

REVISTA CRITICA

DE

DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO
CIVIL Y ESPECIALMENTE AL REGIMEN HIPOTECARIO

Año XXXIII

Enero-Febrero 1957

Núms. 344-345

Inscripción y tradición *

SUMARIO: 1. La doctrina de la tradición antes de 1861.—2. Publicación de la Ley Hipotecaria.—3. El Código civil.—4. Doctrina actual: Roca SASTRE.—5. DE LA RICA y ARENAL.—6. SANZ FERNÁNDEZ, NÚÑEZ LAGOS.—7. Crítica de Roca. La presunción posesoria del artículo 38 de la Ley Hipotecaria.—8. Fundamentos de la doctrina hipotecarista.—9. Posibilidad de una solución distinta, sobre la base del artículo 1.462 del Código civil.—10. Progresiva espiritualización de la tradición. La transmisión consensual.—11. Punto a que alcanza el Código civil. Tradición ficticia y tradición instrumental.—12. Transmisión por un propietario no poseedor.—13. La tradición sin desplazamiento posesorio y el artículo 1.473 del Código civil.—14. Transmisión sin *traditio* en el Código civil

1. En el Derecho español de la Edad Moderna era principio indiscutido el que las transmisiones derivativas por acto *inter vivos* tenían lugar mediante un título (contrato) y un modo (tradición o cuasitradición). La tradición se empleaba para las cosas corporales y tenía, al parecer, el significado de un acto de entrega y no el de un negocio jurídico de transmisión. La cuasitradición de las cosas incorporeales ocurría por el consentimiento (*patientia*) del concedente y el uso o ejercicio del derecho por parte del adquirente. Por último, según HEINECIO, el título, sin tradición o cuasitradición, confería un verdadero derecho real en la hipoteca, en las servidumbres negativas, en las adjudicaciones hechas en los juicios divisorios (comunidad, herencia y deslinde), y en las adquisiciones *mortis causa*.

La obligación de transmitir creaba, no un derecho real, pero sí

(*) Este trabajo es, sencillamente, un fragmento de mis lecciones de Derecho Inmobiliario registral explicadas en la Facultad de Zaragoza durante el curso 1954-55.

una situación especial del acreedor con respecto a la cosa: el *ius ad rem*.

2. Es discutido si la primitiva Ley Hipotecaria introdujo alguna variación en este sistema. Los que lo niegan aducen la ausencia en ella de un precepto en el que se consigne tal modificación, que, versando sobre un extremo tan importante, hubiera debido ser explícitamente declarada en la ley. Los que lo afirman alegan el texto de la Exposición de Motivos, que, ciertamente, se presta a interpretaciones diversas.

«Nuestras leyes—dice—, siguiendo a las romanas, adoptaron la diferencia entre el título y el modo de adquirir, y establecieron que el título sólo produjera acción personal, pero que la propiedad y los demás derechos en la cosa, y, por tanto, las acciones reales que se dan para reivindicarlos, sólo nacieran de la tradición o, lo que es lo mismo, de la posesión de las cosas inmuebles. Por consecuencia de este principio, cuando uno vende a dos la misma cosa, no es su dueño el que primero la compró, sino aquel que tomó de ella la posesión. Los romanos, a pesar de haber despojado al antiguo Derecho de muchas formas groseras y materiales, creyeron siempre que un acto externo, público y que se pudiera apreciar por todos, debía señalar al que era dueño de la cosa inmueble... Contra el principio romano se ha elevado otro en los tiempos modernos, que mereció ser adoptado por el Código francés: el de que la propiedad se transmitiera tanto respecto a los contrayentes como respecto a un tercero, por el mero consentimiento. No corresponde a la Comisión apreciar este principio cuando se limita a los mismos contrayentes; lo que de lleno cae en su dominio es desecharlo cuando se trata del interés de terceros que no han sido parte en el contrato, porque no se avienen bien con la lealtad y el orden de las transacciones; da lugar a que los acreedores sean defraudados y produce la injusticia de oponer al que legítimamente adquiere un derecho, contratos y actos de que ni ha podido tener conocimiento.»

«Según el sistema de la Comisión, resultará de hecho que para los efectos de la seguridad de un tercero, el dominio y los demás derechos reales, en tanto se considerarán constituidos o traspasados, en cuanto conste su inscripción en el Registro, quedando entre los contrayentes, cuando no se haga la inscripción, subsistente el derecho antiguo. Así, una venta que no se inscribe ni se consuma por la tra-

dición, no traspasa al comprador el dominio en ningún caso ; si se inscribe, ya lo traspasa respecto a todos ; si no se inscribe, aunque tenga la posesión, será dueño con relación al vendedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción.»

Finalmente, refiriéndose a la doble venta de una ccsa, dice la Exposición que «cuando se trata de derechos de un tercero, sólo se entenderá transmitido el dominio desde la inscripción, no desde la posesión, y menos desde el convenio..., de suerte que cuando el propietario enajena unos mismos inmuebles a varias personas por actos distintos, pertenece la propiedad al adquirente que haya inscrito antes su título».

3. La publicación del Código civil apenas introdujo cambio alguno en esta situación. El art. 609 mantenía la teoría del título y modo, y aunque el 608 remitía, en cuanto a los efectos de la inscripción, a la Ley Hipotecaria, como en ésta no había ningún precepto que hiciera jugar a la inscripción el papel de la tradición, la remisión carecía de eficacia. Acaso el texto más importante, en orden a los respectivos papeles de inscripción y tradición en los negocios transmisivos, sea el art. 1.473, que, conforme a los principios de la Ley Hipotecaria, confiere la propiedad, en el caso de doble venta de una ccsa, al comprador que primero inscribe su derecho.

4. Ante estos datos, la doctrina ha adoptado posiciones divergentes.

ROCA SASTRE defiende la no alteración de la teoría del título y modo por la legislación hipotecaria. «Lo que se inscribe en el Derecho español no es el título o contrato de finalidad traslativa, sino la entera traslación, es decir, el conjunto integrado por el título y el modo : así se deduce del art. 2-1.º, L. H., y así lo confirma el art. 9, R. H., al disponer que no es inscribible «la obligación de transmitir el dominio o un derecho real sobre cualquier inmueble». Si la Ley Hipotecaria se hubiera propuesto eliminar la tradición como elemento constitutivo del acto traslativo inscribible en el Registro de la Propiedad, habría establecido algún precepto que así lo dispusiera ; sobre todo si hubiera querido sustituir la tradición por la inscripción. Pero este precepto no existe, ni en la Ley Hipotecaria de 1861, ni en la actual, ni tampoco en el Código civil.» En suma : «para que sea posible la inscripción es necesario un acto de transferencia y para

que haya transferencia es preciso que el contrato de finalidad traslativa esté complementado por la tradición»; por tanto, mientras ésta no ocurra, no se podrá inscribir.

«La tradición, como requisito, presupuesto o *conditio iuris* de la transferencia de bienes, ha de resultar existente de los documentos o titulación presentada al Registro para su inscripción. Lo que ocurre es que la *traditio* está altamente facilitada en su efectución o cumplimiento, ya que el Código civil llega incluso a reputarla ínsita en el mero otorgamiento de la escritura en la que se otorgue un contrato de finalidad traslativa» (cfr. art. 1.462, C. c.). Ahora bien: este precepto, como ha declarado el Tribunal Supremo, «si bien implica la presunción *iuris tantum* de la transferencia de la posesión jurídica, que hace adquirir la propiedad de la cosa, presupone necesariamente para su eficacia que el tradente se halle en la posesión de la misma, pues si esta posesión la tiene un tercero, no podrá el tradente traspararla. Es indiferente si la posesión era mediata o inmediata».

Entiende, con todo, ROCA SASTRE, que si por aparecer documentalmente cumplida la tradición logra inscribirse el título presentado, el hecho de que el *tradens* no tuviera la posesión de la cosa no perjudicará al adquirente. «Sería absurdo—dice—que las adquisiciones *a non domino* fuesen mantenidas por la fe pública registral, y que, en cambio, un tercero que reúna las circunstancias necesarias para la protección de la fe pública del Registro, no fuera mantenido en su adquisición, que precisamente verifica en condiciones superiores, ya que al menos el *tradens* es el verdadero dueño. ¿Acaso es más grave ser dueño pero no poseedor, que no ser ni una cosa ni otra?» El autor funda su tesis en la presunción del art. 38 de que el titular registral «tiene la posesión del derecho inscrito a su favor, es decir, es considerado como poseedor o está legitimado como tal para el tráfico jurídico, mientras no se demuestre que el Registro es inexacto, en cuanto lo proclama como titular del dominio o derecho real de cuya posesión se trata. Y como, en virtud del art. 34 de la ley, la presunción de existencia y de titularidad del derecho deviene inmovible en beneficio del tercero protegido por la fe pública registral, de modo que en provecho de éste el Registro inexacto vale como exacto, de aquí que por tener que considerarse que el titular registral, que actúa de transferente, es un propietario-poseedor, o sea, que está legitimado como tal precisamente para que los terceros puedan fun-

darse inatacablemente en la apariencia registral, todo ello trae como consecuencia lógica que la carencia de la posesión real o material en el *tradens* sea una circunstancia que, por afectar a la titularidad inscrita de éste, no puede repercutir en perjuicio del tercer adquirente, protegido por la *fides publica* del Registro».

5. Frente a esta manera de pensar, muy extendida en la doctrina española, estiman algunos autores que la inscripción, en una forma u otra, suple a la tradición. LA RICA habla de una dualidad normativa legal de la propiedad inmueble en España; según él, «la Ley Hipotecaria, ajena a la tradición, rige para la propiedad inscrita y para la eficacia *erga omnes*, en tanto que el Código civil, fiel al título y al modo, rige para la no inscrita y para la eficacia *inter partes*». «Ante la dualidad legislativa—dice en otro lugar—, según que se trate de inmuebles inscritos en el Registro o de inmuebles no inscritos, la prelación de los dos textos legales aplicables no admite duda: para los primeros rige con preferencia absoluta la legislación especial hipotecaria, y sólo en lo no previsto por ella, el Código civil; y para los segundos, el Código civil o las legislaciones forales. La ley fundamental de la propiedad inscrita no es, por tanto, el Código civil, como muchos se complacen en sostener, sino la Ley Hipotecaria».

El mismo autor concluye que:

a) «La legislación hipotecaria está pensada y redactada totalmente de espaldas a la doctrina de la tradición, considerada como elemento indispensable para la constitución eficaz del derecho real *erga omnes*». «El mismo Código civil, respetuoso con la legislación especial hipotecaria, ratifica el pensamiento central de ésta y prescinde de la tradición cuando ésta se enfrenta con la inscripción en el Registro».

b) «La constitución eficaz plena de todo derecho real, incluso el dominio de inmuebles inscritos, se efectúa mediante la inscripción en el Registro. Mientras ésta no tiene lugar, esta constitución es menos plena, relativa, aunque haya mediado la tradición, pues no es eficaz respecto a tercero inscrito».

c) «La inscripción en nuestro sistema ni sustituye ni equivale a la tradición; simplemente la ignora. Se inscriben los títulos jurídicos (actos causales) configurados con arreglo a la legalidad objetiva, una vez justificada la preexistencia de titularidad en el trans-

ferente, sin exigir justificación de la tradición real». Nuestro Registro no es, así, para el autor, un Registro de derechos, pero tampoco un Registro de *títulos y modos*, sino precisamente un Registro de títulos. Esta idea del *Registro de títulos* ha encontrado luego aceptación en algún otro hipotecarista español, que interpreta en este sentido el art. 2.º de la Ley Hipotecaria, concluyendo que lo que se inscribe en el Registro son los contratos sin tradición, y no las transferencias de derechos reales. (HERMIDA LINARES).

d) «*Inter partes*, aun tratándose de bienes inscritos, la tradición ha de estimarse necesaria para que el derecho real ingrese en el patrimonio de la parte adquirente, en el tiempo que media entre el otorgamiento del título transmisivo y su inscripción; pero una vez inscrito, la falta de tradición es irrelevante, según la jurisprudencia, entre las partes, pues el adquirente sucede en la titularidad al transferente, y puede reclamar de éste la efectividad de la tradición, lo mismo que puede ejercitar su derecho dominial *erga omnes*».

Otros hipotecaristas, sin negar la vigencia de la teoría del título y modo, consideran que la inscripción puede coexistir con la tradición, sirviendo—como ella, pero con mayor eficacia—de modo transmisivo.

6. Para SANZ FERNÁNDEZ, «en principio la inscripción no produce ningún efecto sobre la tradición, de modo que ni la excluye, ni la suple, ni la priva de sus peculiares efectos; pero en su función estrictamente convalidante puede reaccionar y producir importantes efectos sobre la tradición». «La Ley Hipotecaria de 1861—añade—, al dar a la inscripción valor no constitutivo y al omitir toda regulación de la lucha entre posesión y Registro, siguió este criterio, que fué claramente explicado en la Exposición de Motivos y ratificado y confirmado por el Código civil». «En el momento del nacimiento del derecho real se mantiene íntegra la doctrina tradicional y la necesidad de la tradición; en el momento de la convalidación del derecho adquirido según la apariencia registral, es decir, en el momento de la seguridad del tráfico, se da a la inscripción un cierto valor para la existencia del derecho real, valor que juega con independencia de aquélla».

El autor considera, en definitiva, que «nuestras leyes hipotecarias se inhiben totalmente en el problema de la tradición, que abandonan íntegro al campo del Derecho civil», y que «nuestro Registro

se ha planteado siempre como un Registro de títulos referentes a los derechos reales (véanse los arts. 1.º y 2.º de la ley). Siendo la tradición ajena al título, no puede ser tomada en consideración como requisito de la inscripción en un Registro en que lo que se inscribe no es propiamente la constitución, transmisión, modificación o extinción de los derechos reales, sino los actos y contratos que sirven de causa a las mismas».

En cuanto al valor del art. 38, el autor, considerándolo todavía como una presunción *iuris tantum*, pone de relieve que si el adquirente inscribió su título, el que impugna la transmisión por falta de tradición «deberá demostrar, además, que no obtuvo en ningún momento la posesión, ni existió ninguna otra forma posterior de tradición fingida eficaz. Al importantísimo papel de la tradición instrumental se añade el de la presunción de tradición, que si bien no llega a constituir con aquélla una forma de tradición igual en eficacia a la real, concede una protección tan enérgica que difícilmente podrá llegar a ser vencido el adquirente en virtud de escritura pública inscrita».

Por su parte, NÚÑEZ LAGOS opina que, prescindiendo del art. 38, en todo caso quien inscribe está a salvo de cualquier ataque por virtud del art. 34, el cual convalida, no sólo la falta de titularidad en el transferente, sino, sea la adquisición *a non domino* o *a domino*, la eficacia de la *traditio ficta*.

7. En último análisis, todos los autores intentan superar la misma dificultad, a saber: que quien inscribe su derecho resulte que no lo ha adquirido por faltar una *traditio* válida en el proceso transmisor; y todos llegan, a través de razonamientos dispares, a un mismo resultado práctico: el mantenimiento del titular que inscribe en el Registro, aunque la *traditio ficta* no le haya transmitido la posesión, por faltar ésta en el *tradens*.

Pero acaso ninguno de tales razonamientos esté libre de reparos.

La opinión de ROCA SASTRE necesita, para no conducir al resultado antieconómico que se trata de evitar, apoyarse en una valoración difícilmente admisible de la presunción *iuris tantum*, y si la transmisión de los derechos reales exige—como afirma ROCA—la tradición por el poseedor de la cosa, no creo que la falta de posesión en el transmitente, y el consiguiente fallo del modo transmissivo, puedan

—en los casos de ignorancia inculpable de la falta de posesión del *tradens*—ser amparados por el Registro. Y esto por dos razones :

a) Porque el art. 38 no arguye ninguna publicidad posesoria y sí sólo atribuye presuntivamente al titular inscrito la posesión del objeto de su derecho. El Registro entonces presume : no publica (1).

