvió a los demandados.

La Audiencia dictó sentencia confirmando íntegramente la apelada. De entre sus consideraciones (extraídas de citas en el escrito de recurso de casación) merecen resaltarse las siguientes: que era precisa la autorización marital para existir una donación de la hija a su madre; que la donación ha de ser expresa; que tal donación era inoficiosa; que es plenamente aplicable la presunción de ganancialidad del artículo 1.407 del Código civil. (Hago notar aquí la conveniencia de disponer, en ciertos asuntos litigiosos, de todos los elementos de hecho que se produjeron, para así evitar que las referencias a la fundamentación de la decisión de los juzgadores de instancia tengan que ser necesariamente vagas o imprecisas)

La representación de la parte actora formuló recurso de casación por infracción de ley, articulado en cuatro motivos, que paso a resumir brevemente como sigue: por error de hecho en la apreciación de las pruebas derivado de documentos y actos auténticos que evidencian la equivocación del juzgador, cuales son el poder notarial de 1955 y el acta ante el representante consular español, de los que el juzgador deriva conclusiones que están en pugna con la ley, al afirmar lo contrario de lo que el documento dice, pues el poder se hizo en estado de soltera y ello hace innecesaria la licencia marital; por infracción, por violación, de los artículos 632 y 636, en relación con los 618 y 622, todos del Código civil, pues la donación de cosa mueble no precisa ser expresa (conforme al art. 632), bastando la simple entrega de la cosa, entrega *que resulta* del amplio poder dispositivo otorgado y del acta —decía en ésta que «todos los actos de disposición los ha considerado siempre como puras donaciones para que su madre pudiera vivir como siempre deseó que lo hiciera»—, y al hacerse en estado de soltera enerva la inoficiosa señalada por el juzgador; por infracción, por aplicación indebida, del artículo 1.407 del Código civil, y por no aplicación de los artículos 1.253 y 1.396-2º del Código civil, pues las mismas reglas del criterio humano, probado el hecho base de la realidad de la cuenta corriente y los actos dispositivos de la hija, llevan al conocimiento del *origen* del dinero embargado y ese origen es ajeno totalmente al caudal ganancial; y por infringir los artículos 348, en relación con los 349, 430 y 440 del Código civil, por su no aplicación, pues acreditada la procedencia parafernial del dinero objeto del préstamo, corresponde a su dueño el ejercicio de la acción reivindicatoria en el procedimiento de tercera, por lo que se debió ordenar alzar el embargo decretado.

El Tribunal Supremo rechaza el recurso y sienta la doctrina que sigue:

Visto siendo ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño.

Considerando: Que *todo el problema debatido*, en el pleito que da lugar al presente recurso de casación y en este mismo, *consiste realmente en dilucidar las verdaderas naturalezas jurídicas de los bienes, y concretamente de las cantidades de dinero que fueron consignadas en favor de la actual recurrente* como consecuencia del litigio anterior y *después trabadas de embargo* en pro de la entidad que ahora figura como recurrida: *es decir, si son gananciales*, a virtud de la presunción general establecida en el artículo 1.407 del Código civil, o, *por el contrario, constituyen bienes privativos o parafernales*, como dicha señora firma, lo que justificaría el ejercicio de la acción reivindicatoria intentada en la correspondiente tercera de dominio, *cuya solución depende de una pura cuestión de hecho, cual es la de demostrar que aquella presunción, dada su índole de «iuris tantum», no es aplicable al caso que aquí se contempla, por tratarse de dinero adquirido a título lucrativo durante el matrimonio*, al modo previsto en el número 2.º del artículo 1.396 del propio Código; *intento que no consigue el escrito de recurso*, porque, al hacerlo en el motivo 1.º por la vía correcta procesalmente del ordinal 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por pretendido error de hecho en la apreciación probatoria, *se limita a aducir en apoyo de su alegato dos documentos*, como son una escritura de poder de la hija de la recurrente a su madre, que tiene fecha 20 de enero de 1955, y un acta posterior extendida ante la representación diplomática española en México, en la que el esposo de dicha hija ratifica el mencionado poder, *ninguno de los cuales, dado el uso y valoración que de ellos se ha hecho en el pleito, sirve a los pretendidos fines de la casación civil y, además, porque tampoco evidencian error judicial alguno* ni nada contrario sustancialmente a lo sostenido por el Tribunal a quo, *pues el hecho de que éste hable de «que se requiere la autorización del esposo para la validez de la donación de una mujer casada o de la redacción de aquel poder», ni es el único elemento utilizado por la sentencia que se recurre, en cuanto pone en primer lugar la exigencia de que la donación tendrá que ser «expresa», según preceptúa el artículo 632 del Código, ni es la base de la decisión propiamente dicha*, ya que ésta se justifica con el argumento legal incontrovertible de que el tantas veces citado poder lo es tan sólo «para disponer por la madre de cantidades de la cuenta corriente de la hija», que *en manera alguna puede identificarse con la figura contractual de la donación* que, según el artículo 618 del mismo texto legal, «es un acto de liberalidad por el que una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra que la acepta», todo lo cual conduce a la desestimación de este motivo.

Considerando: Que *al no haberse podido constatar que las cantidades objeto de debate entraren en el patrimonio de la recurrente por la vía gratuita de la donación, queda inválida la presunción de ganancialidad* del artículo 1.407 y *carecen de la necesaria base de hecho los motivos 2.º y 3.º*, donde—en ambos por el cauce del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—se denuncia: en un caso, violación de los preceptos relativos a la donación, junto con aplicación indebida del 636, todos del propio Código civil; y, en otro, se alega igualmente aplicación indebida del 1.407, y no aplicación del 1.253 y número 2.º del 1.396, también de nuestro primer Código sustantivo, los cuales, por tanto deben ser desestimados, porque están haciendo supuesto de la cuestión discutida.

Considerando: Que *todo lo que antecede está poniendo de relieve que no existe base alguna, ni fáctica, ni jurídica, que pueda autorizar la tercera de dominio referida, al no haberse demostrado* tampoco, y como lógica consecuencia, la *cualidad de propietaria exclusiva* que hubiese permitido a la hoy recurrente el ejercicio de la acción reivindicatoria de los artículos 348 y 349 del Código civil, y justificar una posesión en concepto de dueño con igual carácter excluyente, amparado en los artículos 430 y 440, también del Código civil, como se pretende en el 4.º y último de los motivos formulados, que tiene asimismo que ser desestimados con los obligados pronunciamientos del artículo 748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

J. C. G.

V. SUCESIONES

HEREDAMIENTO CATALAN. FACULTADES DISPOSITIVAS DE LOS HEREDANTES (SENTENCIA DE 18 DE ABRIL DE 1968).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, Conde de Borrajeiros, desestima el recurso dirigido a obtener la pretendida nulidad por simulación de la compraventa, cuya finalidad era, según el actor y apelado, privarle de sus derechos como heredero contractual de sus abuelos catalanes, como sustituto vulgar de su padre premuerto, conforme a los razonamientos que siguen:

Considerando: Que el primer motivo del recurso, formulado al amparo del número 3.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción del artículo 359 de dicho Cuerpo legal, que se dice cometida, porque, habiéndose solicitado en el súplico de la demanda, como petición independiente, la de «que se declarase que el demandante, por ser heredero de su padre don I. R., ostenta la calidad de heredero contractual de sus abuelos don V. R. y doña F. V., en sustitución de su padre, por cuyo motivo ostenta legítimos derechos a la herencia de los mismos», y habiéndolo reconocido la propia sentencia recurrida en el segundo de los Considerandos, sin embargo, no refleja esa declaración en el fallo, en el cual revoca totalmente la sentencia apelada

Considerando: Que aunque es cierto que la sentencia recurrida, en ese segundo Considerando, proclama que no se puede «desconocer que el demandante ostenta la calidad de heredero de sus referidos abuelos, por virtud del heredamiento instituido en los capítulos matrimoniales, en sustitución de su fallecido padre, y que también es cierto que ese derecho del demandante no lo recoge, de manera expresa, en el fallo; sin embargo, no es exacto que tal sentencia no se pronuncie sobre él, puesto que, en su parte dispositiva, al absolver totalmente de la demanda deducida, viene a resolver negativamente todas las pretensiones en ella postuladas, entre las cuales figuraba la declaración de ese derecho, que en aquel segundo Considerando entendía no se podía desconocer; el rechazar en el fallo, una pretensión procesal, de las varias que se postulaban, no puede calificarse de incongruencia, sino de fallo adverso, aunque en algún caso, como en el presente, resulte una inconsecuencia, ya que se razonaba que no podía desconocerse ese derecho, y, a pesar de ello, en el referido fallo, lo desconoce y desestima.

Considerando: Que el motivo segundo, formulado con apoyo en el párrafo 7.º del referido artículo 1.692, atribuye a la sentencia recurrida error de derecho en la apreciación de la prueba, con infracción del artículo 1.218 del Código civil y de la doctrina legal proclamada por las sentencias que en dicho motivo se indican; en tesis del recurrente, el Tribunal sentenciador infringe aquel artículo, porque, aunque en la escritura notarial en que se instrumentó la compraventa litigiosa, se hacía constar que «las 100 000 pesetas, los vendedores las recibían de manos del comprador, quien las entrega en buenos billetes del Banco de España, que aceptan como efectivo, contados y admitidos ante mí el Notario, que doy fe de dicha real entrega»; sin embargo, la verdad es que «las partes tenían otro propósito, al llevar a cabo la escritura litigiosa»—como la propia sentencia reconoce en el Considerando 5.º—, y, consiguientemente, no debía reconocérsele validez y eficacia a esa escritura de compraventa o ésta era ilícita.