Es precisamente por esto por lo que el considerar *prima facie* al titular inscrito como poseedor no supone ninguna contradicción interna de los preceptos antes citados con el art. 5.º de la Ley Hipotecaria, que declara no inscribibles «los títulos referentes al mero o simple hecho de poseer». Esta norma regula—y por cierto, en sentido opuesto a las que le precedieron sobre la materia—una cuestión de publicidad registral, cerrando el Registro a un derecho (inexactamente calificado en ella de *hecho*) que, por su inestabilidad, sus cambiantes matices y, sobre todo, su dependencia de situaciones de hecho, no era susceptible de una segura constatación tabular. En cambio, los arts. 35 y 38 versan sobre una cuestión de prueba (2), faci-

(1) La presunción posesoria se basa en la inscripción. Es, pues, una presunción derivada de la de exactitud. Por eso, para desvirtuarla definitivamente, es necesario impugnar la inscripción misma, y no el hecho posesorio. Mientras no se impugne la inscripción, la presunción sigue vigente, y el hecho de que el titular registral no sea poseedor, no hace inexacto el Registro, por cuanto el Registro no publica la posesión y se limita a presumirla. La inexactitud registral no puede referirse a las simples presunciones, y sólo afecta a lo que es materia de la publicidad registral.

El titular puede, pues, mientras siga siéndolo, alegar siempre su posesión, y en cada supuesto concreto será preciso desvirtuar este presunto estado posesorio, mediante la prueba en contrario. Dicha prueba, insisto, no elimina para los casos restantes la eficacia presuntiva del asiento ni demuestra una inexactitud del Registro, el cual puede seguir presuponiendo la posesión del titular inscrito sin incurrir en falta alguna de lógica, puesto que el haberse demostrado en un caso la tenencia de un tercero, no suprime toda posibilidad de que la recupere aquél.

La prueba de que el titular no es poseedor, resta, con todo, cierta eficacia a la presunción posesoria, en cuanto acredita la interrupción de la posesión.

(2) La presunción de posesión tiene, en los artículos 35 y 38, idéntica naturaleza ; así, pues, en este último precepto es también *iuris tantum*, y no, como pretende Roca, una ficción. Esto lo demuestra, en primer lugar, el artículo 1.251 del Código civil, cuya aplicación no se halla excluida en parte alguna de la Ley Hipotecaria ; asimismo, la redacción dada en el año 1927 al antiguo artículo 41 ; por último, la misma fórmula del artículo 38, que dice que se presumirá la posesión «en igual forma» que la exactitud, palabras que si dan a entender que la presunción posesoria tiene lugar a todos los efectos legales, también indican que tiene lugar con la misma eficacia, y no más, que la presunción de exactitud. Por lo demás, la teoría de la ficción conduciría a resultados extraños ; un titular inscrito podría ser demandado en cuanto poseedor, sin que fuera suficiente argumento para rechazar la demanda el demostrar que no poseía.

litando la de su posesión al titular inscrito que necesita demostrarla, pero sin *publicar* propiamente posesión alguna y, por ende, sin efecto legitimador. Por eso el adquirente de buena fe no recibe otra posesión que la que realmente tuviera su causante: por cierto, el Registro presume que este causante es poseedor, pero ello no implica, cuando dicho titular inscrito no posee, la atribución ficticia, al adquirente, de una posesión incorporal semejante—en contenido y duración—a la del despojado, ni menos el que pueda valerse tal *accipiens* de todo el tiempo de posesión presunta de los titulares anteriores cuando se demuestre que éstos no tuvieron el inmueble. Esto sería un efecto de publicidad registral, que rechazan no sólo el art. 5.º de la Ley Hipotecaria, sino asimismo la Exposición de Motivos de la misma ley, cuando afirma la subsistencia, con plena virtualidad, de la *possessio ad interdicta*, que no viene condicionada por las declaraciones del Registro.

b) Pero aun cuando se rechazase esta tesis sobre la naturaleza y valor de la presunción posesoria del art. 38, la conclusión frente al problema que nos ocupa habría de ser la misma, porque la tradición es un requisito del acto de transferencia, en el cual interviene el propio adquirente (no simplemente un presupuesto de la legitimación para disponer del *tradens*), y la falta de uno de los elementos del acto nunca puede ser protegida por la publicidad registral. Por consiguiente, para que el acto transmisivo pueda producir sus efectos es indispensable (en tanto la tradición se haga consistir en un paso de posesión) que el *tradens* sea poseedor efectivo. La presunción del art. 38 servirá para eximirle de la prueba de que lo es, pero en nada le auxiliará cuando se demuestre lo contrario.

Por otra parte, el que la Ley Hipotecaria hable de *títulos traslativos*, no quiere decir que sean materia inscribible los negocios jurídicos obligacionales. Recuérdesse que la manera de expresarse de la ley proviene de los Derechos francés y belga, en los cuales los contratos son, sin más, realmente traslativos, añadiré que la doctrina entiende que, dentro de tales sistemas y del italiano, sólo los contratos que cumplan una transmisión, y no los meramente obligacionales, tienen acceso al Registro: así, como dice COVIELLO, no produce efecto la transcripción de una liberalidad sino desde el día en que la aceptación se transcribe.

aparte de llegar directa y totalmente al resultado que otros persiguen por medios indirectos, tiene un fundamento nada despreciable en el art. 1.473 del Código civil—del que me ocupo en seguida—, y en la ya citada Exposición de Motivos de la ley del 61, de los que cabe deducir que la inscripción legalmente practicada juega el mismo papel que la tradición, y aún que, en caso de conflicto, es aquélla quien vence. Ciertó que falta en la Ley Hipotecaria un precepto expreso sobre la materia; pero, de una parte, algo suple esta falta el 1.473 del Código civil, y de otra, no era tal precepto tan necesario en la Ley Hipotecaria como el art. 145 para las inscripciones de hipoteca: éste indica que no hay otro medio para constituir la, mientras la inscripción no elimina, en los restantes supuestos, valor transmisivo de la tradición sino en caso de conflicto.

9.—Si embargo, el más fuerte argumento para considerar a la inscripción como un nuevo modo transmissivo, junto a la tradición, no se halla en la ley del 61, sino, años después, en el Código civil. Ahora bien: el art. 1.473 de este cuerpo legal admite una interpretación diferente y más compatible con la teoría del título y modo, poniéndolo en relación con el art. 1.462 del propio Código. Una interpretación que resuelve todos los problemas planteados en torno a las relaciones entre tradición e inscripción—naturalmente, a partir del año 1889—, pero cuyo punto de partida es una tesis contradictoria con la doctrina dominante, a saber: *que la tradición instrumental del art. 1.462, previa forzosamente a la inscripción en el Registro, perfecciona el acto transmissivo sin necesidad de posesión en el «tradens»*. Si se acepta esto, queda ya claro que la inscripción declarativa no sustituye nunca a la tradición, y que ésta continúa siendo un requisito de los cambios realizados por negocio jurídico—salvo los casos expresamente exceptuados—y sin el cual no pueden inscribirse. En efecto, en los supuestos de transmisión por negocio jurídico, aquélla llega al Registro ya documentada, y precisamente en escritura pública, por lo cual forzosamente la inscripción presupone—y declara—siempre una tradición instrumental ya verificada: en los casos en que del texto se desprenda la intención de las partes de eliminar la tradición (no lo es el de una transmisión bajo condición suspensiva), no será posible inscribir; como dice ROAN, «es seguro que se quería dejar el acto en la zona obligatoria, indicando su falta de efectos dispositivos».

Pero, ¿puede aceptarse que la tradición instrumental del artículo 1.462 es independiente de la situación posesoria?

10. En su acepción genuina, la tradición no es un fenómeno de transmisión de derechos, sino un cambio posesorio, que puede llevar consigo un cambio real, y puede no llevarlo: piénsese en la distinta eficacia transmisiva, en el Derecho romano, de la tradición de cosas *mancipi* y *nec Mancipi*. Empero, desde su más temprana historia, el hecho de que la transmisión de posesión se efectuase, no sólo mediante actos materiales, sino conjuntamente con una declaración de voluntad, operó sobre la propia tradición, espiritualizándola y desplazando su centro de gravedad desde el ámbito fáctico al psicológico, y su objetivo inmediato de la transmisión de posesión a la de dominio.

Esto tenía que ocurrir forzosamente en la llamada *traditio brevi manu*, en la que, adviniendo el poseedor a propietario (por ejemplo, arrendatario que compra el fundo arrendado), la *traditio* sólo podía consistir en un acto psicológico, en una interversión del *animus* del poseedor. Pero también cuando había una posibilidad física de entrega, sin embargo podía tener lugar la tradición sin cambio material alguno, mediante el constituto posesorio: el propietario transmitente permanecía en posesión de la cosa por otro título, como poseedor inmediato: arrendatario, precarista, etc. Quedan, por último, al lado de estas formas psicológicas, otras simbólicas, acaso derivadas de la *traditio longa manu*, y entre ellas la *traditio per chartam*, igualmente aceptada luego en el Derecho común—los glossadores decían que *traditio instrumenti habet vim traditionis rei*, y que *plus operatur traditio instrumentorum quam clavium*—como en los diversos Derechos particulares.

En estas formas espiritualizadas de tradición, perdida la verdadera esencia—paso más o menos material del poder de hecho sobre una cosa—del instituto romano, sólo queda, a partir de la época de Derecho común, un instrumento, una manera cómoda admitida por la ley, para transferir el dominio por efecto de la sola voluntad. *Consensus tradentis*—llega a decir BALDO—*habentis transferendi domini potestatem, subsistente causa vera vel putativa, ad translationem domini ordinata, inducit translationem domini*. No es de extrañar así que la escuela racionalista del Derecho natural viera en la *traditio ficta* un requisito inútil: una reduplicación—y no algo

distinto—del acuerdo de voluntades necesario para la transmisión de la propiedad, y que los codificadores franceses abolieran el requisito de la tradición y colocaran la fuerza transmisiva pura y simplemente en el contrato, en el título apto para transferir el dominio.

11. El Código civil español, que admite plenamente la posesión *solo animo* (la del despojado, la del heredero), no llega a este punto y sigue requiriendo todavía, para la adquisición de la propiedad y de los derechos reales, la tradición (arts. 609 y 1.095). Pero sí llegó nuestro legislador, avanzando sobre la doctrina del Derecho común, a desvincular en alguna de sus formas la llamada *tradición* de toda relación posesoria, convirtiéndola en un acto destinado exclusivamente a atribuir el dominio. Tal ocurre, a mi modo de ver, en ciertos supuestos de la sección segunda, capítulo sexto, título cuarto, del libro IV del Código civil.

En verdad, las rúbricas del capítulo (*De las obligaciones del vendedor*) y sección (*De la entrega de la cosa vendida*) no dan una idea exacta del contenido, y los propios preceptos legales, en apariencia, se hallan exclusivamente ordenados a determinar cuándo y en qué condiciones debe cumplir o ha cumplido el vendedor con su obligación de entregar la cosa. Pero una lectura más atenta de los artículos 1.462 y siguientes, muestra cómo si algunos se refieren a la detentación material, otros, abstracción hecha de toda relación posesoria, corporal o incorporeal, ponen el *modo* transmisivo en la concorde voluntad de las partes en orden a la atribución de la cosa o derecho, y en el cumplimiento de determinada forma: modo que, si bien puede afectar al paso de la posesión, no tiene forzosamente trascendencia en este aspecto, y en cambio determina, con independencia de aquélla, el cambio real.

Así, en cuanto a los bienes muebles, la «entrega» puede tener lugar «por el solo acuerdo o conformidad de los contratantes, si la cosa vendida no puede trasladarse a poder del comprador» (artículo 1.463), en cuyo concepto hay que incluir—aunque acaso no fuera ésta la orientación del proyecto del 51, donde la propiedad se transmitía por el contrato—aquellos supuestos en que el vendedor no tiene la posesión de la cosa que vende, no siendo posible, por tanto, ningún acto material de entrega. Para toda clase de bienes hay un precepto todavía más liberal: «Cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega

de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario» (art. 1.462). Como se ve, el artículo no dispone que sea suficiente para la entrega el consentimiento del *tradens* y el *accipiens* consignado en la escritura, sino que la propia escritura—salvo manifestación en contrario—representa, sin más, consentimiento y tradición; *modo* transmisivo éste que, por cierto, no se identifica con la obligación fundamental del vendedor de facilitar el *habere licere* de la cosa, y que, a lo más, afecta a la posesión mediata de la finca vendida. Por consiguiente, el otorgamiento de la escritura no hace innecesaria la entrega que debe subseguirle, y que puede ser suspendida por el *tradens*, por ejemplo, en el supuesto del art. 1.467.

Entiendo, pues, contra la doctrina dominante, que el art. 1.462 tiene igualmente aplicación cuando el *tradens* no es poseedor de la cosa vendida. Volviendo—a lo que creo, inconscientemente—a nuestros Derechos medievales, la fuerza transmisiva que antes tenía el desplazamiento (más o menos ficticio) de posesión, se ha colocado por el Código civil en el documento, cuyo otorgamiento viene a jugar en la transferencia de los derechos reales, todavía con el nombre de *traditio*, un papel mucho más próximo a la *mancipatio* y que sirve de *modo* transmisivo a los efectos del art. 609 y de *entrega* (es decir, sustitutivo de la entrega) a los del 1.095.

12. Esta tesis permite justificar—de acuerdo con evidentes imperativos económicos y sociales, y con varios textos legales—la transmisión realizada por un propietario no poseedor (ni siquiera mediato). Para la doctrina dominante, éste sólo puede ceder su acción reivindicatoria, hallándose entonces el adquirente en una posición semejante a la del cesionario de un crédito en el Derecho romano, que actuaba, para hacerlo efectivo, como *procurator in rem suam*. Esto es, a mi entender, arbitrario. Ni la acción reivindicatoria es disociable de la propiedad, de modo que quepa ceder la una y conservar la otra, ni la propiedad puede consistir sólo en una acción reivindicatoria, ni tampoco puede decirse que a un no poseedor le queda sólo la acción reivindicatoria: piénsese en el legatario de cosa cierta antes de entrar en posesión de la cosa legada. El *procurator* romano, precisamente por serlo, no era, jurídicamente hablando, un cesionario, y sólo devenía titular del crédito cedido al extinguirse éste y mediante un artificio procesal. Para defender su pervivencia

hoy, sería preciso demostrar que la propiedad—en la cual va ínsita la acción reivindicatoria—de un no poseedor es intransmisible por falta de medio hábil. Lo cual, si encuentra apoyo en la interpretación literal de algún texto del Código civil, va contra el sentido de los arts. 1.462, 1.463, 1.473 y, actualmente, contra el 36 de la Ley Hipotecaria, que entiende ser posible transmitir la propiedad de una cosa mientras persona distinta del vendedor tiene su posesión jurídica total (*ad interdicta* y *ad usucapionem*).

13. Más aún: el punto de vista que aquí mantengo sobre la naturaleza de la tradición instrumental es el único que permite interpretar el art. 1.473-2.º sin hacerlo inútil o convertir a la inscripción en un sustitutivo de la tradición. En efecto: según él, la propiedad del inmueble inmatriculado vendido dos veces pertenece «al adquirente que antes la haya inscrito (la transmisión de propiedad) en el Registro». Por consiguiente, si seguimos la teoría dominante de identificar la tradición con el desplazamiento posesorio, sólo podemos llegar a una de estas conclusiones:

a) Que la propiedad se transmite sin tradición, pues el precepto legal para nada la menciona y se atiene exclusivamente a la prioridad de inscripción. Esta tesis es difícilmente conciliable con los artículos 609, 1.095 y con el propio sentido literal del art. 1.473, que supone la transmisión ya efectuada cuando se va a inscribir.

b) O bien que la inscripción presupone una tradición ya efectuada: entonces el art. 1.473-2.º contempla un problema que no puede plantearse nunca, porque, en todo caso, como la transmisión posesoria sólo habrá podido tener lugar frente a uno de los adquirentes, la inscripción del otro siempre será ineficaz y no hay por qué atender a la prioridad en acudir al Registro, sino a cuál de ambos compradores ha realmente adquirido y, en consecuencia, ha podido inscribir válidamente.

c) Mucho peor sería, para conciliar esta segunda tesis con la posibilidad (que tan claramente se deduce del Código civil) de que cualquier comprador, poseedor o no, inscriba válidamente, alegar que la posesión jurídica incorporal de una misma cosa puede transferirse individualmente a diversas personas. Esta posesión, comunicada instrumentalmente por el *tradens*, no sería una posesión corriente, sino un *quid* incorporal que podría coexistir con un número indefinido

de posesiones hermanas, mientras el *tradens* seguiría teniendo la posesión real: una posesión milagrosa, inagotable, que le permitiría efectuar cuantas transmisiones posesorias deseara, y, contra todos los principios, quedaría siempre íntegra en él.