Considerando. Que tal manera de argumentar ya indica claramente que no se imputa a la sentencia recurrida vulneración de la norma valorativa de prueba contenida en el artículo 1.218 invocado, sino que se quiere enervar la eficacia de ese documento público, por otras causas ajenas que lo desvirtuarían si fueran verdaderas; y, por tanto, el motivo, así sustentado, tiene que claudicar.

Considerando: Que en el tercer motivo del recurso, y por el cauce del número 1.º del mencionado artículo 1.692, se denuncia la violación del artículo 1.253 del Código civil, en relación con los 1.215 y 1.249 del propio Cuerpo legal; y para defender la procedencia de él, se argumenta «que entre los hechos probados... que la sentencia recurrida reconoce..., y la deducción a que llega la resolución impugnada, no existe un enlace preciso y directo, al no haberse sujetado la deducción a las reglas del criterio humano, resultando aquélla absurda, ilógica e inverosímil»; es decir, que se viene a sostener que la Sala sentenciadora, partiendo de los hechos admitidos por ella y por el Juez, llega a deducir que se ha verificado una compraventa válida y eficaz, cuando lo que debía haber hecho era llegar a la presunción contraria: que tal compraventa era simulada.

Considerando Que la verdad jurídica es muy otra, ya que la sentencia impugnada, teniendo en cuenta la prueba directa constituida por la escritura pública en que se instrumentó la compraventa, proclama que ésta reúne los elementos suficientes para estimar la concurrencia de causa en el contrato y que ésta es lícita, correspondiendo al demandante acreditar la simulación que alega, la cual no ha demostrado, porque «en el caso presente—dice la Audiencia—los hechos probados que la sentencia apelada analiza en el quinto Considerando, en modo alguno llevan a la conclusión de que sea inexistente o ineficaz la compraventa en disputa, cuando la misma reviste todos los caracteres de un acto jurídico válido»; o sea, que la Sala sentenciadora, para llegar a proclamar la existencia y validez del contrato litigioso, tiene en cuenta la prueba directa constituida por el documento público, en que se instrumentó, y no utiliza la prueba subsidiaria de presunciones, por lo que no se puede sostener fundadamente que haya desembocado en una presunción absurda, ilógica e inverosímil, ya que no desembocó en ninguna.

Considerando: Que lo que el recurrente viene verdaderamente a propugnar con este motivo es que, sentados los hechos que se han acreditado y que la propia Sala vino a admitir, debía haber obtenido de ellos, por ser su consecuencia natural, la conclusión de que la compraventa había sido

simulada, y que, al no haberlo hecho así, infringió, por violación, el aludido artículo 1.253 del Código civil invocado; pero olvida el recurrente que ese precepto se limita a disponer que, «para que la presunción sea apreciable como medio de prueba, es indispensable que, entre el hecho demostrado y aquel que se trata de deducir, haya un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano», sin obligar, empero, al juzgador, a utilizar ese modo supletorio de prueba siempre y en todo caso, ya que, como ha declarado esta Sala en su Sentencia de 29 de octubre de 1964, no puede imponerse al juzgador de instancia que haga uso de la prueba de presunciones cuando estime oportuno no valerse de ellas, por fundamentar su fallo en otras directas—sentencia de 19 de mayo de 1961—, ni es posible infringir el artículo 1.253, cuando la sentencia impugnada no se apoyó en esa prueba—sentencias de 20 de febrero de 1932, 15 de noviembre de 1961 y 12 de abril de 1962—, pues ese artículo indudablemente contempla el caso de que el juzgador establezca la presunción y no el que se abstenga de formularla—sentencias de 27 de enero, 17 de febrero y 16 de marzo de 1966—.

Considerando: Que el motivo 4.º del recurso no puede prosperar, porque se construye haciendo supuesto de la cuestión y sustentándolo, precisamente, sobre el éxito del anterior—que ha fracasado—, en el cual se pretendía demostrar que el contrato discutido había sido simulado, pues en él—se decía—, no medió precio, por lo que, al no proclamarlo así el Tribunal de instancia, violó los artículos 1.261 y 1.275 del Código civil; es decir, que el recurrente viene a sustituir, con su particular criterio, el de la Sala sentenciadora, sin haber demostrado previamente, y por la vía oportuna, que el de ésta era equivocado.

Considerando: Que lo mismo acontece con el motivo 5.º, en el que se denuncia otra vez la violación del artículo 1.275 del Código civil, siquiera se invoque en relación con varios preceptos de la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña; en defensa de tal motivo se alega que la causa del tan repetido contrato de compraventa es ilícita, pues tuvo, por fin, privar al demandante de su derecho derivado del heredamiento pactado en las capitulaciones matrimoniales de sus abuelos; es decir, se vuelven a contradecir las afirmaciones de la sentencia impugnada, sin haber demostrado previamente que eran erróneas, y se hacen citas de autores respecto a los supuestos en que el heredante haya vendido injustificadamente su patrimonio o lo haya transferido por ventas simuladas para burlar al instituto, lo cual no ha ocurrido en el caso de autos, según proclama la Sala sentenciadora.

Considerando: Que igual suerte tiene que caberle al motivo 6.º, en el que se acusa la violación del referido artículo 1.275 del Código civil, en relación con los 806 y 815 del mismo Cuerpo legal, referentes a los herederos forzosos y a su legítima; para darle cierta consistencia al motivo, vuelve a hacerse supuesto de la cuestión, sosteniéndose que, con la compraventa discutida, se hicieron intencionadamente insolventes los abuelos, privando así al nieto de la legítima que le correspondía por la premortuaria de su padre, o sea, que se torna otra vez a sostener que tal compraventa fue simulada y en fraude de los derechos del heredero, lo cual no lo admite la sentencia, ni se ha demostrado, por la vía procedente, que hubiera sido cierto.

Considerando: Que el motivo 7.º achaca a la resolución impugnada, infracción, por aplicación indebida, de los artículos 1.274 y 1.277 del Código

civil, porque, en tesis del recurrente, el contrato, tantas veces atacado, «no sólo carecía de causa al faltar el precio de la compraventa, sino que, además, aquélla era ilícita, ya que fue otorgado en fraude del heredamiento y en perjuicio de los derechos legítimos del heredero»; pero como la Sala sentenciadora sostiene precisamente lo contrario, y entiende que la compraventa fue válida, pues medió en ella el correspondiente precio, de cuya entrega dio fe el Notario autorizante, y, además, no admite que los hechos probados «lleven a la conclusión de que sea inexistente o ineficaz», el motivo así formulado queda sin base, y tiene que ser desestimado.

RESERVA ORDINARIA. HIPOTECA LEGAL. VALORACION DE LOS BIENES. *Artículos 977 y 978 del Código civil (SENTENCIA DE 20 DE ABRIL DE 1968).*

Ha de tenerse en cuenta el valor real de los bienes reservables, no el asignado a los mismos en el cuaderno particional.

El haberse adjudicado indiscriminadamente al viudo bienes en pago de su haber ganancial y del legado del tercio libre, no impide el nacimiento de la reserva ni la constitución de la hipoteca legal.

Demandado el padre bínubo por las tres hijas habidas de su primer matrimonio para que constituya hipoteca legal por los bienes reservables heredados de su primera esposa, con cargo al tercio libre, conforme al valor del inventario traducido al valor real, y habiendo obtenido sentencia favorable en ambas instancias del Juzgado número 18 y la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Julio Calvillo Martínez, declara no haber lugar al recurso interpuesto por el viudo, demandado y apelante, conforme a lo siguiente:

Considerando: Que la sentencia recurrida no cometió error de hecho al apreciar la prueba constituida por la escritura de protocolización de las operaciones particionales practicadas al fallecimiento de la primera esposa del impugnante, puesto que, situándose en el terreno puramente fáctico, reconoce (Considerando 1.º de la sentencia del Juzgado, aceptado sustancialmente por la apelada) que los bienes muebles y el inmueble que se adjudicaron al viudo en dichas operaciones, lo fueron en pago indiscriminado de su mitad de gananciales y del legado del tercio de libre disposición, tal y como se estableció en el cuaderno particional, lo que no es óbice para que el juzgador, situándose ya en el terreno de la extensión objetiva de la obligación de reserva, surgida al contraer aquél segundo matrimonio, se planteó y decida (Considerando 4.º de la sentencia de primer grado, también aceptado sustancialmente en la recurrida) el problema de la imputación de pagos, consistente en deslindar qué bienes o cuotas de los mismos adjudicados al viudo debe imputarse al pago del haber de éste por su mitad de gananciales y cuáles al pago de su haber por el legado del tercio de libre disposición, problema que notoriamente desborda el de mera apreciación de la prueba y cuya solución no puede, por tanto, ser objeto de censura al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como pretende el recurrente en el motivo 1.º, el que, en consecuencia, ha de ser desestimado.

Considerando: Que el segundo incide en la causa de inadmisión 4.ª del artículo 1.729 de la citada Ley, pues al invocar simultáneamente dos conceptos de infracción antitéticos, cuales los de «violación» o «interpretación errónea», falta a la precisión y claridad exigidas imperativamente por el ar-

tículo 1.720, párrafo 1.º, de la propia Ley; causa de inadmisión que en este periodo decisorio del recurso actúa como de desestimación, todo ello de acuerdo con la copiosísima doctrina de esta Sala.