Separando la posesión de la tradición, queda igualmente explicado el párrafo 3.º del propio art. 1.473. Su comienzo se refiere entonces a la posesión real (adquirida por tradición o por otro medio) como el párrafo 1.º, y como el art. 982 del Proyecto del 51 (en el cual, siendo el sistema de transmisión de los derechos reales de tipo napoleónico, la tradición tenía únicamente valor posesorio); no habiendo inscripción, el primero que llega a tener la posesión real y a título de dueño de la cosa deviene (o continúa siendo) su propietario. Pero si en el momento de plantearse el conflicto—que podrá existir desde mucho tiempo antes—ninguno de los adquirentes ha tomado posesión real de la cosa, seguirá siendo propietario el de título de fecha más antigua, es decir, el primer *accipiens* instrumental.

Naturalmente, cuando el segundo adquirente entra en la posesión real de la finca, sin que antes la haya tenido el primero, se produce una adquisición *a non domino* por virtud del propio artículo 1.473. La cuestión está clara en los antecedentes históricos.

14. Por lo demás, hay en el Código civil numerosos casos en que la propiedad se transmite derivativamente sin necesidad de un traspaso posesorio. Y ello no sólo en los supuestos de sucesión universal (incluso, al parecer, el del art. 1.674) o de sucesión particular *mortis causa* (legado, derecho de reversión), sino en negocios jurídicos *inter vivos*, como la donación o la dote, o en las adquisiciones provocadas por el funcionamiento de una condición (sobre todo resolutoria) o por el ejercicio de derechos de configuración jurídica. En éstos, muchas veces una manifestación de voluntad resuelve el dominio en una persona y lo hace nacer en otra, sin referencia alguna a la situación posesoria de los bienes: piénsese en el llamado retracto convencional, en la anulación de una transmisión impugnada o en determinados casos de rescisión.

Por otra parte—aduce a este propósito DE LA RICA—, «fácil sería eludir la necesidad de la tradición, aun cuando ésta se juzgara indispensable para la transmisión del dominio de las fincas inscritas. Bastaría descomponer el dominio en sus elementos integrantes, trans-

mitiéndolo con independencia. Primero, el dueño transmite la nuda propiedad, reservándose el usufructo; aquí no juega para nada la tradición. Después, renuncia al usufructo, que se consolida automáticamente con la nuda propiedad. El adquirente inscribe sus dos títulos adquisitivos y adquiere, por consecuencia, el pleno dominio del inmueble, sin que haya habido necesidad de que aparezca en escena el fantasma del título y el modo».

Con la teoría dominante, si un propietario vende una finca que no posee, no transmite la propiedad de la misma, por falta de tradición, propiedad que tampoco recibirá el comprador cuando el tercer poseedor le entregue la cosa, puesto que ese tercero posee *nomine proprio* y no verifica la entrega en nombre del vendedor. En cambio, el adquirente sí recibirá la propiedad si es un donatario: al parecer, el propietario no puede—por falta de medio hábil—vender, pero sí donar.

Extraño resultado de una doctrina que, además, hoy no tiene la misma razón de existir que en el ordenamiento donde se originó. La *traditio* romana podía exigirse para el paso de la propiedad de las *res nec mancipi* porque la transmisión por acto consensual solemne—*mancipatio*—sin desplazamiento posesorio, estaba limitada a las *res mancipi*. Hoy, desaparecidas esas clasificaciones, la mezcla de elementos posesorios en la transmisión de la propiedad no encuentra una adecuada justificación.

La tesis que defiende aquí, y a la que se habían referido ya anteriormente algunos autores (SANZ FERNÁNDEZ, entre otros), llega al mismo resultado que la que podríamos llamar *hipotecarista*, si bien por caminos muy diferentes. Pues en las dos se llega a prescindir del desplazamiento posesorio en la transmisión de inmuebles, pero en ésta sustituyéndolo por la inscripción, que adquiere carácter constitutivo, y en aquélla, admitiendo que puede existir tradición sin traspaso posesorio, a efectos del art. 609; con ello sigue la inscripción reducida a su papel meramente declarativo, puesto que, como he dicho, al practicarse a virtud de la presentación de instrumentos públicos, no se llevará al Registro más instrumento sin tradición que aquel en que se exprese la voluntad en que ésta no tenga lugar, y entonces será *per se* ininscribible.

JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO
Catedrático de Derecho Civil

Catastro y Registro de la Propiedad

Hacemos un corto trabajo, con ideas ceñidas, para mayor relieve de las mismas.

CATASTRO.—En esencia es la reproducción gráfica de la superficie terrestre, con las circunstancias y requisitos necesarios a su finalidad.

Se precisan sus varias finalidades : base para la distribución fiscal o contributiva, y servicio de estadística al Estado en sus múltiples aplicaciones : desde la planificación estatal de cultivos y sus variaciones, según las necesidades nacionales, hasta las de redistribución de tierras en regímenes nuevos de propiedad, etc. Será base indispensable para la acertada labor política del Estado en sus múltiples direcciones sociales, económicas, jurídicas, etc. Lleva consigo la determinación física de las fincas y su evaluación.

¿ Puede formarse un Catastro que no sea jurídico ?

Considerar el Catastro como reproducción gráfica de la corteza terrestre es idea acertada, pero imprecisa. Aquella reproducción no es nada : no hay todavía líneas que configuren las fincas. La reproducción catastral, si ha de ser algo, será la de la superficie terrestre, determinada y dividida planimétricamente en fincas.

Ahora bien : finca es unidad de dominio. Señalar gráficamente las fincas, delimitarlas gráficamente en el plano catastral, no es otra cosa que delimitar dominios. Problema netamente jurídico. Al trazar en el plano las líneas que encierran la finca, señala un dominio y un titular, previamente determinados.

Es la base fundamental para su creación. Por lo tanto, operamos con material jurídico. Sin él, todo falla y vacila. De otro modo, mal podría servir para su finalidad fiscal (distribución de impuestos a los propietarios reales de las fincas) o estadística (a efectos sociales y políticos derivados de su conocimiento).

Esto no significa que el Catastro aborda y resuelve un problema jurídico, de propiedades, dominios o fincas, sino tan sólo que necesita servirse de material jurídico. Si dispone del mismo, por hallarse elaborado de antemano, separada y específicamente, lo utilizará, sin duda. Y si, por no existir, toma a su propio cargo su elaboración, obrará en campos extraños a su finalidad.

Es un material, el jurídico, que necesita imperiosamente, para la obra que emprende, al igual que el constructor precisa cemento para la ejecución de su obra. Cuando afirmamos que el Catastro ha de ser jurídico, no podemos dar a esta expresión otro sentido que el expresado. El Catastro, para su finalidad, ha de ser general, o sea, de todas las fincas del territorio de aplicación de aquél.

Para delimitar dominios o fincas en unidades que, a su vez, se identifican jurídicamente con el titular del dominio, entra en juego todo el sistema jurídico, que alcanza al campo inmenso del régimen inmobiliario, netamente jurídico. Panorama gigantesco: títulos, escrituras, contratos, posesiones, documentos, adquisiciones y transmisiones civiles, registrales, administrativas, Jueces, Registradores, Notarios, funcionarios, etc., etc.

ALGO MÁS *que la pregunta del Perito del Catastro*, desplazado al campo, al labriego, aunque sea el mismo propietario: «¿De quién es esta finca? ¿Hasta dónde llega?...»

Pues bien: el Catastro habrá de pedir ayuda jurídica para realizar su labor, no jurídica esencialmente, pero que, no obstante, sin esa base jurídica le conducirá al fracaso. La pedirá angustiosamente.

Y su resultado será tan perfecto o imperfecto como sea perfecta o imperfecta la ayuda jurídica que le sea prestada, o como lo sea la empresa jurídica que tome a su propio cargo, por carencia de aquella ayuda.

En el sistema jurídico inmobiliario actual no hay en España más verdad jurídica incontrovertible que la que muestra el Registro de la Propiedad. Verdad que se impone como tal a los particulares y

a los mismos Tribunales por imperativo de la ley. No por capricho de la misma, sino como la superación lograda del sistema jurídico inmobiliario más perfecto, racional, humano y flexible del panorama mundial logrado en un centenar de años, por la aplicación de millares de inteligencias puestas al servicio teórico y científico del problema jurídico que pretendieron resolver, y por el esfuerzo diario de los profesionales, prácticamente dedicados a la aplicación personal de la tarea: Notarios y Registradores de la Propiedad.

El Catastro ha de saber que cuenta con esa base firme, que le proporciona la certeza jurídica que precisa para su labor. La llamada angustiosa hecha hallará eco y solución en la aportación que le facilite el Registro de la Propiedad. Ciertamente, si el Catastro ha de ser general, el ideal sería que el Registro alcanzase a todas las fincas del territorio en que uno y otro operan.

Y si éste es parcial, la nota de incontrovertibilidad del Catastro, o su firmeza jurídica, será también parcial, quedando el resto *sin firmeza alguna*.

Este es otro aspecto de la cuestión, a que posteriormente volveremos. Aquí interesa destacar que el Catastro ha de supeditarse al Registro de la Propiedad en todo lo que abarque éste en relación a las fincas que protege, por hallarse acogidas al sistema, mediante su inscripción. Se impone al Catastro, ineludible e imperativamente, porque no hay ni puede haber otra realidad jurídica que la registral. Y si ésta se impone a los Tribunales, ha de imponerse igualmente al Catastro, salvo la anarquía jurídica: ignorancia, error, barbarie intelectual...

Es fácil concluir: el Catastro no puede aportar un solo átomo jurídico al campo del derecho como tal, y, por el contrario, del Registro de la Propiedad, sistema registral, ha de nutrirse forzosa e ineludiblemente el Catastro, bajo peligro, en caso contrario, de la anarquía jurídica, y, en consecuencia, catastral.

La mínima involucración de esta idea ofrece el peligro de contaminación para el campo jurídico registral, actualmente perfecto.

Crudamente expresada, será la siguiente: el Registro no precisa del Catastro para nada en su misión jurídica específica, al paso que el Catastro necesita imperativamente de aquél. Esto no significa que no haya relación entre ellos, que después trataremos de exponer. Como no hacemos aquella afirmación por mero prurito de enfrentar,

comparar, menospreciar ni ensalzar, sino para fijar ideas que estimamos conveniente presentar en este lugar.

Saliendo al paso de cualquier interpretación de ideas desdibujadoras de lo expuesto, hemos de precisar que, al determinar jurídicamente el dominio, encarnado en la finca, ésta se concreta con sus linderos y por su cabida. No es ésta un dato físico o estadístico, sino determinativo, jurídicamente, del espacio físico del dominio o finca, concretado a un trozo señalado de la corteza terrestre, dato imprescindible, si ha de ser fijado gráficamente, mediante líneas, en un plano, el contorno de la finca. La determinación de cabidas es idea netamente jurídica, en cuanto hace referencia al dominio, encarnación de finca. Jugando, por lo tanto, en este extremo idénticos argumentos que nos han servido para las conclusiones anteriores: es dato jurídico preciso, como base jurídica del Catastro, que no nace de éste, sino que lo determina el Registro, imponiéndolo a aquél, salvo que, por su cuenta, lo haya fijado, pero que, aun en este supuesto, entra en el campo de lo jurídico, que haya tomado a su cargo el Catastro, y sin mayor valor, jurídicamente considerado, que el de que el Catastro, por sí mismo, le ha conferido, de servirle para el trazo de las líneas configurativas de la finca en el plano.

Veamos ahora lo que el Registro puede ofrecer y debe imponer al Catastro, del mismo modo que el médico sopesa lo que para su labor profesional le ofrece la farmacopea. El Registro le dirá quién es el titular. Y la cabida de la finca. Son datos esenciales que le interesan. No le interesan, aun cuando lo manifieste, el cultivo y su valor. Debería ser obligatoria la constancia de la cabida. ¿Cómo lo ha logrado el Registro? En realidad, ello no debe importarle al Catastro.

Los juristas lo saben. Y saben, además, que es algo perfecto dentro de la limitación humana.

En líneas generales, hay dos clases de inscripciones: unas tienen, desde su fecha, valor absoluto, incontrovertible; y otras no ganan este valor hasta el transcurso de cierto período de tiempo. Ambas modalidades hacen referencia no sólo al titular de las fincas o dueños, sino a la cabida de las mismas. Mediante la suspensión de efectos, interinamente, logra dar entrada en el sistema a la vida que extrarregistralmente le cercaba.

Con este mecanismo sencillo, pero rodeado de todas las garantías

precisas, en un complicado juego en que intervienen Autoridades judiciales, Notarios, Registradores, títulos públicos o privados, presunciones lógicas, consideraciones humanas, publicaciones, edictos, citaciones a interesados, etc., etc., según las diversas modalidades y supuestos a que se contrae la inscripción, se logra aquel valor absoluto, inmediato en su caso, y se eleva a tal rango el relativo, cuando, durante el período de interinidad, haya quedado patentizada, por no existir contradicción, su realidad vital, en cuanto haya de trascender a tercero. Del mismo modo que, sin esa exigencia de trascendencia, podrán producir efectos absolutos directos e inmediatos las inscripciones que lo merezcan por las garantías exigidas y logradas en los procedimientos inmatriculadores adecuados.

Todo ello envuelto en la sutilísima atmósfera purificadora y esterilizante de intenciones torticeras, de la buena fe, como principio básico para la aplicación del sistema.

En su propósito de dar entrada al recinto y sistema registral a inscripciones inmatriculatorias o rectificar cabidas de inscripciones anteriores, se sirve el Registro de diversos medios, según los datos, títulos y documentos que aporta quien pretende la inscripción o rectificación de cabidas. A la vista de los mismos, dicta sabias providencias, dándoles diferente poder de presunción de realidad, según la valoración que a tales efectos hace. De este modo, un expediente de dominio merecerá ser inscrito con plenitud de poder, de igual modo que podrá ser inscrita por sí misma una escritura pública anterior a la fecha que señale, y por el contrario, exigirá el transcurso de un período interino de dos años de suspensión de efectos para una primera inscripción lograda en una forma indirecta en los casos en que lo consienta.

Si el sistema registral, análogamente, decide aprovechar los datos que le suministra el Catastro para ese cálculo de presunción de probabilidades de certeza que utiliza accidentalmente para llevar al sistema la realidad extrarregistral, habrá de calibrar previamente su valor presuntivo para darles un mayor o menor valor subsidiario y, en su caso, extremar las previsiones y cautelas que el rigor de su propio sistema le exige para entronizar como verdad incontrovertible la inscripción pretendida, que a ello aspira al acogerse al sistema.

Antes de continuar, podemos sacar la siguiente conclusión: en este supuesto, el valor jurídico de la inscripción no se hallará en el

Catastro, que suministra los datos, sino en el Registro y su sistema.

Podemos pasar ahora al examen crítico de la calibración, por el sistema del Registro, de los datos del Catastro.

Con la certeza y objetividad peculiares de aquel sistema, ha tenido en cuenta el escaso valor presuntivo de tales datos catastrales, jurídicamente considerados: declaraciones de los propietarios, juntas periciales, actas de deslinde, sin defensa, tal vez sin conocimiento, de ausentes, incapacitados, etc. Sólo en la letra de la ley, tal vez.

Consecuentemente, ha dictado una regulación acertada; si en el número 5.º, letra A, del art. 298 del Reglamento Hipotecario, valora justamente los datos catastrales, permitiendo su inscripción, en otros supuestos de exceso de cabida exigirá, para lograrla, el proceso determinado en el art. 205 de la Ley, logrando la rectificación pretendida con mayores presunciones de realidad.

Y, en términos generales, es posible asegurar que actualmente el Registro refleja exactamente la realidad jurídica, tanto en las imposiciones absolutas como en las interinas, enlazadas éstas con la vida extrarregistral por el cordón umbilical que, a través de la inscripción provisional, las nutre de aquella vida externa, hasta adquirir plena vitalidad jurídica. A través del siglo de su implantación, ha decantado la realidad jurídica, hecha verdad absoluta, en maridaje perfecto de la hondura y reciedumbre de su mecanismo con la finura jurídica de sus servidores directos, Notarios y Registradores.

Como ejemplo curioso de esta finura, en relación con las matizaciones del juego del sistema registral y el Catastro, a los efectos que examinamos, exponremos el siguiente: la finca de A., lindante con un río, ha ganado, por accesión, una faja de terreno a lo largo de la orilla retrasada del río; si la diferencia de cabida, o ribera acrecida, puede inscribirse en el Registro, en virtud de la declaración de este hecho consignada en el título posterior, transmisor del dominio de la finca, utilizando lo dispuesto en el apartado 5.º, letra B, del citado art. 298 del Reglamento, por haberse realizado el Catastro después del crecimiento de la ribera por retirada paulatina del cauce del río, o de su mutación, en su caso, nos hallaríamos en presencia de la utilidad y eficacia inmediata del Catastro, por sí mismo, con el alcance jurídico que concretamos. Mas no sería difícil observar que nace su poder de una determina-

ción puramente física, y no jurídica, y que, en realidad, esta circunstancia física del cauce del río, constatada como tal por el plano catastral, ha ofrecido al Registro la prueba de su variación como base de la presunción de certeza que exige para proteger jurídicamente la diferencia que inscribe, con todo el alcance que el sistema registral le confiere.