Considerando: Que el motivo 3.º y último acusa como infringidas por violación, en el sentido negativo de inaplicación, los artículos 977 y 978 del Código civil, refiriéndolos a una serie de cuestiones, cuales son las concernientes al deber de formar inventario de todos los bienes reservables y de tasar los muebles y a la determinación judicial de la validez o invalidez de las enajenaciones de dichos bienes, que no fueron debatidos en el pleito, las que también han de quedar al margen de la casación, habida cuenta de lo prevenido en el número 5.º del citado artículo 1.729; subsistiendo en pie únicamente el problema relativo a si la fijación del valor de los repetidos bienes ha de hacerse conforme al que tengan en realidad o con arreglo al que se les asignó por las partes en el cuaderno particional antes aludido, problema resuelto acertadamente en el primer sentido por el juzgador de instancia, toda vez que cuando se aprobó el referido cuaderno todavía no había nacido la obligación de reservar; razones todas que abonan la desestimación de ese motivo y con él, la de la totalidad del recurso, con las consecuencias señaladas en el artículo 1.748 de la Ley procesal.

Comentario.—No se dice expresamente si se trata de valores reales de *entonces* (cuando se realizó el inventario) o *de ahora* (cuando nace la obligación de reservar), aunque del contexto de la sentencia se desprende esto último, lo que está acorde con la imposición al viudo de hacer inventario o tasación por el artículo 977 del Código civil *al repetir matrimonio*, que es cuando nace la obligación de reservar. Por otra parte, en última instancia, todo conduce a ver en el objeto de la reserva la restitución de un valor, que ha de fijarse conforme a bases reales, so pena de quedar la institución inoperante en la práctica (ctr. para la reserva lineal, VALLET, J.: *La jurisprudencia del Tribunal Supremo y el art. 811 del C. c. II: El art. 811 como norma a integrar*, Madrid, 1960, separata, págs. 358-359). Problema análogo—y con mayores dificultades—se plantea en la colación, que la mejor doctrina resuelve en este mismo sentido, como deuda de valor (R. NÚÑEZ LAGOS: *La colación: historia y crítica de los problemas de valoración*, «R. G. L. J.», 1946 págs. 712 y sigs; MARÍN MONROE: *La colación historia y crítica de los problemas de valoración*, «R. C. D. I.», 1946, págs. 319 y sigs.).

TESTAMENTO ABIERTO. NULIDAD. Artículos 687 y 695, párrafo 2.º, del Código civil (SENTENCIA DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 1968)

Es nulo el testamento abierto en el que no consta la declaración del testador de no saber o no poder firmar y hacerlo a su ruego otra persona.

Don R. Y. M., hospitalizado en un sanatorio a consecuencia de las gravísimas quemaduras sufridas, que le afectaban entre otras partes del cuerpo a su mano derecha imposibilitándole firmar y de cuyas resultas murió en el mismo día de su ingreso, a las pocas horas del mismo y de haber otorgado testamento notarial abierto en el que el notario da fe, en lo que ahora interesa, «de firmar por sí y por el testador el primero de los citados testigos por la razón de que el otorgante no lo puede hacer debido a las lesiones que padece».

Solicitada la nulidad del testamento por defectos formales, entre ellos carecer de firma del testador ni haber éste rogado al testigo que se dice lo hizo por él, que tal efectuase, por los más próximos parientes perjudicados frente al favorecido por el testador—que carecía de legitimarios—el Juzgado de Primera Instancia de Chantada declaró la nulidad pretendida, siendo revocada su sentencia por la de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña.

Interpuesto recurso de casación por la parte actora y apelada, el Tribunal Supremo en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Antonio de Vicente Tutor y Guelbenzu declara haber lugar al mismo, casando la sentencia de la Audiencia y confirmando la del Juzgado.

Considerando: Que conforme viene reiteradamente declarando la jurisprudencia de esta Sala, por no ser de tráfico los negocios jurídicos *mortis causa* tiene carácter eminentemente formal, exigiéndose, por tanto, en su constitución de determinados y preceptivos requisitos cuya inobservancia provoca su nulidad absoluta sin posibilidad de ulterior convalidación (sentencia de 24 de octubre de 1963), requisitos que la de 24 de mayo de 1927 califica de esenciales, la de 19 de junio de 1958 de preceptivos e inderogables, determinando la de 5 de octubre de 1962 que el carácter formalista del testamento obliga al cumplimiento escrupuloso de los requisitos extrínsecos y a interpretarlos restrictivamente, supeditando la sentencia de 28 de octubre de 1965, su validez al exacto cumplimiento de las solemnidades legales, todo ello en perfecta observancia de lo ordenado por el artículo 687 del Código civil, que claramente estatuye la nulidad de los testamentos en cuyo otorgamiento no se observaran las formalidades establecidas y como quiera que el artículo 695 del mismo cuerpo legal señala como requisito de tal otorgamiento, entre otros que no hacen al caso, que si el testador declara que no sabe o no puede firmar, lo hará por él y a su ruego uno de los testigos instrumentados u otra persona, dando fe de ello el notario, es evidente que tales requisitos son preceptivos e inderogables y su omisión acarrea la nulidad del testamento, sin que sea obstáculo para ello el contenido de la sentencia de esta Sala de 30 de abril de 1909, ni la de 23 de noviembre de 1904 por referirse a defectos de expresión subsanables por su propia lectura y sin que ofreciera duda la conocida voluntad del testador y la segunda que afecta a la unidad del acto en casos en que no significa su rotura real, sino pequeñas interrupciones para la ingestión de medicamentos o auxilios urgentes al enfermo, máxime que por tratarse de resoluciones únicas no constituyen jurisprudencia, y pugnan con la más uniforme y recientemente sentada, como queda expuesto, y con más precisión, en relación al caso estudiado en la de 10 de febrero de 1956, determinante de que para que firme un testigo a ruego del testador es preciso que éste manifieste no poder o no saber hacerlo y que ruege al testigo lo haga en su nombre, formalidades externas que es preciso consten bajo fe del notario.

Considerando: Que sentada la anterior doctrina y acreditado totalmente por el estudio del testamento debatido, como se reconoce en la resolución impugnada, que aun cuando el testador no podía firmar por las lesiones que sufría, no declara que no sabía o no podía hacerlo, ni consta que rogara al testigo que lo hizo en su nombre que así lo verificara según se desprende de la propia fe del notario autorizante, es indudable que se han omitido los requisitos esenciales reseñados en el razonamiento precedente y el instrumento es nulo, y al no haberlo entendido así la sentencia recurrida ha inci-

dido en violación de los preceptos y jurisprudencia citada, como se denuncia en el único motivo del recurso, encauzado procesalmente por el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y procede declarar su anulación y casación, con los pronunciamientos legales subsiguientes.

PAGO DE LEGADO LIBRE DE IMPUESTOS. EFECTOS SUBSTANTIVOS
(SENTENCIA DE 28 DE OCTUBRE DE 1968).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Jacinto García Monge y Martín, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada y apelante contra la sentencia de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de los de la misma capital, en mérito de los antecedentes que se desprenden del primero de los considerandos que siguen.

Considerando: Que la cuestión litigiosa se dirige, fundamentalmente a decidir si los demandados, como herederos de doña P. H. T., están obligados a pagar al demandante la suma que éste ha satisfecho en la Hacienda Pública, por razón de la transmisión al mismo de los bienes procedentes de dicha herencia, que fueron legados, en primer lugar, en concepto de usufructo a otras personas, respecto a los cuales el actor tiene la condición de nudo propietario, y ha recibido los procedentes de una de las usufructuarias por el fallecimiento de ésta, aplicando al efecto la cláusula contenida en el primero de los testamentos en vigor de dicha señora, que ordenaba la entrega de los legados a los legatarios, libres de gastos e impuestos, o si bien debe atenderse exclusivamente al contenido del último testamento, que modificó parcialmente el anterior, el cual, al establecer los legados de usufructo, con prevención para la designación de la persona que ostentaría la nuda propiedad de determinados bienes, ha de estimarse que éste quedó desposeído de aquel derecho, materia que es contravertida atendiendo a la interpretación de las cláusulas de ambos testamentos, siendo decidida en la sentencia hoy recurrida en el sentido de que la voluntad de la testadora, según el recto sentido de ambas disposiciones testamentarias, que no cabe a su juicio contemplar separadamente, fue la de que el referido nudo propietario, hoy recurrente, disfrutaria del mentado beneficio, debiendo recibir los bienes libres de gastos e impuestos, aparte de apoyar su decisión en la partición efectuada por los albaceas testamentarios, que reconoció el mismo de manera expresa a favor del nudo propietario, entonces indeterminado, y para garantizar en su momento el pago de tales impuestos, constituye una hipoteca sobre finca de los herederos, en cuantía de 100.000 pesetas, y estima que la aceptación del mismo contenida en la partición sólo cabía desvirtuarla acudiendo a la acción de nulidad de las particiones, fundamento este último que no es atacado en el recurso, y por tales razones la demanda, a la que la parte demandada opuso exclusivamente la petición absolutoria, es estimada en la resolución recurrida.