Pero si el Catastro no señala la alteración del cauce, por no haberse producido a su confección, sin duda el Notario hará constar la accesión y el aumento de cabida por dicha causa, y el Registrador no inscribirá tal exceso por falta de previa inscripción a favor del transmitente, corriendo el exceso su suerte e inscribiéndose en la transmisión posterior que el adquirente realice, previa publicación de edictos y suspensión de efectos. Pues bien, es seguro que si esta finca es dividida materialmente, al efectuarse esta segunda transmisión por venta o herencia, formándose varias fincas perpendiculares al río, Notario y Registrador, actuando con la matización que, jurídica y físicamente exigen los campos específicos y peculiares de Registro y Catastro, coordinables en su día, señalarán e inscribirán, respectivamente, las fincas nuevas e independientes formadas, determinando en cada una de ellas la parte correspondiente a la cabida anteriormente inscrita y la parte correspondiente a la sección de ribera acrecida a la misma que cae dentro del lindero del río, exceso de cabida que, en su día, transcurridos dos años, tendrá pleno valor jurídico, como el resto inscrito lo tenía antes del proceso purificador de la diferencia. Fincas físicas, cada una de ellas, con porción acrecida a la ya inscrita. Tal vez sea conveniente consignar ahora que no existe mayor peligro para el actual sistema jurídico del Registro, logrado con la perfección que proclamamos, que sobreestimar el contenido del Catastro a efectos inscriptorios, que originará, sin duda, que aquél quede maculado. Sin fundamento alguno, como vemos, además.

Estamos seguros de que las consideraciones expuestas escandalizarán a muchos.

Porque se da el caso peregrino de que, pareciendo que la atención del Catastro habría de dirigirse preferentemente a lograr una equitativa y justa distribución de impuestos, con arreglo al valor de las tierras, señalado con tal precisión y exactitud que no pudiera producir el resultado de que en provincias notoriamente pobres va-

lieran las fincas más que las iguales de provincias notoriamente ricas, problema cuya acertada solución llevaría consigo las de rapidez de confección catastral, generalidad y uniformidad de criterios evaluatorios, coordinación de trabajos regionales y de normas para la fijación de utilidades, etc., etc., y, naturalmente, los puramente agronómicos y perimétricos, que son básicos y fundamentales, se dirige aquella atención preferentemente al aspecto jurídico del mismo, absorbiendo la actividad crítica e intelectual de los comentadores y defensores del Catastro.

Y se ha formado un tópico, nutrido de admiración y deseo, que lo sitúa en el ápice de la juridicidad inmobiliaria. Es la panacea jurídica, por fin descubierta, según criterio general.

Mito catastral de casi imposible superación, que, no obstante, intentamos aquí.

Nace aquél en un ambiente en que se precisa un anhelo firme que quiere plasmarse en leyes específicas, en un mundo jurídico en formación, incipiente y poco apto para la finalidad pretendida, lo que necesariamente ha de provocar difuminación de ideas, contornos confusos en la tarea legislativa inicialmente emprendida en que todavía nos hallamos, si bien el estado jurídico actual acusa la presencia de cuerpos sólidos entre la nebulosa circundante.

Al igual que el anhelo de agua potable se tradujo en los viejos acueductos pétreos que admiramos, y que ahora sustituímos por tuberías aptas para la aplicación del principio de los vasos comunicantes.

El arranque legislativo tiene lugar, a los efectos que examinamos, en el proyecto particular del Catastro, presentado a las Cortes por don José Echegaray, por Real decreto de 25 de enero de 1904, que es la base de la Ley de Catastro Parcelario de 23 de marzo de 1906, piedra angular del sistema catastral.

Su base 8.^a declara que el Catastro ha de servir para titular e inscribir las fincas... estableciendo «títulos reales de propiedad»; y el 37 de la Ley dice: «la cédula de inscripción en el libro catastral tendrá todo el valor legal y jurídico de un título real».

Se muestra la aspiración a lo jurídicamente más perfecto, vigoroso y eficaz, que resume en lo que llama «título real». Término posteriormente utilizado en otras disposiciones legales: de «valor ju-

rídico incontrovertible», en la exposición del Real decreto de 3 de abril de 1925.

Parece así querer elevarse el Catastro hasta quedar convertido en el órgano jurídico máximo; en la culminación de un sistema jurídico inmobiliario de insuperable perfección.

Se percibe su creencia de que sólo mediante el mismo y la ayuda que presta al Registro de la Propiedad alcanzará éste la perfección jurídica de que carece; y en íntimo enlace ambos, formarán un cuerpo pleno de armonía, obra maestra insuperable, capaz de suscitar la admiración de todos. Y la suscita, sin duda, en casi todos, por lo menos.

De esa admiración es fácil pasar a la creencia de que el Catastro ha arrastrado a su órbita al Registro de la Propiedad, absorbiéndolo al perfeccionarlo, creando un título real que antes no existía.

Se realza el Catastro jurídicamente hasta dejar en la penumbra, como mero accesorio, al Registro de la Propiedad, vacío de su contenido jurídico si no lo revaloriza al verterlo al cuerpo del Catastro, que le presta el valor de que carecía por sí mismo.

No opinamos así; se trata, para nosotros, de un fenómeno de accesión jurídica por avulsión de ideas. En el fondo, una herejía jurídica. Porque el Catastro no le presta valor jurídico alguno al Registro, siquiera sea esa la pretensión que alega, como veremos más adelante (antes dimos la demostración de su imposibilidad, en términos generales).

Hasta aquí sólo ofrece la promesa de un sugestivo resultado que, teóricamente, le seduce, y cuya realización examinaremos.

Y en el fondo, la seducción nace, principalmente, de que promete para el sistema inmobiliario registral en que se interfiere las características que, precisamente, sugestionan a los juristas e hipotecaristas, de que carece todavía el sistema de Registro de la Propiedad. Son las siguientes: valor jurídico absoluto de la inscripción; generalidad o universalidad extendida a todas las fincas: el Catastro abarca necesariamente las que integran su territorio, sin excepción, y en consecuencia, todas ellas tendrán, después de catastradas (obligatoriamente) un valor absoluto, que es tanto como imponer la inscripción obligatoria y el rechazo de toda contratación no inscrita. Esto es seductor en apariencia y atrae, de retruque, a los juristas, que deducen que las notas deseadas son proyectadas en el

sistema registral, que las impondrá para que después sean reflejadas en el Catastro mediante la coordinación de Registro y Catastro. Es un espejismo fatal. Imposible, indeseable.

No puede ocultar lo inocultable: que el Catastro quiere hacer suyo, dándolo como suyo, el contenido del Registro. Pero el Catastro no descuida su manipulación: la base 7.^a del expresado proyecto declara que el Catastro y el Registro de la Propiedad son instituciones hermanas.

Esta llamada a la hermandad se repite: art. 2.º, adicional del Decreto de 3 de abril de 1925, que invoca la necesidad «de coordinación de Catastro y Registro»; y el art. 289 del Reglamento del Catastro, de 30 de mayo de 1928, que la centra en «la correspondencia de uno y otro».

Se nos hace preciso ahora detenernos unos momentos en los dos conceptos: «título real» y «coordinación», desmontándolos, sin perjuicio de volverlos a montar y desmontar cuantas veces lo consideremos conveniente.

TÍTULO REAL.—Lo desmesurado de su alcance, en su iniciación, en la Ley de 1906, se adivina a la lectura de sus arts. 34 y 38: el avance catastral producirá todos los efectos tributarios, *jurídicos* y administrativos; y a partir de la fecha en que comience a regir, ningún Juez, Tribunal, Oficina administrativa, Notario ni Registrador de la Propiedad, admitirán reclamación alguna, ni otorgarán documento público, ni practicarán inscripciones ni asientos en los Registros de la Propiedad, que se refieran a un inmueble perteneciente al solicitante, sin que acompañe al título de propiedad el plano correspondiente, si está formado el Catastro, o una hoja del *Registro del Catastro* (?), debidamente autorizada, en el período del avance.

La encarnación del «título real» es la «Cédula Parcelaria» del número 4.º del art. 28.

Fácil es colegir el porvenir reservado al Registro de la Propiedad, en tremenda y revolucionaria absorción catastral de todo el campo jurídico, ideada con total indiferencia hacia la realidad vital en que operaban. Ley de baldíos, podría parecer

Pero han pasado muchas aguas por bajo los puentes, en estos cincuenta años; tantas, que nos permiten calificar el sueño inicial

como de «delirio jurídico». Y desvanecerlo, para tranquilidad, por lo menos nuestra.

Porque, rotundamente, situamos todas las posibilidades de actuación jurídica del Catastro en las dos únicas posiciones :

Primera. Si el Catastro es general, o sea, de todo el término que abarque ; si ha de ser absoluto, en sus efectos jurídicos, imponiéndose como verdad incontrovertible a Jueces, Tribunales, Notarios, Registradores, particulares, etc. ; si se ha de reflejar en la «Cédula Parcelaria», y si ésta ha sido basada en los datos jurídicos aportados al Catastro, podemos concluir : tendrán valor absoluto, como reflejo de la realidad jurídica incontrovertible, en el régimen inmobiliario español, no sólo el transfundido al Catastro por el Registro de la Propiedad, sino toda la quincalla jurídica catastral restante que, por cierto, es de un volumen desmesurado. Todo valdrá y será uno y lo mismo. Calificaremos esta posición de «pesadilla jurídica». Amenazante para el sistema jurídico español actual, que conocemos y admiramos ; befa y escarnio para el del Registro de la Propiedad ; herejía jurídica máxima ; catástrofe catastral, etc.

Segunda. Limitando racionalmente el sueño que desciframos, esta posición consistirá en lo siguiente : la actuación del Catastro será diferenciada : en cuanto a las fincas cuya inclusión y determinación en el mismo se deban a las inscripciones vigentes en el Registro de la Propiedad, tendrán el valor jurídico que éste les preste según el sistema registral, y las procedentes de la quincalla catastral no tendrán más valor que el tributario, fiscal y administrativo que proceda, y *ninguno jurídico*, salvo el que le den los sistemas jurídicos extracatastrales que se los confieran, en su caso. En consecuencia, tendríamos «Cédulas Parcelarias» de dos categorías : de primera y de segunda.

Calificaremos esta posición de «usurpativa del Registro de la Propiedad», realización de la «accesión jurídica por avulsión de ideas», mediante un escamoteo jurídico, por el que se traspasa el vaso de la mesa registral a la mesa catastral, pasando rápidamente sobre ambas mesas el trozo de cédula parcelaria del paño catastral.

Juego ilusionista de verdadero mérito, que también en lo jurídico existen, incluso superiores al presente, si bien no es éste el momento de exhibirlos.

COORDINACIÓN.—Los legisladores de 1906 no precisaron el concepto de «coordinación», pero resulta fácil, situándonos en el clima jurídico del momento en que concibieron la idea, perfilar cuál sería su contenido y desenvolvimiento ideal. Pensaron, en primer lugar, que todo el contenido del Catastro, que efectuasen a su creación, tenía un valor de incontrovertibilidad, nacido de la misma perfección de su creación, jurídicamente considerada. Como consecuencia, igualaron, a efectos prácticos, el contenido jurídico tomado de los títulos amparados por el sistema del Registro con el de los forjados por los mismos, quincalla catastral, como resultado de sus trabajos catastrales. Y llegaron a la cédula parcelaria, título real incontrovertible, y al «Registro del Catastro».

Lo restante—coordinación—, partirá de ello, y resultará sencillo: el titular llevará en el bolsillo el título real, gráfico y jurídico, determinándose polígonos y parcelas, físicamente, y titularidad, jurídicamente; apto para la contratación inmediata, sin dilación alguna. Con tal título, «sin el que el Notario no autorizará documento transmisor, ni el Registrador inscribirá», el titular controla y manda, por delegación del Catastro, que le transmite ese vigor, que dice haber logrado al crearlo, la labor profesional de uno y otro.

Consecuentemente, nada le impedirá al Catastro, en este orden de control, ordenar al Notario que no autorice escrituras sin presentación de la «cédula», en la que constará y de la que tomará el número del polígono y de la parcela, transcribiéndolos, e igualmente ordenar al Registrador que comuniqué al Catastro todas las alteraciones y transmisiones que inscriba, para su constancia catastral en la «cédula renovada». Podrá aquel tomar la numeración de polígono y parcela de la escritura, que habrá de contenerlos. Y le será fácil al Registro, efectuar la coordinación, siquiera al hacer la «comunicación» se dé cuenta de que «coordina» el Registro, como elemento jurídico, al Catastro, supeditándolo a éste, de hecho. Por otra parte, no habrá dificultad territorial, cualquiera que sea el lugar del otorgamiento de la escritura, ni el Registro al que corresponda, por razón de la finca, puesto que la «cédula» es utilizable en todo el territorio nacional, constando en ella el polígono y parcela.

Y ello nos permite deducir el siguiente principio de coordinación: «No hay «coordinación» hasta que haya «cédula». Como no hay «cédula» sin Catastro».

Principio tal vez intuído, pero enunciado con excesiva generalización que, no obstante, comprende en sí mismo el principio señalado por el legislador del Real decreto-ley de 3 de abril de 1925, suspendiendo la coordinación hasta la creación del Catastro en todo el territorio nacional.

Es el producto, tal vez nacido de una idea equivocada y excesiva acerca del valor jurídico del Catastro, o tal vez del propósito de una absorción, por el mismo, del valor del Registro, pero que, en sus consecuencias en razón de la «coordinación» como pieza del mecanismo jurídico, se muestra de acuerdo con la lógica, y revela un cerebro perfectamente organizado.

Y podrá, además, mediante el juego expresado, afirmar que ha logrado la máxima movilización de la propiedad inmobiliaria, e incluso que la «cédula» tiene el valor de un título de la Deuda pública, que entonces parecía el supremo éxito.

Mas, apliquemos ahora el concepto «coordinación» al momento actual :

Vamos a suponer que el Catastro ha comprendido que el tópic catastral en que se inició es un error ; que se da perfecta cuenta de que la creación del «título real» es una herejía jurídica dentro del sistema inmobiliario español, en que necesariamente ha de situarse ; que su misión primordial no es la jurídica, sino, sencillamente, la de facilitar las reclamaciones que, por razón de tributación, se formulen por causas justificadas. En este orden de consideraciones es posible que le asalte el escrúpulo de que pueda pagar quien no es realmente titular, por haber transmitido su propiedad, ya que no puede dudar de que uno u otro habrán de satisfacer el impuesto de que responde la finca, incluso con hipoteca legal.

Si se sitúa en este plano, se dará cuenta de que la pretendida «coordinación» se convierte, y es, en esencia, *una información*, que ha de solicitar del Registro de la Propiedad en cuanto a los documentos acogidos al mismo, como habrá de solicitarla de cuantas oficinas y centros pudieran suministrarlos.

Sinceramente creemos que no es dable preocuparse demasiado : todo dueño tiene interés inmediato en lograr el alta de contribución a su nombre, como el enajenante lo tiene de obtener la baja ; podrá, si se quiere, estimular este deseo particular obligando a hacer las oportunas declaraciones, e incluso sancionar con multa su incumpli-

miento. Declaraciones a efectuar, como es lógico, ante el Catastro, y nunca en el Registro de la Propiedad. Toda llamada que haga a éste solicitando su intervención directa sólo tendrá un aspecto de ruego o solicitud de información, y, en otro caso, se podrá afirmar que no ha sido despejado todavía el clima de confusión jurídica, ni las pretensiones de este orden en que nació el concepto «coordinación».

La intervención que se solicite tiene sus propios límites, que son: a) su utilidad, no coordinativa, sino meramente «informativa», que acabamos de mostrar, no requiere llamada alguna directa al Registro; b) la posibilidad de que éste pueda acudir a la llamada, máxime si se pretende imponérsele como obligatoria, sin que ello origine perturbación alguna en el régimen inmobiliario y contractual vigente; y c) que el mecanismo de «información» que se pretenda sea adecuado a su finalidad.

La vía normal de la información se traducirá en la «comunicación» por el Registro al Catastro de haberse inscrito un documento de transmisión del dominio de una finca.

Habrà de saber de antemano cuál es el polígono o parcela catastral para que sirva de algo la información al Catastro, al que se le «comunica». Difícil es esto. Un medio de lograrlo sería que el Catastro facilitara a todos los Registros de la Propiedad, cuyo servicio auxiliar informativo solicita, el Plano Topográfico Parcelario de su territorio, a la vista del cual pudiera el Registrador ubicar las fincas en los polígonos y parcelas que se citasen en los documentos presentados a inscripción. Ignoramos si ello es posible. En todo caso, sería curioso observar que en estas comunicaciones no interesaría poner en antecedentes al Catastro de los diferentes tipos de inscripción, absoluta o de efectos diferidos, ya que no tendrían finalidad jurídica.

Y que si se pretendía extender la *información* a los documentos no inscribibles, presentados a efectos del pago del impuesto de derechos reales, resultaría imposible de ubicar las fincas por polígonos y parcelas (necesario para la información), a menos que todos los Registros de España (y Abogacías del Estado) estuvieran provistos de todos los planos de todos los territorios donde el Catastro existiere, ya que los documentos pueden otorgarse en cualquier territorio y no necesariamente en el del lugar de la finca.

No cabría tampoco, en aras de una innecesaria y casi superflua *información*, que por otros medios puede ser lograda, como vimos, pretender que se aporte para formalizar la escritura una certificación del Catastro acreditativa de su polígono y parcela como requisito necesario, suspendiéndose la inscripción en otro caso. (¿Cómo saber si corresponde a la finca?)

Medida inútil, que no detendría la contratación privada, que dificultaría la pública, que colocaría en mejor posición a aquélla que a ésta, que irrumpiría en el sistema civil y registral anárquicamente, pues no podría imponerse la nulidad de los documentos contraventores de la imposición; que no quedaría justificada como obra de razón y finalidad en un criterio informativo, como antes tuvo justificación en el pensamiento del legislador de 1906, que facilitaba los datos poligonales en la «cédula» presentada, que exigía la previa creación de todos los Catastros parciales (en el Real decreto-ley de 3 de abril de 1925); y que movilizaba la propiedad inmobiliaria, que ahora, por contra, se frenaría hasta donde llegara el acatamiento, más que dudoso, de lo ordenado por parte de los funcionarios a quienes se conminase, provocando a la postre el espectáculo de que fueran admitidos los mismos títulos por el Catastro, a efecto de altas y bajas contributivas, salvo que se decidiese su propio anacronismo e inutilidad como tal. Y desde luego, no se nos pasaría por alto que, con el pretexto de obtener una información jurídica encubierta en la idea de «coordinación», se solicitaba una información catastral (polígono y parcela) fuera de su misión y de su alcance.

No; la certificación del Catastro no puede tener otro enlace con el Registro, en este aspecto, que el de servirle de medio de comprobación de valores, entre los que la legislación del Impuesto de Derechos reales señala. Y ninguno con la contratación notarial.

Vamos, por último, a examinar otro supuesto: el de que el Catastro supiera situarse precisamente en el estadio de los sistemas civil y registral vigentes en España, que sucintamente hemos señalado, y decidiese hacer una creación propia. Un sistema español de Catastro. No una imitación de los sistemas extranjeros. Superior o inferior a éstos, luego lo veremos, pero el único español posible.

Partiendo de las bases contrarias a los extranjeros, que son las españolas: de un Registro no absoluto, sino aquel que antes llamábamos de terceros, finísimo; de un Registro que se va formando

paulatina y depuradamente, decantando realidades jurídicas incontrovertibles de hecho y de derecho; de un Catastro realizado con perfección técnica, pero imperfección jurídica, no total, sino de creación paulatina, por territorios; de una aspiración a purificación de Catastro y de influjo decisivo del Registro sobre aquél, jurídicamente considerado, sin o con «cédulas», pero con valor incontrovertible del Registro como único «título real», comunicado al Catastro; con ubicación de las fincas registrales *en el Plano catastral*, cualquiera que sea su utilidad, más o menos dudosa; con la «coordinación» que sabe lo que se propone, que se organiza a la finalidad que busca y actúa con los medios de que dispone.

Sistema español de Catastro que, tal vez, además de ser el único adecuado al sistema jurídico español, resulte superior a los extraños, como tantas otras veces.

Por de pronto, que en la «hermandad de ambos cuerpos» no los haga gemelos. Menos todavía siameses. Y de ningún modo, monstruo sobre monstruo, sitúe el noble órgano jurídico en el cuerpo del Catastro, sustrayéndolo del del Registro de la Propiedad. Que no haga de la «coordinación» un acueducto, como hizo un mito jurídico del Catastro.

Podría ser edificado sobre las siguientes bases:

Primera. A la creación o confección del Catastro.—En este período, el Catastro se basa en los títulos de propiedad que se presentan, a más de otros medios que ahora no interesan; si entre ellos hay documentos inscritos en el Registro de la Propiedad, el Catastro pondrá nota a continuación, en el título presentado, haciendo constar el polígono y parcela catastral, con lo que dicho título contendrá exacta referencia de los datos catastrales y de los jurídicos, quedando coordinados en tal forma.

Ahora bien: los datos jurídicos son exactamente, en cuanto al titular, los del Registro, como se ve, y se imponen al Catastro inexorablemente; en cuanto a la cabida, ocurrirá exactamente lo mismo, si bien el Catastro, en sus planos, podrá y deberá demarcar la cabida real que a su juicio técnico compruebe sobre el terreno, siquiera jurídicamente, en el título, sea mayor o menor, si bien para estos supuestos la línea sería doble, puntuándola en el plano con diferenciación, por analogía con lo dispuesto en el art. 47 del Reglamento de 30 de mayo de 1928, y sin aplicación de los arts. 54 y 55.

Tendrá las posibles utilizaciones prácticas que luego indicaremos. Por su parte, en el Catastro así formado constará la numeración, foliatura, etc., que la finca tiene en el Registro de la Propiedad, tomadas del título presentado. Ese título, copia presentada para la iniciación del Catastro, así coordinada por nota puesta en ella, aún no ha llegado al Registro de la Propiedad después de esta primaria coordinación. Es un medio todavía, para otro fin más completo. En este punto puede seguirse un criterio u otro: el primero será el que el Catastro tenga obligación de comunicar al Registro que ha puesto la nota «coordinativa» en el título exhibido, finca número X, y, consecuentemente, el Registro anote a su vez, al margen de la inscripción de ésta, el número de polígono y parcela que tiene en el Catastro; el segundo será que no tenga esta obligación inmediata, puesto que igualmente sin ella, a su debido tiempo, se tomará razón de ello en el Registro, como veremos después.

Con posterioridad a la creación del Catastro.—En este período llegarán al Registro títulos basados en inscripciones anteriores. Podrá ocurrir que en el documento que ha servido de título anterior constase o no constase la nota catastral de fijación de polígono y parcela a que antes nos hemos referido. Si constaba, el Notario habrá debido hacerlo constar en el título transmisivo que se presenta a inscripción, obligatoriamente. Y el Registro, a la vista de ello, procederá como sigue: si ya constare también la referencia catastral anotada, por haberle sido comunicada por el Catastro (en el criterio de obligatoriedad de esta coordinación primaria), o por razón de otras transmisiones anteriores, comprobará la «coordinación» complacidamente; y si no constaba la referencia catastral (por no obligatoriedad de aquella notificación de Catastro a Registro), la practicará el Registro ahora, consignando en la inscripción que efectúe el número de polígono y parcela que le muestre el documento. ¿Lo comunicará, a su vez, al Catastro? En nuestro afán de simplificación, no lo estimamos necesario, puesto que, por su propio paso, en su día, al pretender el alta de contribución, ese título llegará al Catastro, que podrá «coordinarse» consignando en su libro el número registral de la finca.

Veamos ahora el supuesto de que en el documento que ha servido al Notario de título del transmitente no se hubiera consignado la

nota de referencia : ni el Notario ha podido mencionar nota catastral alguna, ni el Registro puede actuar coordinativamente todavía ; pero en su día, al ser presentado el título en el Catastro a efectos contributivos, deberá éste poner la nota «coordinativa» de referencia al polígono y parcela, iniciándose así el proceso coordinativo que hemos indicado.

Puede todo ello combinarse, facultando a los titulares para obligar al Catastro a esa iniciación, presentando los títulos para la consignación de la nota inicial en cualquier momento.

Anotaremos aquí la posible utilización de los datos catastrales en relación a la mayor cabida resultante del plano, después de una coordinación efectuada en la forma expresada, para dar entrada en el Registro a las rectificaciones en cuanto a la inscripción, etcétera, etc., si bien señalaremos que, en todo caso, ello será en virtud de las disposiciones jurídicas que dicte la Ley Hipotecaria para su propio sistema. Y podríamos comprobar, imaginariamente, la perfecta correlación de sistemas de Registro y Catastro, sin interferencias, con utilización, cada uno, de su propio juego, en los supuestos de aplicación del art. 205 y análogos. Apuntaremos aquí que, gracias a ese deslinde e independencia de campos, no resulta preciso que las rectificaciones de cabidas o transcurso de los dos años de suspensión de efectos de determinadas inscripciones sean también «coordinadas» directamente en el Catastro, por ser cuerpo privativo del Registro, y éste su fuente directa de información para el particular.

Segunda. En forma análoga se procederá en los casos de segregaciones, agrupaciones y divisiones materiales de fincas, haciéndose las oportunas referencias a los polígonos, parcelas e inscripciones de las fincas a que se contraigan.

Siempre el Catastro toma los datos jurídicos que le impone y le suministra el Registro. Se coordina sobre el título jurídico. Y en éste se identifica como finca catastral, cumpliéndose el principio lógico: el Catastro proporciona y da información física (polígono y parcela) al Registro, y éste da a aquél información jurídica incontrovertible.

Sinceramente confiamos en los resultados satisfactorios de este sistema. Incluso creemos que con él queda abierto el camino al primitivo anhelo de creación de cédulas parcelarias, títulos reales, que

serían de primera categoría, y que, no obstante el juego de ilusionismo que hemos denunciado, tal vez seduzca todavía a algún recalcitrante.

De todos modos, comparando el Catastro conseguido con este sistema con los extranjeros, tendríamos: a) que éstos disponen de un Catastro que tiene una serie de utilidades. Las mismas, exactamente, que el logrado por nosotros; b) que aquéllos, jurídicamente, gozan, o tal vez sufren, de un sistema inmobiliario que dicen ser absoluto. Nosotros, por el contrario, sólo disponemos de un sistema relativo, que antes llamábamos «de terceros». Finísimo. Muy superior al absoluto; c) que aquéllos disfrutan de un alcance general de todo el territorio nacional, pues nada ha quedado, ni quedará, fuera del Registro, obligatorio y sin duda de perfección y regularidad contractual y titular garantizada perpetuamente respecto de todas las fincas, aunque para ello hayan tenido que efectuar una leva de fincas forzada, general, impuesta coactivamente, y en consecuencia con un estilo «catastral» desenvuelto y ligero, que horrorizaría a nuestros meticulosos hipotecaristas. Nosotros, en cambio, disponemos de un cuerpo de fincas inscritas, seleccionadas registralmente del aporte de las antiguas Contadurías de Hipotecas y de las nuevas inscripciones filtradas y purificadas por la sabiduría y humanidad del primitivo art. 20, hoy 205, expediente de dominio e informaciones de posesión, tan útiles y, posiblemente, readmitidas en su día, cuerpo que, ciertamente, es parcial, pero que aspira a ser total, a través de un incesante aumento de inscripciones que, a compás de la realidad y certeza de su contenido, se produzcan en términos que justifiquen su incontrovertibilidad jurídica respecto de terceros, que es, precisamente, lo humano y suficiente. Muy superior a aquéllos; y d) que tienen un personaje fabuloso: Juez-Notario-Registrador. Nosotros también los tendremos, pero cada uno en su sitio. En el que deben ocupar.

Pongamos un ejemplo aleccionador, casi demostrativo de todo lo que exponemos e incluso revelador del juego de ilusionismo jurídico denunciado en líneas anteriores.

Aquel que se propone comprar una finca procederá en la misma forma que cuando proyecta comprar un Goya: se cerciorará primero de la existencia real del cuadro, directa y personalmente, viéndolo, y no por medio de una copia del mismo, por confusión.

examinará luego su estado material, los posibles deterioros de cualquier clase que sean y obtendrá la garantía pericial de que es un auténtico Goya. Por último, decidirá o no su adquisición en el precio señalado.

Por su parte, el posible comprador de la parcela se cerciorará de la existencia real de la misma, desplazándose al campo, aun cuando se halle reproducida en la cédula parcelaria que le exhibe el vendedor, máxime teniendo en cuenta que pueden haber variado sus cultivos o helado el arbolado, y para saber quién es el dueño, acudirá al Registro de la Propiedad, donde se cerciorará en forma incontrovertible de tal extremo, obteniendo un certificado decisivo. Si le preguntamos seguidamente para qué le ha servido el «título real», quedará sorprendido. Y más sorprendido todavía si le aseguramos que ha sido la garantía jurídica de incontrovertibilidad del título de vendedor, lograda mediante un aparato complicado, una de cuyas piezas es la «coordinación» de Catastro y Registro de la Propiedad.

Contestaremos por él: para nada útil, directa ni indirectamente. No podíamos esperar otra cosa, porque el «título real» no es más que una doble reproducción de dos realidades comprobadas directamente y que, necesaria y racionalmente, debe comprobar en sus originales: certeza terrestre y Registro de la Propiedad.

Y añadiremos: el Registro de la Propiedad ha actuado exactamente como esperábamos: dándole la seguridad jurídica que buscaba.

En cuanto al Catastro, jurídicamente no le interesa, puesto que el Registro ha colmado su anhelo jurídico. Y en cuanto a la parte física y gráfica, tampoco le ha sido útil, pues ni siquiera le ha evitado el desplazamiento al campo.

Y resultaría pueril sostener que se ha ahorrado el certificado del Registro, o que le resultará más cómodo y seguro localizar personalmente la finca ofrecida, por los datos de polígono y parcela, a la vista del plano, que mediante inquisición directa del labrador, propietario o colindante que le acompañen, que pueden darle el cambio que supone no dieron al Catastro.

De cuanto llevamos expuesto, podemos sacar las siguientes conclusiones: el Catastro, en su iniciación, se justificó como aparato para llegar al «título real». Para lograrlo, ha de apoyarse jurídica-

mente en el Registro de la Propiedad. Siendo el Catastro general, toda la propiedad territorial ha de hallarse inscrita en el Registro de la Propiedad, único suministrador de incontrovertibilidad jurídica. Para ello se precisaría que la inscripción registral fuera obligatoria, y además que toda la titulación territorial fuera perpetuamente perfecta, ya que es la única inscribible. Si basándose en que ello existe pretende montar la «coordinación», resultará ésta tan irreal como lo son en España los supuestos de que parte. Hay que replantear el estudio del Catastro, Registro y coordinación con bases españolas ciertas.

Aquí debiéramos terminar este trabajo, mas resulta que hemos llegado demasiado lejos.

Pretendiendo demostrar que del Catastro, como realización jurídica, se ha hecho un mito, buscando dejarlo reducido a sus verdaderos límites, hemos llegado a un punto en que vacila también en cuanto a su utilidad no jurídica, sino gráfica y física.

La primera reacción es de perplejidad. La inmediata, de seducción ante su análisis mediante la entrada a fondo en su entraña.

Como divertimento intelectual, ahora. Sin otra pretensión. A base, en adelante, de fantasía y atrevimiento tan sólo. Porque, en definitiva... ¿dónde nos puede conducir?

¿Acueducto, mito, charada, realidad? ¿Mito total y absoluto del Catastro, no ya jurídicamente, sino como tal Catastro? De todo hay en la viña del Señor. Porque es evidente que del mismo modo que hemos hallado un campo netamente jurídico, que el Catastro ha pretendido hacer suyo sin serlo, por tener finalidad específica propia, cumplida a la perfección por otros organismos (Registro de la Propiedad), estamos obligados ahora a examinar si las restantes finalidades no jurídicas son resueltas igualmente por otros organismos que, concebidas con independencia del Catastro, aun cuando aparezcan involucradas de hecho en él, subvienen cumplidamente a las que éste afirma ser de su exclusiva misión, justificándolas en tal forma o supervalorizándose hasta desdibujar su silueta exacta como tal, en contornos superiores y excesivos

Comencemos por la parte agronómica: Compendia, señala y determina el estado agronómico del territorio sobre que actúa. Labor concreta, realizada por el cuerpo especial de profesionales con la perfección que se espera de su indiscutible pericia. Bien sea por

masas de cultivos o con su complemento de determinación perimetral de fincas. Sin que para ello, hasta ahora, sea necesaria la reproducción gráfica en un plano. Bastando su constancia y realización documental. Sirve a sus fines primordiales de información política para las aplicaciones estatales que la precisen. Obsérvese que aquí no tratamos de si es mejor o peor que exista el plano, sino que soslayamos esta cuestión, puesto que buscamos otra conclusión independiente de ésta.