Considerando: Que así planteado y decidido el pleito se alza el recurso, cuyo primer motivo se ampara en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error de hecho en la apreciación de la prueba, basándose, como documentos auténticos al efecto, en los dos testamentos controvertidos, el primero de 6 de agosto de 1924 y el último de 21 de abril

de 1926, y en el acta notarial de entrega de legado, motivo al que deben oponerse las siguientes razones: a) Que el cauce procesal aquí elegido es apto exclusivamente para combatir las afirmaciones fácticas contenidas en la sentencia, oponiendo estos otros hechos que se evidencian, ya por documentos de carácter auténtico a los fines de este motivo, o bien por la infracción de preceptos legales valorativos de determinada probanza, quedando excluido, por tanto, del contenido limitado de esto, cuando se refiere a sustentar derechos, como a combatir la interpretación de documentos o actos jurídicos, y así la doctrina de esta Sala lo proclama reiteradamente, sentando en las sentencias de 23 de marzo de 1945, 1 de noviembre de 1946 y 17 de abril del mismo año, la diferencia que existe entre el error de hecho y la interpretación de documentos, pues ésta sólo puede ser combatida con el amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de trámites, y no por el del número 7.º de dicho precepto legal; y a su vez la de 17 de marzo de 1948 afirma que no puede decirse que comete error de hecho que pueda ser denunciado conforme al número 7.º del artículo antes referido, cuando lo que se ataca en la declaración de la Sala sobre cuál fue la voluntad, fijando el sentido y alcance de ésta, ya que ha de acudirse en tal caso al número primero del mencionado artículo, y por último, la de 8 de julio de 1915 declara que lo contenido en testamento válido es precepto legal a discutir y aplicar, pero no punto de hecho sometido a la apreciación de la prueba, y aplicada esta doctrina al examen del referido motivo ha de notarse que éste no roza el contenido fáctico limitado del número invocado, sino que atiende a establecer cuál fue la voluntad de la testadora, en cuanto el extremo debatido, haciendo al efecto el análisis de las cláusulas de los dos testamentos, basándose en no contener el últimamente otorgado aquella en que se ampara el actor, por lo cual queda dicho motivo fuera del campo preciso que le corresponde, y b), porque como declara la constante doctrina de esta Sala, sólo tiene el carácter de documentos auténticos a efectos de este motivo aquellos que no han sido ya tenidos en cuenta y valorados en la resolución que se recurre, y es evidente que los hoy esgrimidos lo fueron por el Juzgador, que basa en la interpretación de dichos testamentos su resolución y tampoco la aludida acta notarial puede proporcionar elemento alguno fáctico en contradicción con los hechos declarados por el Juzgador de instancia, razones que conducen a la desestimación del motivo examinado.

Considerando: Que el segundo de los motivos, seguido por el cauce procesal del número primero del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, alega la interpretación errónea del artículo 665 del Código civil, en relación con el artículo 281 del mismo texto legal, y de la doctrina que cita, debiendo excluirse como carentes de eficacia en el recurso el precepto y doctrina últimamente invocados, por cuanto no se denuncia su infracción por alguno de los motivos que establece el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Trámites, incumpléndose, por tanto, en cuanto a dicha invocación se refiere, lo ordenado en el artículo 1.720 del mismo texto legal, que exige la cita clara y precisa de la Ley o doctrina legal que se considere infringida y el concepto en que lo ha sido, quedando por ello limitado al motivo a la denuncia de la infracción del precepto legal primeramente citado artículo 675 del Código civil, y ha de establecerse la fundamental diferencia que existe entre la interpretación errónea de un precepto legal y la contradicción que existe entre el mismo y lo resuelto en la sentencia, pues sólo cabe incurrir en el primero de dichos vicios, cuando el juzgador efectúa la exégesis de la norma legal

y, consecuentemente, le atribuye un sentido que esté en contradicción con el que, conforme a las reglas gramaticales sistemáticas o de la lógica, sea el que rectamente le corresponde, y en el caso actual al Juzgador de instancia, partiendo de la incuestionable eficacia y sentido del citado precepto, lo aplica para establecer cuál fue la voluntad de la testadora, según el sentido literal de sus palabras, el cual, de no ser conforme a sus términos, hubiera dado lugar a la infracción, por el concepto de violación del artículo invocado, que como queda sentado, no es el vicio denunciado en este motivo, por lo que este carecer de virtualidad, a lo que debe de añadirse que el segundo fundamento esencial del fallo, la eficacia de la partición efectuada, no es combatida en el recurso, lo que determina el parecimiento de este segundo motivo.

Considerando: Que el motivo tercero, seguido conforme al número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la existencia de error de hecho en la valoración de la prueba, basándose en documentos que, en concepto de auténticos, cita, con mera referencia a los autos, cartas de pago y actas de requerimiento, los que aparte de haber sido tenidas en cuenta en la sentencia recurrida, privándoles así de carácter de auténticos a estos efectos, tienden, como en el motivo primero, no a combatir hechos declarados en la sentencia sino a proclamar derechos de recurrente en este caso para limitar la cuantía de las obligaciones de pago, de no prosperar la petición absolutoria, por entender que la cantidad satisfecha y reclamada en el pleito fue muy superior a la que correspondía, debido a culpa o negligencia del actor, retraso en su abono o por acudir al medio de fraccionamiento del pago; mas atendiendo a la petición meramente absolutoria, debe, de una parte, declararse que el motivo no afecta estrictamente a hechos, y de otra, que tal reducción, basada en culpa o negligencia, debió formularse adecuadamente en el pleito, y siempre partiendo de la base fáctica precisa, el desconocimiento por los demandados del hecho que dio lugar a la adquisición de los bienes antes de haberse producido los alegados recargos y ser éstos consecuencia de la conducta negligente del legatario demandante, razones determinantes del parecimiento de este motivo.

Considerando: Que el último de los motivos de recurso se ampara en el número primero del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, se basa en la violación por inaplicación de los artículos 1.158, 1.195, 1.889, todos del Código civil, y ha de sentarse que la exigencia del artículo 1.720 de la Ley de Trámites, de citar con claridad y precisión la Ley o doctrina legal que se crea infringida y el concepto de la misma, no se limita y detiene a la simple anunciación del concepto en que se base, sino que exige la concreta expresión del sentido en que ésta se ha cometido respecto a cada uno de los preceptos que se alegan, y es patente que ésta no existe respecto a los invocados artículos, debiendo añadirse que el partir este motivo de la eficacia del anterior, ha de decaer si aquél no obtuvo el éxito pretendido, razones que conducen a su desestimación.

F. C. L.

LIBROS

AURITI, GIACINTO: *La nave in costruzione (Contributo ad una teoria dei beni)*. Padova, Cedam, 1965, 134 págs.

1) *Justificación de la obra*.—Trata el autor de colmar una grave laguna de la doctrina sobre el tema de su estudio. El ordenamiento jurídico italiano—como el nuestro—no define el “buque en construcción”, pero lo considera como objeto de derecho, como objeto de publicidad, como garantía del crédito hipotecario. Dado que su particular entidad está necesariamente conexas con todo el ciclo de construcción del buque, entiende el autor que es imposible analizar tal concepto sin referirse, además, a los actos y relaciones jurídicas que lo originan.

El autor parte del principio general de que el Derecho—como tutela jurídica—es un “bien” en sí mismo, distinto del bien objeto del Derecho, y aplica tal idea al supuesto específico del “buque en construcción”. Propugna una interpretación finalista del tema, basado en que el Derecho no es sólo dogmática, sino también una titularidad, una experiencia vivida, una fuente autónoma de juicios de valor.

2) *Contenido de la obra*.—A pesar de su brevedad, la obra se halla repleta de cuestiones sumamente interesantes por su gran trascendencia práctica. En la imposibilidad material de dejar aquí constancia de todas ellas, haremos un breve resumen de su contenido.

Después de una somera introducción, a guisa de prólogo, la obra se divide en *nueve capítulos*. Tras el *primero*, dedicado a la delimitación del objeto de la investigación, trata en el capítulo *segundo* de las características y naturaleza jurídica del buque en construcción. Examina las distintas teorías, que lo configuran como bien futuro, como bien “in fieri”, como bien coincidente en su calificación jurídica con el concepto mismo de buque, como mera entidad formal todavía no existente, como bien considerado en su “actualidad”, como bien mueble registrado, como bien coincidente con el elemento material de la “célula” y del casco, y como supuesto de hecho cuyo elemento constitutivo es la particular calificación jurídica. Pasa a continuación a analizar el concepto bajo el perfil de la teoría de los bienes, partiendo para ello de la existencia de la categoría de *bienes inmateriales* y como fundamento de todo su trabajo. Estudia los conceptos de *valor* y de *utilidad*, así como el elemento de la manifestación formal (o publicidad) de la construcción del buque. Finaliza este segundo capítulos con unas consideraciones acerca del casco en construcción.

En el capítulo *tercero* trata de la titularidad del buque en construcción y de la consiguiente adquisición de la propiedad del buque. Distingue las dos hipótesis clásicas de construcción “por economía” y construcción por contrato, examinando con detalle respecto de la segunda de ellas las distintas posiciones de la doctrina y jurisprudencia y aportando la suya propia; estudia el punto relativo al momento en

*

que se adquiere la propiedad del buque y el caso especial en que la propiedad sobre el casco sobreviene por sucesivos pagos parciales; pormenoriza exhaustivamente sobre los distintos supuestos que pueden darse, a los que aplica los principios generales hallados, y distingue —además de las dos modalidades de construcción ya citadas—, según la obligación de declarar la construcción y la forma “ad substantiam” se hayan o no cumplido; trata de la incidencia del riesgo con motivo de la pérdida del buque, y termina el capítulo con el estudio del cumplimiento del contrato de construcción.

El capítulo *cuarto*, sobre la circulación de los derechos sobre el buque en construcción, contiene diversas hipótesis de transmisión de los derechos derivados del contrato, bien cesión del contrato, bien cesión del crédito tendente a la ejecución de la obra, bien venta del propio buque en construcción, y otros supuestos.

El capítulo *quinto* está todo él dedicado al examen de *la hipoteca sobre el buque en construcción* y en él realiza el autor una crítica de las doctrinas existentes, analizando al propio tiempo las características y los elementos constitutivos de tal hipoteca—sujeto, objeto y garantía de la hipoteca—; compara dicha hipoteca con algunos otros institutos afines del derecho positivo italiano, y finaliza el capítulo con el examen de los efectos jurídicos de la cesión del contrato de construcción *después* de la constitución de la hipoteca.