Conclusión que es la siguiente: la parte agronómica no es propiamente el Catastro como tal, teniendo vida independiente del mismo, cualquiera que sea la asimilación que se pretenda. No es el acueducto, sino en todo caso el material que para su construcción se precisa.

No es tampoco la finalidad del Catastro como tal, sino en todo caso cumplirá una de las finalidades perseguidas por el Catastro, pero aún formando parte del mismo, los términos expuestos podrán ser diferenciados mental y efectivamente. Tiene sus propios problemas y los resuelve por sí solo.

PARTE FISCAL.—Evaluación de fincas. Puede afirmarse lo dicho para la parte agronómica. Resuelve su propio problema con arreglo a los principios que adopta para resolverlos. En ello está su misión específica, su triunfo o su fracaso, y en ningún caso centra como necesario, y menos como fin propio, la determinación gráfica de la finca en el plano catastral.

Resulta ahora, por eliminación, como misión específica y privativa del Catastro, la formación del plano parcelario o parte perimetral gráfica. Labor geométrica.

Y, o bien se afirmará que tal planificación es justificación, en sí y por sí sola, de la creación catastral, o bien se sostendrá el criterio de que es esencial e imprescindible para lograr las finalidades agronómicas y fiscales del Catastro, que la exigen como elemento necesario para aquellas finalidades, con lo que se pretendería justificar plano y Catastro, identificando éste con su finalidad y con el plano.

Argumentación capciosa que vimos utilizada al tratar de su parte jurídica, y que ahora dejamos desvanecida en las líneas anteriores, que a lo sumo permiten concluir lo siguiente: la justificación del

plano es que ayuda a la parte agronómica y evaluatoria, aún extracatastral, con tal eficacia que habrán éstas de acogerse al Catastro, practicadas al unísono con él, y con identificación o fusión de cuerpos y finalidades en el único y complejo de aquél.

Es decir, que es órgano de perfección de la finalidad perseguida por la labor agronómica evaluatoria (como antes afirmo respecto de la jurídica), que atrae a su seno.

Habrà que ver si esa perfección que se pretende justifica al Catastro, que hemos afirmado que en esencia y esqueleto es la perimetración gráfica de las fincas en un plano que reproduce la superficie terrestre sobre que opera.

En este punto, ni entramos ni salimos. Quede a la consideración del lector. Pero sí haremos constar que los argumentos esgrimidos hasta la fecha en loa del Catastro, casi absorbentemente, han sido de tipo jurídico.

Y entramos en el examen del Catastro escueto o reproducción gráfica de la corteza terrestre en fincas.

En sí mismo considerado, es la formación de un plano. Ubica las fincas reales en un plano. Pero, como aquí lo examinamos, en esqueleto, despojado o diferenciado de sus secciones jurídicas, agronómicas y fiscales, *es el plano tan sólo su propio fin*. Fin cuya justificación tratamos de hallar directamente como tal fin, no como medio (siquiera se afirmase indispensable al fin último del Catastro), de otra finalidad. Su fin inmediato y único, ahora, es ubicar las fincas en un plano que reproduce la superficie terrestre que existe previamente. Ubica, pues, de la corteza terrestre al plano.

Y el plano le sirve para ubicar las fincas en la corteza terrestre, donde de hecho están ya ubicadas. ¿Para qué?, preguntaremos. ¿Qué juego de destreza es éste? ¿A qué responde en sí mismo considerado? ¿Responde a las ideas relativas de utilidad general, agronómica, fiscal y jurídica? ¿Justifican éstas el juego complicado que supone el Catastro?

¿No será algo más, que explique ahora el prestigio de esa ubicación doble, su influencia en los descubrimientos y realizaciones modernas, como un tópico consagrado a través de pensamientos poco matizados, de deducciones en bloque, y precipitadas conclusiones?

Porque, podemos añadir, para concretar los datos de la charada a resolver, que el Catastro responde a una idea matriz, anterior al

desenvolvimiento de las ideas agronómicas, fiscales y jurídicas que claman ahora por él, ilusionadas; que milenios antes de Jesucristo debió ser una realidad total, absorbente, base de desenvolvimientos fiscales, agronómicos y jurídicos, puesto que se creó armada de todas las armas, como un cuerpo propio que tendría, por lo tanto, una finalidad que se imponía como necesaria: formación gráfica del plano de fincas, como objeto inmediato y específico, bajo cuyo amparo, y como suplementarias finalidades del mismo o tal vez integrantes o identificadas con él, por carecer de órganos propios de actuación, se desarrollaran las fiscales, agronómicas y jurídicas.

Pero, como única idea matriz, la ubicación en el plano catastral de las fincas ubicadas previamente en la corteza terrestre.

Con estos datos resolutivos, habremos de remontarnos al origen mismo del Catastro.

Volvamos la mirada a las primitivas civilizaciones, madres de las actuales, creadas al amparo de la fertilización de las tierras y valles por los grandes ríos: Nilo, Eufrates, Indo, Tigris, Río Amarillo (y tal vez sería curioso, modernamente, el río Tarnese, en relación a los problemas derivados de sus terribles inundaciones, tal vez abordados desde el punto de vista que aquí interesa, a la realización de su encauzamiento y distribución con arreglo al proyecto del presidente Roosevelt, en 1933).

Fertilidad originada por la fecundación de sus valles con las crecidas periódicas de los ríos. Situándonos, con la imaginación, en el valle del Nilo, cuna de la civilización egipcia, milenios antes de Jesucristo, veremos que, a consecuencia de las inundaciones periódicas, ordinarias y extraordinarias del río, quedan borrados todos los límites de las fincas inundadas, convertida en una superficie única, corteza terrestre indiferenciada, compacta y uniforme.

A la retirada de las aguas, sería preciso situar las fincas que padecieron la inundación, en el lugar y sitio que anteriormente ocupaban en la superficie o corteza terrestre.

Bien se ve que el Registro jurídico, si existiera, no serviría a tal finalidad. Por perfecto que fuese, faltarían las referencias físicas, a puntos señalados.

Por el contrario, surge la idea primaria—ubicación—que pone su sello en el mismo nombre del aparato solucionador del problema. Katastizo, griego, etimológicamente: «distinguir por puntos».

Surgirían las precisiones básicas y fundamentales, configuradoras del Catastro, y determinativas de su vitalidad, que perdurarán mientras subsista.

A saber :

a) Principio gráfico. Necesariamente ha de determinar gráficamente las fincas que existan en la corteza terrestre antes de la inundación del Nilo. Situándolas en un plano, gráficamente, que reproduzca la superficie en fincas. Para ello, ha de hacer referencia a accidentes naturales, hitos, mojones o señales que, subsistiendo después de retiradas las aguas, permitan situar las fincas en su respectivo lugar, en la corteza terrestre, sirviéndose del plano. En una palabra : ubicación, o sea, triangulación geodésica y plano perimetral, poligonación del Catastro moderno.

b) Permanencia. O constancia sucesiva en el plano primeramente formado, de las rectificaciones y modificaciones producidas por las circunstancias posteriores, pues lo contrario sería absurdo. Moderno servicio de conservación del Catastro.

c) Finalidad fiscal y estadística, puesto que las tierras que no habían gozado de la inundación fertilizante, satisfacían un menor impuesto por tal causa. O sea, trabajos evaluatorios del moderno Catastro.

d) Base jurídica. 1) Generalidad. Obligadamente a su finalidad inmediata, tuvo que abarcar todas las fincas de todo el territorio afecto a las inundaciones. 2) Tomaría a su cargo la determinación jurídica del titular, sin pretensión de resolver este problema, tomándolo como se hallase en la vida civil sobre que operaba, anterior a toda idea de Registro de Propiedades. Pero actuó, sin duda, jurídicamente, constituyendo, a falta de nada mejor, un Registro catastral jurídico, germen, tal vez, del de la Propiedad primitivo, muy posterior a aquél. Es posible deducir que se serviría de las «declaraciones» de los propietarios «Declaraciones» que, siglos más tarde, vemos utilizadas jurídicamente en las iniciaciones del Registro de la Propiedad de Egipto, en los «Apografes», en el censo «Katoikian apografe», conservadas en el duplicado correspondiente a la «Bibliocake demosion logon».

Piedra sillar de un «acueducto» que, como vemos, sirvió primitivamente al Catastro y al Registro, superada por éste en la maravillosa construcción jurídica actual de su sistema inmobiliario, pero

que es aún utilizada en el número 2 del artículo 3.º de la Ley de 1906, provocando la antítesis jurídica de ambos, que hemos señalado.

e) Coordinación. En conjeturas y sin detalles, podremos deducir su existencia, en cuanto sabemos que la tierra «Katöke» se registraba doblemente, en la «Enkteseon bibliozeke» (de tipo civil) y en el registro especial de los «Katöke», como ramo aparte del Catastro. Y en plena fantasía, nada impedirá que consideremos como nota significativa de «coordinación efectuada», a la palabra «protos» de los papiros procedentes de «Fayun».

Podemos volver a la realidad actual. Tenemos un Catastro perfectamente logrado, incluso con «cédula-título real».

Pero ya no hay inundaciones periódicas de ríos. La perspectiva se achica y encoge. A lo sumo, de aquel precedente remoto queda una mutación de cauce de río.

Y también un flujo y reflujo de orillas, a causa de incursiones personales en los linderos de las fincas.

En ambos casos nos es útil el Catastro, jurídicamente. *En sólo ambos casos, jurídicamente.*

Para volver a ubicar, los acrecimientos y decrecimientos de las fincas, en la corteza terrestre, a la vista del plano catastral, en que se ubicaron de antemano cauces antiguos de ríos y viejas fincas, reproducidas de aquella misma corteza.

Mas observaremos, por último, que no es una labor jurídica sino física, que puede auxiliar, tal vez decisivamente, siquiera sea muy limitadamente, a la labor de los organismos de la vida jurídica: Registro de la Propiedad, Jueces y Notarios.

JOSÉ URIARTE BERASATEGUI

Notario

La norma de fijación de base en el Impuesto de Derechos reales

I. CONSIDERACIONES GENERALES

«La norma tributaria, como las demás—nos dice ANDREOZZI (1)—, constituye una unidad de contenido y forma; pero en el primer aspecto la voluntad de la ley puede tener una doble manifestación. Una es la creación de la obligación tributaria y la otra la determinación de categorías de situaciones jurídicas afectadas por el tributo, las que pueden adquirir distintos caracteres; es decir, que siendo en principio una la especie de situaciones jurídicas sobre las cuales recae el tributo, éstas pueden asumir en la práctica distintas especificidades.»

Creemos que, dicho con otras palabras, lo que el citado autor nos viene a decir es que la ley fiscal crea la relación jurídico tributaria, y que algunos tributos, atendida la finalidad que persiguen, pueden descomponerse en una serie de objetos tributarios (2), es decir, en un conjunto de figuras fiscales que el legislador consideró aptas para la imposición.

Brevemente expuesto, respetando los diferentes criterios doctrinales e incluso la variada terminología, entendemos que un objeto tributario requiere, por lo menos, tres elementos *esenciales*, a saber:

(1) «Derecho tributario argentino», tomo I, pág. 107.

(2) Según terminología que empleó nuestro Tribunal Supremo, en su Sentencia de 28 de enero de 1946.

hecho imponible, tipo impositivo y base liquidable. En los impuestos calificados de jurídicos, su naturaleza exige como elemento *natural* del objeto tributario un concepto jurídico que, concretamente en el Impuesto de Derechos reales, al gravar las transmisiones atendidos los actos y contratos que las provocan, aquel concepto se traduce en un negocio jurídico de carácter patrimonial. Por último, en los objetos tributarios, también podrán apreciarse elementos *accidentales*; y en el Impuesto de Derechos reales, aunque lo desnaturaliza, quizá merezca ese calificativo la forma documental en ciertos supuestos en los que para la debida exacción se exige la escritura pública, el documento judicial o el administrativo.

«Hecho imponible» es aquel que, en concurrencia con los demás elementos de un objeto tributario, cierra el ciclo constituyente de la relación jurídico tributaria, a su vez generadora del derecho de la Hacienda para la exacción del tributo, del deber de su Administración para exigirlo en el momento o plazo que la ley determina y de la obligación del contribuyente para satisfacerlo (3).

Generalmente, el hecho imponible coincide con el objeto del tributo, aunque son dos conceptos completamente distintos. El primero se debe a la finalidad que se persigue con el impuesto; el segundo se refiere al presupuesto de hecho que se considera apropiado, pro-

(3) La Ley del Impuesto del Timbre nos cita al «hecho imponible» en su artículo 49 al tratar del Timbre sobre la publicidad, pero en el artículo tercero alude al «devengo» como correlativo de la obligación de satisfacer el Timbre que nace y es exigible desde el momento de formalizarse el documento o de producirse el acto sujeto a gravamen.

Ese «formalizarse» y ese «producirse» marcan los hechos imponibles, por lo tanto el «devengo» es una consecuencia; pero en todos los supuestos no es exacto que lo que se *devenga* en el momento de formalizarse el documento sea también *exigible* en ese mismo momento, no sólo en los casos de exceso de Timbre, sino en los contratos de seguro, en donde no se ve el «Timbre por ningún lado, ya que, según el artículo 35 de la Ley, se satisfará en metálico.

Con referencia a la contribución de utilidades, un considerando de la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1956, dice que «devengo o derecho a la percepción de tributos, en esencia quiere decir lo mismo que nacimiento de la obligación de tributar, ya que desde ese mismo momento nace el derecho de crédito a favor del sujeto activo; por ello si el devengo de la cuota es el momento concreto en que nace la obligación, no será otro en definitiva sino aquel en que la misma se perfecciona, siendo erróneo estimar el momento de la liquidación, o sea, el del acto administrativo de la determinación específica y material de la cantidad a pagar cuando la Ley no se pronunció expresamente autorizándolo.

Puede consultarse en la «IV Semana de Estudios de Derecho Financiero» «El devengo del impuesto, por ESPINOSA SAN MARTÍN.

picio, preciso o conveniente para lograr aquella finalidad. Por ejemplo, el arbitrio de plus valía, como sabemos, grava el incremento de valor de los terrenos urbanos, es decir, el valor obtenido y no ganado; sin embargo, dejando a salvo el procedimiento de tasas de equivalencia, el hecho imponible lo determina la transmisión de aquellos terrenos, porque en realidad lo gravado es el incremento de valor que se pone de manifiesto como consecuencia de la transmisión mencionada.

En el Impuesto de Derechos reales, el art. 44 del Reglamento permite afirmar que los hechos imposables son los actos y contratos; y para muchos el tributo grava los actos y contratos mediante los cuales se transmiten bienes. Si ello es así, en principio coinciden el hecho imponible y el objeto del tributo; sin embargo, mientras que el art. 2.º de la ley se siga expresando como hasta ahora lo hace, también se puede afirmar que lo verdaderamente gravado son las transmisiones, jurídicamente consideradas, y, en consecuencia, indirectamente resultan gravados los actos y contratos, que, en realidad, lo que hacen es marcar la intensidad del tributo y los tipos impositivos, en los que también influyen la naturaleza de los bienes en las transmisiones a título oneroso. Por eso hemos dicho que el concepto jurídico es un elemento natural del objeto tributario.

También en el Impuesto del Timbre, al gravar los documentos públicos y privados acreditativos de actos o contratos, mencionados en el art. 9.º de la ley, el concepto jurídico es un elemento natural, de la misma forma que el documento real o el preceptivo lo es esencial; pero, a diferencia del Impuesto de Derechos reales, aquel elemento natural no influye para nada en los tipos impositivos. Sólo la base liquidable gradúa la intensidad del tributo (4).

(4) Por eso, el principio de calificación fiscal que consagra el artículo 27 del Reglamento de 22 de junio de 1956, sólo afecta a la base liquidable. En el Impuesto de Derechos reales puede afectar a la base, al tipo impositivo y al sujeto pasivo de la relación jurídico tributaria.