En el capítulo *sexto* se refiere a *la comunidad de buque en construcción* y trata de la naturaleza jurídica del supuesto y del régimen jurídico aplicable al mismo, distinguiendo según haya pluralidad de constructores o de comitentes.

Trata en el capítulo *séptimo* de las vicisitudes del buque *después* de la pérdida de la idoneidad para navegar y de los supuestos de reparación, reconstrucción y demolición.

En el capítulo *octavo* estudia el supuesto de hecho, análogo al tema objeto del estudio, relativo al caso de *la aeronave en construcción*, y examina la construcción de los “planeadores con estabilizadores” (“*allianti libratori*”).

Concluye en el capítulo *noveno* con unas consideraciones finales, tanto respecto sobre el buque en construcción como sobre el contrato de construcción.

3) *Comentarios críticos*.—Dada la finalidad de esta breve noticia del libro comentado, no cabe una detallada pormenorización acerca del mismo. Por ello, centro mis consideraciones en tres puntos básicos: el de la estructura de la obra, el de la posición del autor y el de las aplicaciones o consecuencias prácticas de tal postura.

a) *Estructura*: Si se me permite un símil botánico, yo diría que la estructura de la obra es arbórea, a modo de árbol de frondosas ramas, cuya raíz o esencia es un solo principio: el buque en construcción es un bien inmaterial registrado, individualizable, objetivizado como objeto de derecho, económico, y cuya titularidad ostenta las notas de absolutividad y exclusividad. Precisamente es ésta—su estructura—la gran virtud de la obra, que, paradójicamente, puede suponer un defecto grave, como luego diré. El sistema utilizado por el autor es el ya clásico del procedimiento deductivo, partiendo del tópico inicial de la categoría de “bienes inmateriales”, y encajable perfectamente en la línea, clásica también, de la dogmática jurídica. Por todo ello la parte más trabajada de la obra es precisamente la contenida en los capítulos segundo y tercero, en que se examina la naturaleza jurídica del buque en construcción y el problema de la adquisición de la propiedad del buque. En los restantes capítulos, que abordan una serie de interesantes cues-

tiones, no pasa el autor de una simple y breve aplicación de los principios generales hallados a los especiales supuestos que va examinando.

b) *La posición del autor*: Aun dentro de la pura jurisprudencia de conceptos, son muy interesantes las precisiones del autor acerca de los conceptos de *valor* (cualidad esencial de todo bien, a modo de entidad inmaterial resultado del juicio de utilidad que el sujeto atribuye al objeto), de *utilidad* (relación entre dos fases de tiempo, entre el momento "actual" del juicio de valor y el "previsto" del goce del bien), de que el proceso de construcción es instrumental y necesario para la realización del buque como "opus perfectum" con una utilidad propia (siendo así objeto de una expectativa jurídica), de que la manifestación formal es elemento esencial constitutivo del bien "buque en construcción"; afirma que el fundamento del bien "buque en construcción" es la realización de la obra por el constructor, por lo que si desaparece tal obligación también desaparece la correlativa expectativa y se disuelve la misma existencia del objeto del bien; distingue con precisión el "buque en construcción" del llamado "casco en construcción", que es otro bien distinto, pues los elementos materiales de las estructuras que se van a unir y combinar en el casco son partes del "buque construyendo" y no del "buque en construcción", siendo obvio—por otra parte—que el elemento material de la construcción es la consecuencia de la obligación de construir el buque y el presupuesto necesario para que sea satisfecha la expectativa a la adquisición de la propiedad sobre el futuro buque; en cuanto al debatido problema de la adquisición de la propiedad del buque, que trae su origen ya desde los juriconsultos romanos, el autor parte del principio de la titularidad del buque en construcción y distingue las dos formas de construcción, ya sea "por economía" (en cuyo caso, terminada la obra y cancelada la inscripción en los registros públicos, se extingue el "buque en construcción" como bien inmaterial y nace al mismo tiempo un bien nuevo con la inscripción del buque, el cual se adquiere a título originario), ya sea por contrato; entiende que lo fundamental es valorar los dos propósitos que el contrato de construcción persigue: uno, consistente en la creación de la "res nova" y que se obtiene sinalagmáticamente mediante la obligación por el constructor de realizar la obra y la correlativa obligación del comitente de pagar el precio, y otro, consistente en reconocer al comitente (o a un tercero) la titularidad del derecho sobre el nuevo bien; la adquisición de propiedad por el comitente acaece "ope legis" sobre el presupuesto del contrato, adquisición que es a título originario por la razón obvia de que el nuevo bien no puede pertenecer al constructor en cuanto que nace con el contrato su titularidad; siendo el comitente ya propietario a título originario del "buque en construcción", deviene también propietario del nuevo bien en que aquél se transforma como consecuencia de los tres procedimientos (técnico constructivo, bo-tadura y publicidad en los registros).

Examina el autor algunos supuestos especiales, a la luz de los preceptos del Codice di Navigazione italiano, en relación con el cumplimiento o no de la publicidad y de la forma del contrato; así como las posibles hipótesis de cesión de los derechos derivados del contrato de construcción, con encaje en preceptos del Código Civil italiano, que no tienen en nuestro Código Civil su equivalente. Aplica en muchos casos, como supletorias, las normas de derecho común sobre el contrato de obra o de empresa.

El estudio de la hipoteca sobre "buque en construcción" lo hace el autor partiendo de la regulación legal italiana (art. 566 Cod. Nav.), bastante distinta a la española, contenida, como es sabido, en el artículo 16 de la Ley de Hipoteca Naval de 1893. El autor se mueve en una

línea de valoración funcional del nexo que liga el bien a la garantía del crédito, en lo que cree consiste la "realidad" de la hipoteca. El autor defiende la naturaleza de derecho real de la llamada hipoteca, pues la diferencia respecto de los derechos reales sobre bienes materiales radica, no tanto en la naturaleza del derecho real, cuanto en la naturaleza del bien. Encuentra algunos precedentes legislativos italianos, respecto de títulos nominativos, patentes y marcas. Estudia con algún detenimiento la disminución de la garantía hipotecaria, según que la cesión del contrato de construcción se haga antes o después de la constitución de la hipoteca.

En el capítulo dedicado a la *comunidad de buque en construcción*, trata de dilucidar el problema fundamental, o sea, el de cuándo son aplicables los principios de la cotitularidad de un derecho real (comunidad de bienes) o los de la cotitularidad de un derecho personal de crédito respecto del constructor: si lo primero, se aplicará a los cotitulares el principio mayoritario; si lo segundo, dependerá del acuerdo a adoptar. Cree el autor que a tal comunidad deben ser aplicables las normas de la copropiedad; en cuanto a si se aplicarán las normas de la copropiedad de derecho común o las de la copropiedad naval, se inclina a lo primero, habida cuenta de que el "buque en construcción" no sólo es un bien distinto del "buque", sino también un bien de distinta naturaleza, y a la vista de las distintas hipótesis reguladas en el Cod. Nav. y de la "ratio legis" del principio mayoritario para la copropiedad naval.

Defiende la aplicación de los principios sentados precedentemente a la hipótesis de *aeronave en construcción*, aunque las condiciones técnicas y los requisitos de inspección y verificación sean algo distintas.

Las conclusiones que el autor sienta, en cuanto al "buque en construcción", se deducen de su previa distinción entre los conceptos de buque en construcción, casco en construcción y buque, y se concretan en que el legislador (italiano) ha configurado como "bien" la misma titularidad de una expectativa jurídica y ha consentido—mediante la publicidad—su objetivación como bien inmaterial dándole a todos los efectos un régimen jurídico normalmente aplicable a los bienes inmuebles o a los muebles registrados. En cuanto al contrato de construcción, su interpretación cree que es únicamente posible diferenciando el efecto creditorio y el efecto real del contrato.

c) *Consecuencias*: Es la misma estructura de la obra la que permite llevar las tesis del autor a sus últimas consecuencias, o la que puede inducir al lector a su total impugnación. Aun dando por bueno el punto de partida, existencia de la categoría de los "bienes inmateriales", todavía se sigue discutiendo acerca de si el mismo derecho o si la misma titularidad de un derecho pueden ser considerados como "bien".

El tratamiento "in extenso" de los conceptos y categorías de tipo dogmático jurídico, que el autor realiza en los primeros capítulos de la obra, le impide un más adecuado enfoque de supuestos especiales de aplicación de los principios sentados; supuestos que, por otro lado, están llenos de vida y son de práctica frecuente, tales como la cesión del contrato de construcción, negocios de enajenación del buque, pluralidad de constructores o de comitentes, etc.

El enfoque dado por el autor, basado en una regulación legal como la italiana, hace que sus apreciaciones no puedan ser adoptadas válidamente, por abstracción, para otros Ordenamientos jurídicos.

La configuración como bien inmaterial del buque en construcción es, obviamente, polémica y puede tacharse de unilateral o parcial por el enfoque dogmático y por basarse en una Ordenación no totalmente sustantiva cual es el Cod. Nav. italiano.

4) *Resumen.*—La obra está plena de sugerencias de todo tipo para los prácticos y para los investigadores del Derecho, bien en lo referente a la misma categoría del bien inmaterial, bien en orden a la titularidad y a las nociones de valor y utilidad, bien sobre el contrato de construcción del buque (no muy sobrado entre nosotros de estudios profundos, a salvo el de Menéndez, en "R. D. Merc.", 1958), bien respecto de la aplicación a supuestos prácticos. Parece superfluo advertir aquí la radical diferencia de nuestro Ordenamiento, basado en el sistema del título y del modo de adquirir, con el italiano, en cuanto a la adquisición de propiedad. La gran virtud de la obra, su enorme rigor lógico y dogmático, es a la vez su gran defecto; quizá una estructura piramidal y no "arbórea", obteniendo los conceptos por inducción de los casos especiales, habría conducido a otros logros de mayor solidez. Con todo, es obra de gran interés para todos los profesionales del Derecho por los temas que aborda. Obra en la línea clásica del método dogmático-jurídico.

JOSÉ CERDÁ GIMENO.

BARRIOS DE FRUTOS, JUAN: *El régimen de evaluación global*, Cuadernos fiscales de Ediciones Deusto, Bilbao.

Generalmente estos "Cuadernos Fiscales" de Deusto resisten el comentario doctrinal. El que nos ocupa es de los más representativos a este respecto. Computado tipográficamente, se compone de 238 páginas. Esta suma está integrada por los siguientes elementos: a) 45 páginas de extracto de derecho positivo; una legislación expuesta con aterradora desnudez, sin el ropaje esclarecedor de los comentarios doctrinales. El autor sustituye la división articular de los preceptos legales por una parrafación decimal tan del gusto de las corrientes bibliográficas del momento. Poniendo un 1 para arropar el gran epigrafe que encabeza el estudio y sucesivamente un 1.1., 1.2.... para compartimentar los diferentes fragmentos del mismo tema (lo que en periodismo se llaman ladillos), parece haberse cumplido con las exigencias de la moda, con un inescrito decálogo de sistematización guarismal. Es como un "ismo" artístico o como un sarampión expositivo. Se ha desmesurado el valor de unas cifras tremendamente adjetivas, medularmente instrumentales. b) Casi doscientas páginas de anexos. Aquí cabe todo ese mundo práctico que hace las delicias y les imbuje de importancia funcionarial a los empleados rutinarios de la Hacienda: organigramas, modelos, índices, básicos y correctores de cada concreta actividad. La desmesurada extensión de esta segunda parte da la verdadera dimensión de la obra. Las páginas han de resultar tremendamente interesantes para la burocracia oficial, encargada de la gestión tributaria y para algún industrial afectado en concepto de contribuyente. El libro ha de prestar servicios innegables a una extensa gama de empresarios. En este aspecto la invocación es generosa. Nadie puede sentirse omitido. Por esta extensa guía comercial desfilan casi todos los gremios: electricidad, pasta para sopa, galletas, chocolate, gaseosas y bebidas carbónicas, comestibles y coloniales, supermercados y autoservicios, fabricación de harina, carbón mineral... y tantos otros comercios e industrias sometidos a tributación por cuota de beneficios del impuesto industrial, cuyos rendimientos, ciertos o estimados, nos acercan a la determinación del beneficio neto efectivo.

El capítulo I estudia las características del sistema de evaluación global, que consiste en "determinar la base de un grupo, en cierto sentido homogéneo, a través de estudios económico-estadísticos, aprovechando la mejora progresiva que se tiene en el conocimiento de las grandes magnitudes económicas, así como en el análisis de la estructura de cada sector económico y de su comportamiento en cada ejercicio".

En el capítulo II se destaca la importancia de los criterios de homogeneización, para bifurcar a través de Juntas de menor diámetro la extensa gama de los contribuyentes que ejercen cada actividad, en base a estudios económico-estadísticos.

Hay dos criterios para homogenizar. Uno, externo a la empresa, denominado horizontal, externo o geográfico, y otro, que se apoya en las características internas de la misma, conocido con el nombre de vertical o interno.

El capítulo III de la primera parte expositiva estudia el ámbito territorial de la evaluación, diversificando la materia en órdenes concéntricos de mayor a menor. Las evaluaciones globales pueden tener ámbito nacional, provincial o local.

En general, los contribuyentes serán gravados en el lugar donde ejerzan la respectiva actividad, entendiéndose que se ejerce actividad industrial o comercial en un municipio cuando las operaciones en él efectuadas cierran un ciclo mercantil, determinando resultados económicos.

El capítulo IV se refiere al ámbito temporal de la evaluación. El periodo de imposición coincide generalmente con el año natural. La excepción viene representada por las actividades que son típicamente de campaña. En ningún caso se admitirá un período superior a doce meses.

En el capítulo V se contiene un estudio económico para la determinación de la cifra de evaluación global. Este capítulo, el verdaderamente teórico de la obra, representa la aportación de más quilates del autor, que nos explica el contenido del mismo con estas palabras: "La simplicidad operativa del régimen de evaluación global se apoya, no obstante, en un estudio detallado de cada actividad comercial o industrial, que lleva como condición previa el conocimiento de las características peculiares de la actividad estudiada, el marco legislativo en que se desenvuelve, la tecnología aplicable, la estructura de las inversiones, la organización comercial, la formación de los costes y las relaciones entre los componentes de los costes y los ingresos".

La imputación individual de la cifra de evaluación global da contenido al capítulo VI. La distribución de dicha cifra entre los contribuyentes que forman el grupo se hace en función de unos índices básicos y otros de corrección.

En resumen, una obra útil, sin más pretensiones, que se justifica fundamentalmente por sus modelajes, instrucciones de servicio y ordenanzas de régimen interno.

JOSÉ MENÉNDEZ

CARCELLER FERNÁNDEZ, ANTONIO: *Teoría y práctica de la repareación*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1969.

Cuando una parte del Derecho, por diversas razones, cobra autonomía y se independiza, sin llegar al fenómeno de la descolonización, siente la necesidad apremiante de una bibliografía que engorde en for-

ma importante ese mástil que se intenta levantar con "la rama desgajada del tronco común". La bibliografía sobre lo que se ha llamado Derecho Urbanístico comienza a ser voluminosa, aunque lo más importante de ella son los "fichajes" de los autores prestigiosos que del tema se han venido ocupando. Desde diversas parcelas del Derecho han acudido a su llamada administrativistas, hipotecaristas y hasta civilistas, y, entre todos ellos, tratan de dar altura científica a este complejo Derecho.

El libro que nos ha tocado recensionar, bien presentado por la Editorial Montecorvo, viene a sumarse a esa bibliografía que milita en las filas del Derecho Urbanístico. Su autor, profesor adjunto de la Universidad y funcionario del Ayuntamiento de Barcelona, es un especialista de estos temas, pero escribe este libro con el tremendo prejuicio de reducir su esfera de acción al ámbito municipal. Si los libros admitiesen una clasificación que los distinguiese entre mundiales, nacionales, provinciales y municipales, éste tendríamos que situarlo dentro de los últimos. Reducir de antemano una publicación a un público municipal, aunque no espeso, entiendo que es un capricho poco concordante con la calidad de universitario del autor. Pero el autor así nos lo aclara en su prólogo y así se deduce de su constante preocupación por las competencias municipales en toda la normativa que comenta. Ahora que comienza a volver a hablarse de regionalidad, no sólo en el mundo, sino también en España, debió el autor ensanchar un poco más el ámbito de sus destinatarios.

El libro, que bordea casi las trescientas páginas, tiene dos grandes partes, precedidas de un índice y un prólogo, destinadas a explicar la teoría de la reparcelación y a suministrar unos formularios prácticos que plasman las orientaciones teóricas. Cierra la publicación un índice de autores, todos ellos nacionales. A pie de página se hacen las citas oportunas de la bibliografía utilizada, que debió, a mi modesto entender, ser reproducida en esa lista final de autores. Para exponer al lector el contenido de todo ello vamos a utilizar una clasificación que comprenda tres grandes partes: a) Ideas generales y conceptos previos. b) Procedimiento y expediente de reparcelación; y c) Formularios.

Pero antes de llegar a ello sentimos la necesidad urgente de destacar un párrafo que, a nivel municipal, el autor dedica a Notarios y Registradores y que se contradice con diversas ideas respetuosas para la actuación de estos funcionarios vertidas en diversos pasajes del libro. El autor considera que uno de los obstáculos que se presentan para llevar a cabo la reparcelación es su coste, al cual hay que añadir los importes elevados de los honorarios de Notarios y Registradores. Remata esta curiosa observación señalando que la misma es original, pues nadie hasta el presente la había apuntado. Incrusta en la frase otra observación contraponiendo a los "profesionales libres" y a los "técnicos municipales", atribuyendo a la intervención de los primeros la principal causa obstativa al desarrollo de la reparcelación.

Me resisto a creer que la intervención de profesionales libres y el remate autenticador y legitimador de Notarios y Registradores sea un obstáculo decisivo para llevar a cabo la reparcelación y, sobre todo, lo que ya me parece excesivo, es pensar que si los "técnicos municipales" interviniesen otro gallo cantaría... Echo mano de un ejemplo cualquiera. Construir una casa o proponerse construirla y considerar que porque un profesional libre—un arquitecto—intervenga en su dirección y porque cuando ya esté elevada haya que cubrirla con un tejado para su protección, dando así entrada metafóricamente a Notarios y Registradores, sea un obstáculo oneroso para llevar a cabo la construcción, es algo que da pie para pensar que el autor ostenta una cierta malque-

rencia contra estos funcionarios y profesionales, prefiriendo a la hora de la verdad la clásica "chapucilla" de un maestro de obras y el papelucho arrugado y graso redactado por un "lego" en Derecho. Castilla, rica en refranes, tiene uno que nos viene como anillo al dedo: "lo barato es caro".

Después de esta necesaria aclaración vamos a recorrer, con la sistemática anunciada, el contenido de este libro con la insobornable objetividad de todas mis recensiones.

A) IDEAS GENERALES Y CONCEPTOS PREVIOS.