Entre los dos impuestos hay un divorcio en lo que a las bases liquidables se refiere, porque el sometimiento del Impuesto del Timbre al resultado de la comprobación de valores, es en tanto en cuanto ese resultado arroje mayor base. Está doctrinalmente justificado el «divorcio», aunque no lo esté el «sometimiento»; pero en cambio se ha querido unificar el criterio de calificación, por eso el apartado 3) del artículo anteriormente citado, nos dice que si los documentos sujetos a timbre se refieren a actos o contratos sometidos, a su vez, al Impuesto de Derechos reales, la calificación que se practique con sujeción a la legislación de este último impuesto servirá también para determinar el reintegro procedente, salvo las excepciones que determina.

En la mayoría de los impuestos, la «base», como la denomina el del Timbre, o la «renta líquida», como la califica la Contribución sobre la Renta, o la «base de imposición», como nos dice la Contribución de Utilidades, o la «base liquidable», según expresión del Impuesto de Derechos reales, generalmente está integrada por una magnitud que, según el tributo de que se trate, será de superficie, de peso, de volumen, de potencia y también, generalmente, de valor, que a su vez podrá serlo de capital, de renta o beneficio, de precio de bienes o servicios, de coste de producción o de consumo; en definitiva, valor—repetimos—, que al igual que las demás magnitudes, tiene su patrón o unidad de medida, que en nuestra patria es la peseta.

ALBIÑANA (5), equiparando el beneficio fiscal con la base impositiva, define a ésta como «cifra sobre la que ha de girarse el tipo de gravamen correspondiente». LÓPEZ BERENGUER (6) entiende que «la base imponible es la medida de una cierta dimensión del objeto del impuesto, que sirve para concretar la cuantía de la deuda tributaria mediante la aplicación del tipo fiscal correspondiente». Quizá en el Impuesto de Derechos reales fuera más gráfico decir: «masa de bienes o derechos expresada en dinero, llamada a sufrir determinado tipo impositivo».

Porque claro está que en los impuestos como el de Derechos reales, en donde juega como factor imprescindible el valor de las cosas, es elemental hermanar dos ideas: una, la que hace referencia a las cosas mismas, es decir, a la materia que debe determinarse a los efectos de la valoración; otra, la que atiende a los procedimientos o métodos para valorarla. Por eso en el citado impuesto serán normas de fijación de base todas aquellas reglas contenidas en su ordenamiento que tengan por objeto concretar la masa de bienes y el valor de esa masa sobre la que se aplica el tipo impositivo.

Por lo que se refiere a la concreción del valor, después veremos que hay dos sistemas, uno de ellos exclusivo del Impuesto de Derechos reales (7). En definitiva, en busca de apoyo y descanso de

(5) «Tributación del beneficio de las Empresas y sus partícipes», pág. 6.

(6) «Las bases liquidables en el Impuesto del Timbre», «IV Semana de Estudios de Derecho Financiero», pág. 11.

(7) En el Impuesto del Timbre, la regla cuarta del artículo 9.º de la Ley con referencia a las declaraciones de obra nueva, nos cita a una «comprobación reglamentaria» que después, según el artículo 37 del Reglamento, resulta ser la comprobación del valor real de la obra por cuantos medios de

nuestras posteriores argumentaciones, queremos dejar sentado que en ese tributo, siempre en relación con la base liquidable, hay que distinguir cuatro clases de normas: 1.ª, normas que fijan y concretan masa; 2.ª, normas que concretan y fijan valor; 3.ª, normas que proporcionan medios para comprobarlo, y 4.ª, normas que ordenan o permiten la adición o deducción de determinados valores. A éstas y las dos primeras se las generaliza como normas de fijación de base liquidable.

II. LA NORMA QUE FIJA MASA Y EL CONCEPTO PROPIO EN EL IMPUESTO DE DERECHOS REALES

El art. 60 del Reglamento de ese tributo nos dice, en el capítulo que dedica a la «Base liquidable», que el impuesto recae sobre el *verdadero valor* que los *bienes y derechos* tuviesen el día en que se celebró el contrato o se causó el acto; es decir, que el precepto reglamentario, aceptando la idea anteriormente expuesta, nos alude a los bienes y derechos transmitidos y al valor de los mismos en el día en que se transmitieron, con deducción de las cargas y gravámenes que disminuyan realmente su estimación, exigiendo, en consecuencia, concretar la masa de bienes y derechos transmitidos para también concretar después su valor; aunque, claro está, que cuando los bienes o derechos de que se trata son valores dinerarios en pesetas, las normas que fijan la masa también cantan su valor (8). Tal

prueba pueda utilizar la Administración. Se trata de un precepto esporádico, aunque indudablemente refleja una comprobación de valores, pero no permite sostener que sea un sistema aceptado por el ordenamiento tributario.

En la legislación del Timbre derogada, se decía que «*si con motivo de la liquidación del Impuesto de Derechos reales se le fijara mayor valoración al objeto...*», el interesado vendría obligado a pagar la diferencia por Timbre. La actual Ley nos dice que «*cuando, teniendo en cuenta las reglas de comprobación establecidas por la legislación del Impuesto de Derechos reales, se obtuviera un mayor valor o precio...*», sucederá lo mismo. Y hay quien entiende que ello permite comprobar valores en el Impuesto del Timbre, e incluso, en un supuesto de comprobación voluntaria, no comprobado en el Impuesto de Derechos reales, que posteriormente se comprueba por la Inspección del Timbre, resultando un aumento de bases, pregunta, ¿puede exigirse una nueva liquidación del Impuesto de Derechos reales? El autor a que nos referimos se inclina por la contestación afirmativa.

(8) Por lo menos, el máximo, aunque puede ocurrir que no sea el verdadero. Una hipoteca no vale lo que pregona, si la finca que la sufre vale menos. Llegado el momento de realización del valor para detracer el importe de aquélla, se verá que el valor de la hipoteca era ficticio. Lo mismo se puede decir de la prenda y del fiador insolvente. Por eso, en las anotaciones de embargo en donde no actúa la voluntad del embargado, el Tribunal

ocurre, entre otros casos, con los préstamos, las fianzas y las hipotecas, es decir, en todos los supuestos en los que vulgarmente se dice que no hace falta comprobar valores.

En principio, y por regla general, los bienes que se transmiten, atendido el acto o contrato sujeto a tributo, ofrecen la masa económica sujeta a valoración; sin embargo, esa regla general puede sufrir ciertas excepciones en virtud de normas que ampara el Reglamento del Impuesto, unas veces obligando a la adición de bienes concretos, como sucede respecto de la masa hereditaria con los preceptos que contienen los arts. 75 al 79 (9); otras, permitiendo la exclusión, como en los supuestos que regulan el apartado 16) del art. 31 y el 102 (10); pero al lado de esas normas hay otras que actúan para fijar una base o masa que en ocasiones fiscalmente se entiende transmitida, aunque realmente no existe transmisión; o que se transmite por concepto que, también fiscalmente, se repudia para imponer un concepto propio. Estas últimas prestan cierto interés, porque son las causantes, inspiradoras o determinantes de un nuevo objeto tributario al margen de la declaración del contribuyente y de la naturaleza jurídica del acto o contrato sometido a liquidación.

* * *

Vamos a tratar de explicarnos mejor, aunque para ello, desviándonos un poco del tema, también tratemos de dar una previa idea de los conceptos propios en derecho fiscal, en busca de la conexión con ese concepto propio a que hemos aludido, todo en nuestro modesto entender.

Por lo pronto, cuando se habla de «conceptos propios en derecho fiscal», hay que centrar la idea en los «conceptos propios de cada *ordenamiento fiscal*», porque, en efecto, debe tenerse en cuenta que no se trata de conceptos aceptados y generalizados en todas las manifestaciones de la disciplina, sino que brotan en cada uno de aquellos ordenamientos al socaire de la naturaleza jurídica del tributo de que se trate, de tal forma que no sería difícil, con referencia a un

Central viene declarando que la base liquidable debe ser el verdadero valor de las fincas embargadas.

(9) En las transmisiones onerosas, la adición al precio del importe de la hipoteca, como después veremos, es concepto distinto que actúa en la comprobación de valores, pero como elemento del valor declarado.

(10) No hay que confundir la adición o exclusión de *bienes* con la adición o deducción de determinados *valores*. También lo veremos después.

concepto de derecho privado, señalar supuestos en los que fiscalmente se ofrecen conceptos propios completamente distintos.

Para nosotros, en el orden fiscal, concepto propio es aquel que acepta una ley de tal carácter al margen del derecho positivo privado; o lo rectifica, si ese derecho se lo ofrece, o lo impone, repudiando al que jurídicamente corresponde.

Lo acepta cuando, ausente el concepto de nuestro derecho privado positivo, recoge los supuestos de hecho que muestra la realidad, aunque limitados a los efectos que le interesa. Posiblemente por esa razón no realiza una labor perfecta. Son aquellos supuestos doctrinalmente más o menos discutidos en los que la norma fiscal, también más ágil, más atrevida o de más urgente aplicación, se ve en la necesidad de actuar en vanguardia, sin perjuicio de que después, generalmente, el derecho privado perfila el concepto y lo configura con más tecnicismo (11).

Los conceptos a que acabamos de referirnos son de tal categoría que no merecen ser calificados de conceptos propios del derecho fiscal, porque son figuras que se mueven en el mundo jurídico—como los peces en el agua—con una vitalidad autónoma dentro de la ciencia del Derecho en general, aunque por primera vez cristalicen en el derecho positivo a través de leyes fiscales. El Derecho es una cosa y la ley es otra. Por otro lado, en el Impuesto de Derechos

(11) Estos son los casos en los que no se puede hablar de autonomía del Derecho fiscal ni se puede alegar que las normas del Derecho fiscal son de preferente aplicación a los preceptos generales del Derecho substantivo, como alega la Resolución del T. E. A. C., de 5 de octubre de 1954, al apreciar en la fusión de Sociedades la liquidación de una de ellas. Sabido es que el apartado 15) del artículo 19 del Reglamento, en los casos de fusión, permite la exacción por el concepto de disolución cuando aquélla se acuerda después de cumplido el término durante el cual se constituyó la Sociedad o Sociedades absorbidas, o existe acuerdo expreso de ponerlas en liquidación. Como actualmente la Ley de Sociedades Anónimas ordena el traspaso de los patrimonios en bloque y no acepta las que doctrinalmente se calificaban de fusiones impropias, no cabe apreciar una liquidación que desnaturaliza la fusión y por consiguiente todos aquellos preceptos fiscales que admitían el concepto hay que considerarlos derogados.

La vigente Ley del Timbre ya no desconoce el concepto de fusión y nos dice que la base liquidable será el capital social; pero en el Reglamento, apartados 8) y 9) del artículo 38, nos advierte que en el supuesto de fusión en el que surge una nueva Sociedad, no se apreciará la disolución; y que en el supuesto de absorción tampoco se apreciará ni la disolución ni el aumento de capital; pero no es una concesión que hace la legislación sobre Timbre, sino una consecuencia de la naturaleza de la fusión de Sociedades. Lo mismo uno que otro impuesto, en la calificación fiscal, ordenan que se realice de acuerdo con la naturaleza jurídica de los actos o contratos.

reales, por regla general, esos conceptos, mal calificados de conceptos propios (12), se diferencian de todos los demás que vamos a citar en que no están inspirados por la idea de prevenir la evasión y evitar el fraude, sino que se orientan en el sentido de configurar nuevos objetos tributarios, aumentando el área impositiva, o regulando la debida exacción de otros.

Los verdaderos conceptos propios en el Impuesto de Derechos reales se caracterizan—precisamente por ser esencialmente jurídico—porque no entrañan nuevas ideas, ni marcan nuevas perspectivas, ni aceptan puramente los institutos del derecho privado. Son conceptos, repetimos, preñados de desconfianza y recelo, que surgen animados de un espíritu contradictor, siempre en defensa de la debida exacción del tributo, buscando la equidad tributaria, cortando habi- lidades, saliendo al paso de simulaciones y procurando evitar el fraude. Se desvían del derecho privado no por afán de rebeldía, sino por necesidad imperiosa. Y es aquí en donde el derecho privado tiene que ceder, como realmente cede, y en donde se dibuja y justifica perfectamente lo que se viene calificando de autonomía del derecho fiscal (13).

Esos conceptos con espíritu contradictor a que hemos aludido presentan dos facetas: una de ellas simplemente correctora, la otra en abierta oposición con el derecho privado. En la primera aceptan el concepto que el derecho privado ofrece, pero modificándolo o condicionándolo en alguno de sus elementos o en los efectos jurídicos que le corresponden. Un ejemplo claro es la adopción, que no goza de la consideración fiscal cuando recae sobre persona que sea menor de treinta años al tiempo de ser adoptada. Sin embargo, los verdaderos conceptos propios relacionados con la base liquidable a que nos hemos referido son los comprendidos en la otra faceta contradictora. En tales supuestos, la norma fiscal no se limita a corregir, sino que niega abiertamente el concepto que se desprende del derecho privado, imponiendo el propio. Son los casos que para el li-

(12) Los autores suelen señalar como casos clásicos el contrato de suministro y el derecho de opción, antes de que este último lo regulara el Reglamento Hipotecario.

(13) Dice SAINZ DE BUJANDA («Hacienda y Derecho», pág. 41): «Cuando la Ley fiscal amplíe o reduzca las definiciones o conceptos de instituciones jurídicas formuladas en otras leyes para acomodarlos mejor a las exigencias de la tributación, es evidente que deberá prevalecer el mandato de la Ley fiscal».

quidador implican calificación forzada o, si se quiere, hipótesis en las que se prescinde de toda calificación y el órgano de gestión se ve obligado a aceptar el concepto ordenado por la ley.

En estos casos podrá observarse que el concepto que ordena la ley lo motiva o lo provoca una masa de bienes, y en algunos supuestos un exceso de valor; es decir, el concepto surge precisamente por esa masa o por ese exceso, previamente determinado por una norma. Ejemplos de masa pueden serlo: los bienes que constituyen el legado fiscal—porque así merece denominarse—, o sea aquéllos que han sido transmitidos por el causante de una herencia en el período de tres años anterior al día de su fallecimiento, reservándose el usufructo de los mismos cuando el adquirente resulta ser persona distinta del heredero, según ordena la letra *b*) del apartado 1) del art. 75 del Reglamento; los bienes en comunidad constituída para la explotación de un negocio mercantil o industrial que tributan por constitución de Sociedad, según el apartado 28) del art. 19, artículo éste en donde se pueden apreciar otros casos. Ejemplos de exceso de valor son los supuestos de cesión a que se refieren los apartados 9) y 10) del artículo 9.º, y los de cesión y adjudicación para pago a que alude el apartado 2) del art. 19, en los que se aplican los tipos que corresponden a los bienes muebles o inmuebles, sin que quepa hacer más distinciones en la hipótesis de que entre aquellos bienes que se entienden adjudicados existan valores mercantiles o industriales, como se deduce de la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1953.

Ahora bien, si con ocasión de un acto por el que no se transmite se ordena la exacción de un tributo que grava las transmisiones, sucede una de estas dos cosas: o se desnaturaliza el tributo, o se grava un acto o contrato distinto de aquel que se dice sujetar a tributación. En este caso, en el Impuesto de Derechos reales podría señalarse otra categoría de conceptos propios, como serían, por ejemplo, la prórroga y la transformación de Sociedades. Es decir, actos y contratos en los que se gravan transmisiones que no existen.

III. LA NORMA QUE FIJA VALOR Y LA COMPROBACIÓN DE VALORES

Una vez que se conoce la masa de bienes que se transmite o que se considera transmitida, atendiendo a la naturaleza jurídica del

acto o contrato transmisor o al que impone el legislador, el impuesto recae sobre «el verdadero valor». Y hemos querido aislar la norma que fija valor diferenciándola de la que fija masa precisamente para enfrentar aquélla con la comprobación de valores, porque en el Impuesto de Derechos reales se llega al «verdadero valor» de los bienes o derechos transmitidos en virtud de dos sistemas completamente distintos; uno de ellos implica el que pudiera calificarse de «verdadero valor entendido», en el que nada hay que averiguar; el otro, de «verdadero valor comprobado».