Si la materia cuyo contenido se aborda en el presente libro se refiere a la reparcelación era inevitable el que se afrontasen conceptos fundamentales como son los de parcelación, reparcelación, así como la finalidad que se persigue con estas figuras. Al concepto ha de seguirle la precisión de su naturaleza, los antecedentes, la legislación comparada y ciertos conceptos relacionados con la reparcelación, para pasar luego a los elementos fundamentales que juegan en el proceso de la misma. Prácticamente este es el contenido de esto que nosotros delimitamos como parte primera del libro.

Para definir la parcelación el autor se vale de los textos legales—principalmente del artículo 77, 1 de la Ley del Suelo—y de la crítica que al mismo hace GONZÁLEZ PÉREZ. Para afrontar la definición de reparcelación se apoya en el mismo artículo 77, 2 de la Ley y del concepto descriptivo que hace NÚÑEZ RUIZ. Como tesis—registralmente interesante—podemos destacar la que mantiene el autor respecto de estos fenómenos de parcelación y reparcelación en orden a su acceso al Registro, aunque no tengan la licencia administrativa correspondiente. Todo ello sobre la base del artículo 98 del Reglamento Hipotecario y la ausencia de sanción de nulidad legal para los actos que contravengan la prohibición de división.

Como fines de la reparcelación señala el de la regularización de la configuración de las fincas y el de facilitar la edificación. Completa la materia señalando las características, la utilización de la reparcelación en la ejecución del planeamiento, las clases y el régimen vigente constituido, aparte de la Ley del Suelo, por el Reglamento de Reparcelaciones de 7 abril 1966.

En materia de antecedentes recorre el autor los pasos legislativos desde la Ley de 17 de junio de 1864 en la reparcelación para regularizar la configuración de las parcelas, el Reglamento provisional de 22 de octubre de 1954 para Barcelona en la reparcelación para distribuir con justicia los beneficios y cargas de la ordenación, hasta el mismo Reglamento citado para la reparcelación en forma de indemnización sustitutiva. Para la legislación comparada se escoge la alemana, la italiana, la francesa y la belga.

Para explicar la naturaleza jurídica de la reparcelación acude a las tres figuras que doctrinalmente se han manejado: la expropiación forzosa, la subrogación real y la permuta forzosa. Combate la tesis de NÚÑEZ RUIZ, destaca los autores que militan en la teoría de la subrogación real y termina afirmando, con FUENTES SANCHIS, la gran analogía que existe entre el fenómeno de la reparcelación y el de la concentración parcelaria. Aunque no queda incluido en el mismo capítulo, sino en capítulo aparte, completa realmente la naturaleza jurídica la exposición que se hace de conceptos relacionados con la reparcelación, tales como el planeamiento urbanístico, la calificación del suelo, valoraciones de terrenos, unidades urbanísticas, actuación urbanística y organización.

Dentro de lo que nosotros denominamos elementos el autor estudia la ejecución de los Planes a través de la reparcelación, deteniéndose en el examen de los supuestos de procedencia de la misma y cuándo es obligatoria la superficie reparcelable (unidad reparcelable y superficie mínima) y fincas excluidas de la reparcelación. Tiene interés registral lo referente a esta última parte en cuanto se tocan conceptos relacionados con el de la unidad registral (polígonos, manzanas, indivisibilidad de parcelas, etc.). Culmina esta parte, en forma de capítulo especial, abordando el tema nada cómodo de la valoración y de los criterios seguidos por la legislación para su logro.

B) PROCEDIMIENTOS Y EXPEDIENTE DE REPARCELACIÓN.

Precisando con ENTRENA las diferencias existentes entre procedimiento y expediente, el autor estudia separadamente ambos conceptos.

El procedimiento lo disecciona en la serie de actos que lo componen y que, con acertada sistemática, va presentándolos: iniciación (actuación de oficio y solicitud de los propietarios), desarrollo (división del territorio en polígonos y manzanas, reacción del particular), terminación (acuerdo de reparcelación y notificación), recursos (alzada) y, por último, impugnación en vía contencioso-administrativa (con las dos tesis de GONZÁLEZ PÉREZ y GARCÍA DE ENTERRÍA sobre si cabe o no la anulación del procedimiento por defectos sustanciales).

Partiendo de la base de que el expediente es la materialización del procedimiento, estudia separadamente en el mismo lo referente a la documentación y las circunstancias que debe contener el acuerdo de reparcelación. Al exponer las circunstancias preceptivas y su relación con el Registro de la Propiedad mantiene la tesis de que la normativa es farragosa y que debió procederse mediante remisiones a la legislación hipotecaria.

Desde el punto de vista registral ofrece singular importancia la parte que el autor destina a presentarnos los efectos de la reparcelación y la formalización de la misma. Podrían ser discutibles algunos de los criterios que el autor mantiene, y, sirvan de ejemplo, aunque no se los discutimos, el concepto que, siguiendo a NÚÑEZ RUIZ, da de documento fehaciente, la referencia a la paralización de la fe pública del artículo 207 de la Ley Hipotecaria, la inscripción de los bienes de uso público municipal, la actuación registral en la compatibilidad de cargas, las actuaciones notariales, etc.

Especialmente se estudia el problema de las indemnizaciones complementarias (sustitutivas y compensatorias), la normalización de fincas, las cuotas de urbanización, beneficios tributarios, gastos de reparcelación y conservación de zonas verdes y espacios libres. El último capítulo, que cierra la parte teórica del libro, está destinado al estudio de las entidades urbanísticas colaboradoras, con sus problemas de personalidad jurídica, inscripción en el Registro General de Entidades Urbanísticas (el autor considera que debió pensarse en un Registro municipal, sin perjuicio del Central del Ministerio), facultades, estatutos, etc.

C) FORMULARIOS.

La fórmula, como criterio orientador, es siempre útil. De ahí que esta parte cobre relieve e importancia, pues en ella se van presentando la casi totalidad de formularios del procedimiento y del expediente de reparcelación.

Estimo, en breve resumen crítico, que el libro que recensiono cumple su finalidad: ser útil. Su exposición sistemática y clara, sin concesiones dogmáticas, le sitúa al alcance de muchos y, sobre todo, de aquellos que tienen a su cargo el grave y complicado fenómeno de las reparce-laciones. El Derecho Urbanístico, de tanta importancia en la rápida evolución de los tiempos, exige una contribución doctrinal que lo vaya estudiando y divulgando para que su cumplimiento se haga con conocimiento y no amparado en el principio legal de que la ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

GUTIÉRREZ DEL ALAMO: *Impuesto sobre los rendimientos del trabajo personal*, Cuadernos fiscales de Ediciones Deusto.

Este "Cuaderno Fiscal" tiene una estructura transparente. Comienza con un capítulo histórico para mostrarnos desde qué abuelos legislativos se llega hasta el vigente Texto Refundido de 2 de marzo de 1967. En línea directa, el parentesco se remonta hasta don Raimundo Fernández Villaverde, padre inmediato de la Ley de 27 de marzo de 1900, que estableció sistemáticamente la denominada "Contribución sobre las utilidades de la Riqueza Mobiliaria)", concentrando bajo el poder de un solo texto una materia que andaba descentralizada en los reinos de taifas de gravámenes aislados—y por parciales injustos—, como el impuesto sobre sueldos y asignaciones de empleados activos y pasivos y el que sujetaba los honorarios de los Registradores de la Propiedad.

Traspuesta la antesala histórica, se aboca directamente a la estructura actual del gravamen. El autor bifurca su estudio, partiendo de este presente normativo, en dos grandes apartados, referentes, el primero, a la cuota proporcional, y el segundo, a la cuota fija o de licencia fiscal. Disparadas, de esta forma, sus dos grandes vanguardias hacia opuestos horizontes, a partir de aquí comienzan las afinidades de contenido, por cuanto los dos grandes capítulos se ordenan en una temática coordinada. Cada uno de los gravámenes por cuotas enfrenta una distinta modalidad del tributo. Y GUTIÉRREZ DEL ALAMO ha vertebrado su estudio dual sobre el quicio binómico de los artículos 34 y 65 de la ley refundida. Ha optado por esta fórmula bipartita "no sólo por motivos de sistema expositivo, sino también por causas doctrinales, ya que consideramos ambos conceptos—cuota fija y cuota proporcional—como tributos diferenciados con hechos impositivos distintos".

Cuota proporcional y cuota fija son grandes divisiones, que proliferan luego—con vistas al análisis detenido—en una problemática variada, desde la que saltan, hasta la disección del pormenor, los grandes interrogantes que todo impuesto plantea. Consideraciones en torno al sujeto pasivo (con la gama de responsabilidades pecuniarias dispersas entre el contribuyente, el sustituto del contribuyente, el responsable solidario y el subsidiario...), al objeto del gravamen (un abanico de temas, que van desde el ámbito territorial a los supuestos de la no sujeción), a las exenciones, a la base imponible (con los procedimientos de su determinación, entre los que figuran la evaluación global y la estimación por jurados), a los tipos de gravamen, a la deuda tributaria (llamada cuota liquidable, según la terminología fiscal), problemas de prescripción del tributo (el quinquenio benigno, establecido por la Ley General Tributaria) y un estudio dilatado del procedimiento de ges-

tión, al que GUTIÉRREZ DEL ALAMO bautiza con la denominación equivalente de "Trámites administrativos". Aquí se recogen los aspectos referentes a las formas de exacción, declaración, liquidaciones y notificación, ingreso, régimen de familias numerosas, recursos...

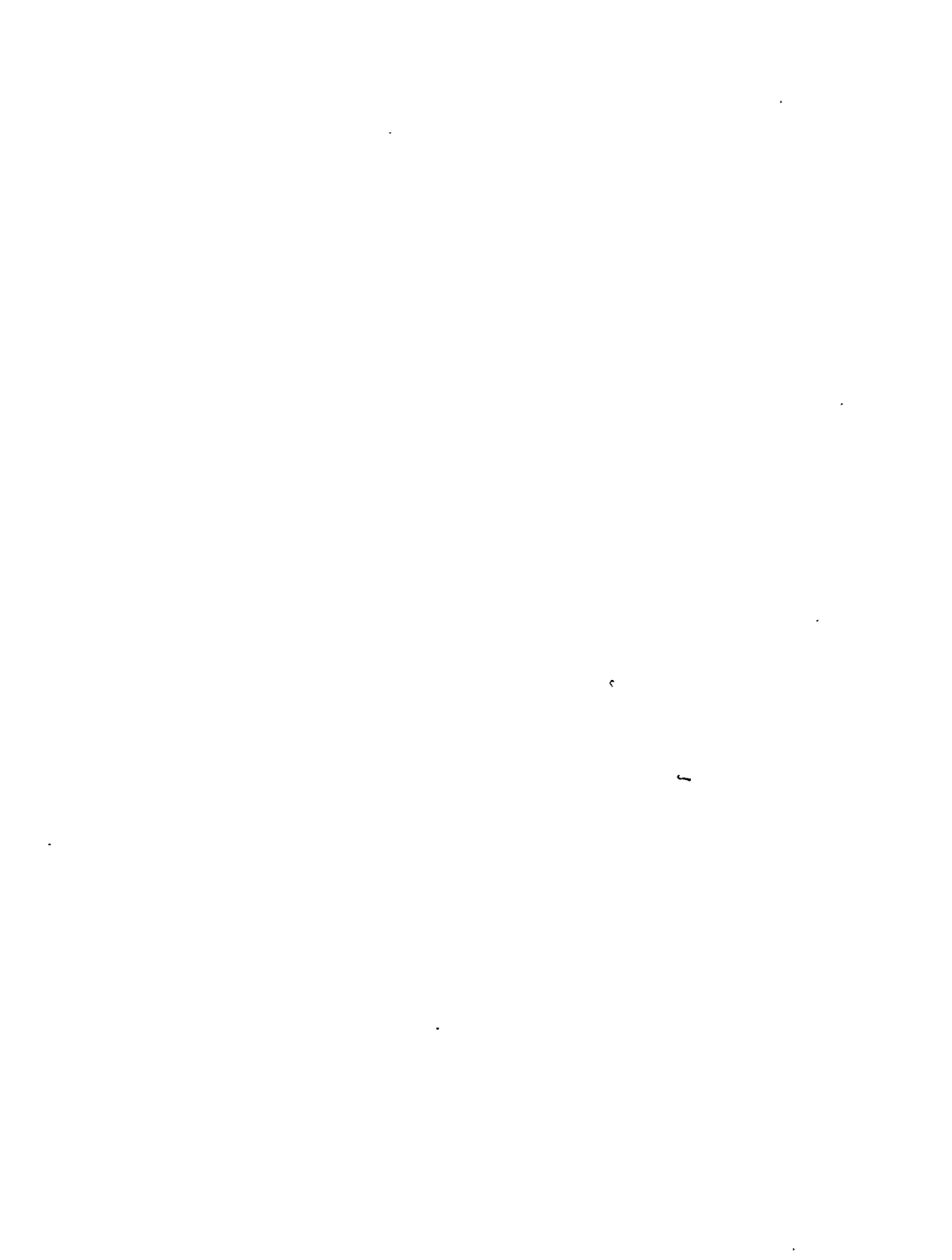
Concluye el "Cuaderno" con una veintena de páginas, consagradas a difundir modelos y casos prácticos. Es un séquito inevitable de este tipo de publicaciones, que discurren a ras de un empleo utilitario del libro por sus adquirentes específicos.

Comparativamente con otros "Cuadernos" de la misma colección, el saldo de opinión que merece el que nos ocupa ha de ser altamente favorable. En el tomo de G. DEL ALAMO se encuentran las necesarias citas de bibliografía. Y el cortejo de formularios ocupa el lugar adjetivo que le corresponde. No se han desequilibrado los niveles. No se incurre en el desmesuramiento de algún otro libro de la colección que ponía la parte teórica como escaparate y señuelo brevísimo de un sin fondo de modelos, fórmulas, declaraciones y casos prácticos.

No se puede silenciar el éxito externo de Ediciones Deusto. La presentación de los "Cuadernos Fiscales" es muy esmerada, con una encuadernación fuerte, rígida, cuidada, que hace suponer virtudes militares al texto, encerrado en el digno hieratismo de unos planos firmes y rotundos.

JOSÉ MENÉNDEZ

REVISTAS



ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Enero-marzo de 1969.

La separación de hecho y la Sociedad de gananciales, por Manuel de la Cámara Alvarez, págs. 5 a 128.

El tiempo de cumplimiento de la condición y la duración máxima de la fase de "conditio pendes", por Luis Díez-Picazo, págs. 129 a 144.

Problemas jurídicos de los trasplantes de tejidos y órganos humanos, por Angel M. Lopez y López, págs. 145 a 162.

REVISTA DE DERECHO ESPAÑOL Y AMERICANO

Número 21, julio-septiembre de 1968.

El concepto de obligación: Especial referencia al deber jurídico, por Lino Rodríguez Arias Bustamante, págs 11 a 26.

Algunos aspectos de la indemnización por daños (Estudio comparado de los derechos español y puertorriqueño), por Eduardo Vázquez Bote, págs 101 a 118

Régimen jurídico del menor en la actividad empresarial, por Ascensión Fornier, págs. 119 a 132.

REVISTA DE DERECHO FINANCIERO Y HACIENDA PUBLICA

Número 80, marzo-abril de 1969.

Consideraciones sobre la delegación legislativa en materia de Impuestos Directos, por Rafael Calvo Ortega, págs. 235 a 280.

Una interpretación de las normas sobre la tasa de equivalencia, por Javier Lasarte, págs. 281 a 332

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Número 111, enero - marzo de 1969.

La noción del llamamiento al público en la nueva Ley francesa de Sociedades, por Jean-Pierre Sortais, págs 7 a 16.

Naturaleza y disciplina del contrato de arrendamiento de buque, por Luis Carlón, págs. 17 a 46.

Reforma del Derecho de patentes español, por José-Antonio Gómez Segade, págs. 47 a 74.

El tratamiento fiscal de las fusiones de Sociedades, por Julio Martínez de la Fuente, págs. 75 a 85.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

Mayo de 1969.

La propiedad horizontal en la jurisprudencia, por Jaime Santos Briz, págs. 333 a 350.

Testar y reconocer, por Pedro Porras Ibáñez, págs. 351 a 359.

Junio de 1969.

Capacidad jurídica de la mujer casada en el Derecho laboral, según la Ley de 22 de julio de 1961, por Diego Espín Cánovas, págs. 431 a 437.

Naturaleza jurídica y acto constitutivo en la adopción, por Alejandro de la Vallina Díaz, págs. 437 a 456.

Julio-agosto de 1969.

La equiparación jurídica de marido y mujer en el Derecho europeo, por el doctor Boschán, págs. 539 a 545.

Cláusula de beneficiario en seguro de mutualidad, por E. Vellbe Bueno, págs. 545 a 549.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Mayo-junio de 1969.

Sistema de actuación urbanística, por José-Luis de los Mozos, págs. 15 a 34.

Las diputaciones provinciales en la planificación territorial, por Miguel Martínez Zabaleta, págs. 35 a 58.

Comentario sobre los problemas que en la práctica plantea el artículo 56 de la Ley del Suelo, por José-Luis Castro Troncoso, págs. 59 a 71.

REVISTA DE ESTUDIOS AGRO-SOCIALES

Número 66, enero-marzo de 1969.

La agricultura y el espacio rural, por Luis García de Orteyza, págs. 11 a 36.

La promoción de comunidades rurales en la ordenación rural, por Miguel Bueno Gómez, págs. 55 a 74.

Las Hermandades Sindicales de Labradores y Ganaderos en la Promoción Rural, por Emilio del Sol Fernández, págs. 75 a 86.

La transformación del medio rural a través de la puesta en regadío y de la colonización, por Alejo Leal García, págs. 107 a 135.

**REVISTA GENERAL
DE LEGISLACION
Y JURISPRUDENCIA**

Abril de 1969.

Los derechos del hombre (Conclusión), por José Castán Tobeñas, páginas 535 a 566.

Obligaciones naturales y deberes morales, por Luis Moisset de Espanés, págs. 567 a 624.

El ámbito del embargo, por José-Maria Ramos González, páginas 625 a 646.

Mayo de 1969.

El principio de la irrevocabilidad de las donaciones, por Angel Cristóbal Montes, págs. 699 a 738.

Junio de 1969.

La eficacia del Derecho privado en las relaciones de los particulares con la Administración, por

Juan-Manuel Pascual Quintana, páginas 919 a 935.

**REVISTA GENERAL
DE DERECHO**

Números 296 y 297, mayo-junio de 1969.

La nueva competencia civil atribuida a las audiencias provinciales, por Gonzalo de la Concha y Pellico.

**REVISTA JURIDICA
DE CATALUÑA**

Abril-junio de 1969.

La presunción muciana en el Derecho civil de Cataluña, por Antonio Pará Martín, págs. 287 a 307.

Jurisdicción, Tribunales de trabajo y Tribunales ordinarios, por Victor Fairén Guillén, págs. 308 a 342.