El primer concepto es de aplicación a casos específicos. El legislador da una norma y entiende que, estrictamente cumplida y ajustándose a su mandato, se llega a obtener un valor que es el verdadero, cualesquiera que sean el valor real o el venal en su caso. La norma es puramente reglada. El juicio de la Administración no actúa y el órgano gestor se limita a la «aplicación» de la norma, de tal forma que el valor que resulte siempre se debe a la ley; en cambio, el resultado de la comprobación de valores es fruto de tres elementos, a saber: la declaración del contribuyente, la norma legal al indicar los medios para comprobar esa declaración y el criterio exclusivo del órgano gestor para aplicar los medios mencionados que considera convenientes a la finalidad perseguida. Pero esto no quiere decir que sean puramente discrecionales las facultades de la Administración en orden a la comprobación de valores, sino que se acepta un sistema mixto que consiste en determinar cómo y cuándo la Administración puede actuar discrecionalmente (14); es decir, se condiciona su actuación de tal forma que los preceptos que regulan ese sistema puede decirse que encierran una doble potestad: reglada, en cuanto determinan los únicos medios de que la Administración puede valerse para la comprobación, y por ello, cuando aplica alguno no admitido expresamente, los Tribunales declararán la nulidad; discrecional porque acudiendo, en primer lugar, cuando de fincas se trata, a los datos de los amillaramientos, Registros fis-

(14) Dice ROYO VILLANOVA («Elementos de Derecho Administrativo», tomo I, pág. 74) que no existen actos absolutamente discrecionales. En todo acto existe una parte que es discrecional y otra que es reglada. Lo único que varía, según los diferentes actos, es la relación que existe entre el elemento reglado y el discrecional, el predominio de uno u otro elemento. Y añade: La importancia del estudio de la potestad discrecional deriva de que en muchas legislaciones los actos discrecionales están excluidos del examen de los Tribunales contencioso-administrativos.

cales y trabajos catastrales, faculta al liquidador para utilizar indistintamente los demás medios comprobatorios, incluso la tasación pericial.

Ya en el Reglamento de 25 de septiembre de 1892 (15) se diferenciaban en capítulos separados las normas de fijación de base y las de comprobación de valores, capítulos que actual y respectivamente son el V y el VI; y diferenciación que vienen acusando los Tribunales Económico-Administrativos en varias Resoluciones; sin embargo, fuera de aquel capítulo V hay muchas normas de fijación de base, y comprendidas en el mismo hay varias reglas de comprobación de valores, incluso alguna que nada tiene que ver con esa comprobación ni con la base liquidable, porque se refiere al concepto contributivo (16).

Normas en relación con la comprobación de valores en general son las que contienen los arts. 61 y 62, hasta el punto de que el apartado 2) del art. 61, después del retoque sufrido por el vigente Reglamento, viene a anticipar lo que con otras palabras nos dice el apartado 1) del art. 88, comprendido en el capítulo sobre comprobación de valores; pero es que, además, si la norma de fijación de base implica una potestad reglada, cuando discrecionalmente se faculta a la Administración para acudir a la comprobación de valores, aunque sea limitando los medios de que puede valerse, ya no es posible hablar de normas de fijación de base. Eso ocurre en los supuestos de los apartados 8) y 9) del art. 71, en donde si la Administración estima que el valor declarado es inferior al verdadero, se puede acudir a la tasación pericial; y sobre todo destaca en ese aspecto el apartado 3) del art. 64, declarando que en la transmisión de acciones, títulos o participaciones de Sociedades a que el precepto se refiere, «podrán las Oficinas liquidadoras fijar la base liquidable por los medios establecidos en el art. 80 del Reglamento para la transmisión de empresas mercantiles o industriales cuyos titulares

(15) El capítulo VI de este Reglamento se titulaba: «Fijación del valor de los bienes o capital liquidable», y comprendía las normas sobre «cargas deducibles» que ahora contiene el capítulo VII.

(16) Dice así el artículo 74: «En las compraventas en que el precio estipulado deba entregarse a plazos, teniendo el comprador la facultad de dar en cada uno de ellos metálico o valores mobiliarios, a su elección, se liquidará el impuesto desde luego por el concepto de permuta, sin perjuicio del derecho del interesado a la devolución procedente, si se acreditara que el pago del precio se realizó en metálico.»

estuvieran sometidos a la contribución sobre las utilidades de la riqueza mobiliaria, o bien por los señalados por la Administración a los efectos del impuesto sobre emisión y negociación o transmisión de valores mobiliarios». Es decir, en este caso se amplían los medios de comprobación ordinarios.

En el Impuesto de Derechos reales se observa una tendencia hacia las facultades discrecionales, que se aprecia perfectamente no sólo en esos preceptos, sino en la modificación que sufrió el art. 61 al permitir la comprobación de valores en las transmisiones realizadas mediante subasta pública sin necesidad de la autorización de la Dirección General de lo Contencioso; y de modo indirecto también se aprecia en la doctrina de los Tribunales, según Resolución de 17 de junio de 1952 y Sentencia de 23 de marzo de 1956, de las que después daremos cuenta al considerar que existen transmisiones de bienes en supuestos que, fiscalmente, eran discutibles.

A) La norma que fija valor no debe ser desvirtuada por la declaración del contribuyente.

Así lo entendemos desde el momento en que, insistimos, esa norma implica una potestad reglada. Claro está que cosa distinta es el supuesto en que la declaración actúe como medio para fijar valor cuando la propia norma lo permite, incluso contrastando aquella declaración con otros medios y con la mecánica aceptada para la comprobación de valores. Ejemplo de este supuesto lo presentan los arts. 63 y 65 del Reglamento.

Según el art. 63, en cuanto a la moneda extranjera, si el valor que fijan los interesados lo hacen indistintamente en moneda extranjera y nacional, y el cambio que implica es mayor que el cambio oficial, aquél es el que debe de prevalecer (17). Por lo que se refiere al art. 65, en la norma de fijación de base que contiene su apartado 1) actúan el capital, precio o valor declarado y la capitalización al 4 por 100 de la renta o pensión anual de los censos,

(17) La Res. del T. E. A. C., de 24 de abril de 1956, parece que reduce el área de aplicación de este precepto al declarar que no puede entenderse que, indistintamente, se fija un valor en moneda extranjera y nacional, cuando se expresa en pesetas el de las fincas donadas, y sólo en una estipulación se hace constar la equivalencia en pesos, consignada, posiblemente, por exigencias legales del país del otorgamiento. En el fondo, se discutía también si era o no de aplicación el cambio del mercado libre, extremo que en esa Resolución no se llegó a dilucidar, ante la inaplicación de la norma.

foros o subforos de que se trate. Las dos son normas regladas, porque no atienden al criterio de la Administración, sino que ésta ha de aceptar el mayor valor que resulte de la aplicación obligatoria de los medios que respectivamente señalan las normas para cada uno de los supuestos, aunque uno de esos medios sea el valor declarado.

Por consiguiente, dejando a salvo esos supuestos especiales en los que la ley expresamente hace entrar en juego al valor declarado, en los demás casos entendemos que aunque ese valor sea mayor que el que ofrece la norma, debe aceptarse éste (18)

En contra de lo que acabamos de decir puede argumentarse que el art. 62 del Reglamento, comprendido en el capítulo de «Base li-

Por el contrario, en Resoluciones de 7 de junio y 22 de noviembre de 1955, se aplica el cambio del mercado libre, al considerar que el precepto no distingue de cambios y ordena que se acepte el mayor. En los tres supuestos, la opinión del señor Director del Instituto Español de Moneda Extranjera era que debía aplicarse el cambio del mercado libre, y no el oficial. Las tres Resoluciones son muy dudosas; pero aún lo es más la de 5 de julio de 1955, en donde se anula el fallo del Tribunal Provincial porque no se pidió informe al citado señor Director. Es decir, que de todas esas Resoluciones del año 1955 se desprende que obra acertadamente el liquidador que pide ese informe; y si eso es lo acertado, la norma deja de ser reglada, porque no se trata de un supuesto de «interpretación», sino de cómo debe ser aplicada, extremo que sólo lo puede aclarar la Ley y no un funcionario.

(18) Si en la constitución de los usufructos prevaleciera el valor declarado, se abriría un posible cauce a la defraudación, salvo que a la Hacienda le estuviera permitido ir contra sus propios actos. Si un propietario de ochenta años dona a un hijo el usufructo de una finca estimándose que el valor del usufructo es el 60 por 100 del valor declarado del inmueble, y la Hacienda lo acepta, parece que, después, en la posible donación que a un extraño haga de la nuda propiedad del mismo inmueble, no puede aceptarse como valor el 90 por 100 y lo lógico sería aceptar el 40. Se podrá argumentar que, en definitiva, aquel 60 por 100 y no el 10, tributaría por la tarifa entre extraños al extinguirse el usufructo, pero siempre se retrasaría la exacción sin perjuicio de que, si el valor de la finca en el momento de la extinción es menor, o había prescrito la acción administrativa para exigir el impuesto por extinción de usufructo, el perjuicio de la Hacienda era evidente.

En la región levantina es muy frecuente que al morir un cónyuge, con ocasión de realizarse las operaciones particionales de su herencia, el otro cónyuge dona a sus hijos la nuda propiedad de sus bienes, reservándose el usufructo; y conocemos algún caso en que para valorar la cuota usufructuaria del cónyuge viudo, se estimaba en un 30 por 100, cuando en realidad le correspondía un 10. De haberse aceptado aquel 30, no podía estimarse que en la donación de la nuda propiedad de sus bienes correspondía un 90 por 100.

Se dirá que el concepto que acabamos de exponer se refiere a la estimación del valor del usufructo atendido el valor del inmueble, cosa distinta al valor declarado del usufructo; pero obsérvese que si un usufructua-

quidable», parece exigir en cualquier supuesto la constancia del valor declarado, y que en el caso a que hemos aludido, el contribuyente no podría ir contra su propia declaración, porque equivaldría a quebrantar la doctrina sobre los propios actos; pero también se podía replicar que aceptando ese criterio se borraría por completo la diferencia entre la norma que fija valor y la comprobación de valores, diferencia que el legislador viene acentuando desde hace muchos años, y quedaría reducida aquella norma a una especial comprobación aplicando el *único* medio permitido por la ley. A nuestro modo de ver, el art. 62 del Reglamento mencionado contiene reglas sobre comprobación de valores, y su emplazamiento más correcto parece que hubiera sido a continuación del art. 88, o integrando uno de sus apartados.

Obsérvese que todos los artículos que aluden al valor declarado, como son el 9, 10, 61, 84, 88 e incluso el 62, es siempre con vista a la comprobación de valores, de la que puede resultar que aquel valor se eleve a la categoría de *valor comprobado* si es mayor que el resultante de aplicar los medios de comprobación.

B) *La norma de fijación de valor no puede ser atacada por una comprobación de valores.*

De la legislación del Impuesto de Derechos reales parece deducirse que cuando la ley señala una norma de fijación de valor, lo hace sin tener en cuenta si se trata o no de un acto específico de «transmisión», es decir, que también se aplica para los supuestos de «constitución», «reconocimiento», «modificación», etc. Si no fuera porque el apartado 1) del art. 80 del Reglamento nos advierte que la Administración, en todo caso, tiene facultad de comprobar el valor de los *bienes* o *derechos* transmitidos, podría haberse argumentado muy débilmente que la comprobación de valores se aplicaba a la transmisión de los bienes y la norma de fijación de valor a la de

rio de más de setenta años declara que el usufructo de una finca vale 200 pesetas y el valor comprobado es de 1.000, si la Hacienda acepta las 200, implícitamente acepta también que la estimación del usufructo es un 20 por 100 y no un 10, como corresponde. Para que fuera éste tenía que valer la finca 2.000 pesetas, y entender en el terreno de la comprobación de su valor que al declararse 200 pesetas como valor del usufructo se declaraban 2.000 pesetas como valor del dominio, lo que equivale a considerar como valor declarado de este último el que resulta de aplicar una norma de fijación de base a «contrario sensu».

los derechos ; pero, desde luego, lo que sí puede argumentarse es que la comprobación de valores sólo procede en los actos de transmisión, porque, como acabamos de ver, ese apartado 1) cita a los bienes y derechos *transmitidos*, y porque los apartados 1) y 2) de los arts. 61 y 86 también aluden solamente a las *transmisiones*.

Esa idea de que la comprobación de valores exige una transmisión, parece que la pone de manifiesto la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 1956 en un supuesto de disolución de Sociedad y con ocasión de la Resolución del Tribunal Central de 17 de junio de 1952, por la que se declaró que tal disolución produce de derecho los efectos consiguientes a una transmisión de bienes y, en consecuencia, procede que se determine el haber social en la forma prevista en el párrafo 2.º del apartado 2) del art. 80 para el supuesto de transmisión de empresas (19).

Claro está que nada impide que una norma de fijación de valor y una comprobación de valores actúen conjuntamente, como ocurre en los casos de transmisión de los derechos de usufructo y nuda propiedad, en donde la comprobación determina el valor del bien y la norma fija el valor del derecho ; pero lo que no se concibe es que la comprobación de valores destruya lo que declare la norma que fija valor, entre otras razones porque ésta implica una facultad reglada. Si así no fuera, no tendrían razón de ser los supuestos en que la propia norma autoriza para acudir a la comprobación de valores, condicionando su aplicación a determinadas hipótesis (20). Sin embargo, el

(19) El apartado 14) del artículo 18 del Reglamento de 1911 permitía la comprobación de valores en la disolución de Sociedades, pero silenciaba esa comprobación en todos los demás actos que con referencia a las citadas Sociedades sometía a tributación. El Reglamento actual en los supuestos de disolución tampoco alude a la comprobación de valores. Por consiguiente, parece que todas las normas del artículo 19 eran de fijación de base, si bien en la aportación, pese al silencio, es indiscutible el derecho de la Administración a comprobar. El Tribunal Supremo, en la Sentencia de 23 de marzo de 1956, que hemos citado, revoca el acuerdo del Tribunal Central por entender que no es aplicable el párrafo segundo del apartado 2) del artículo 80, porque se refiere a la transmisión de Empresas, pero conservando el concepto de transmisión apreciado por el Tribunal Administrativo, declara que son aplicables no sólo los medios de comprobación ordinarios sino incluso el extraordinario de la tasación pericial.

(20) Sin salirse del artículo 71 del Reglamento del Impuesto, se pueden apreciar muchos de los supuestos a que hemos aludido. Así, por ejemplo, según el apartado 2) de dicho artículo para el caso de que en las concesiones de obras o servicios no exista presupuesto de gastos, obliga a la declaración jurada y a la comprobación de valores ; pero, claro está, que no

Tribunal Económico Administrativo Central viene sosteniendo (21), con referencia a casos de transmisión mediante subasta, que el valor resultante de la aplicación de la norma de fijación de base puede ser objeto de comprobación de valores, doctrina que, a nuestro modo de ver, es un error, cualquiera que sea el Reglamento que se contemple, y, desde luego, inaceptable según el Reglamento actual, dada la forma de expresarse el art. 61, que, como hemos indicado, contiene reglas sobre comprobación de valores.

Cuando una norma permite a la Administración actuar a su juicio, si bien para ello hace falta la autorización de un órgano de gestión, aunque sea de la categoría de la Dirección General de lo Contencioso, la norma no es reglada, sino discrecional, si se quiere, muy limitada, y, por consiguiente, no es norma de fijación de valor. Los apartados 2) y 4) del art. 61 del Reglamento de 1941, que vinieron a recoger una de las aclaraciones que hizo la Orden de 5 de febrero de 1936 al art. 61 del Reglamento de 1932, es cierto que permitían una comprobación de valores, pero no es cierto que amparasen una norma de fijación de valor, y, en consecuencia, la doctrina que se funda en ese supuesto es errónea, y mucho más la sostenida por resoluciones que viene aplicando el Reglamento de 1947, porque a partir de la ley de 27 de marzo de 1945 ya no es necesaria la autorización de la Dirección General de lo Contencioso a que hemos aludido (22).

Para que el valor resultante de una norma de fijación de valor pueda ser objeto de comprobación de valores es necesario que aquél actúe a modo de valor declarado. Este es el caso que nos ofrece la Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 24 de enero de 1956, que empieza por decirnos que cuando se señala el

cabe acudir a esa comprobación si existe presupuesto, como han declarado las Resoluciones de 19 de enero y 28 de septiembre de 1954. Ejemplos en los que por imposibilidad de aplicación de la norma que fija valor se va directamente a la tasación pericial, los señala como regla general el apartado 10) del mencionado artículo, confirmando lo que había ordenado en los apartados 4), 5) y 7).

(21) Resoluciones de 24 de julio de 1944, 28 de enero de 1947, 12 de enero de 1954 y 7 de junio de 1955.

(22) La Orden de 5 de febrero de 1936 que hemos citado, aclaratoria del artículo 61 del Reglamento de 1932, en su apartado 3) aludía a la aplicación del artículo 100, advirtiendo que siempre había que sumar al importe del precio de la subasta el importe de las cargas que quedaban subsistentes, sin que fuera necesaria la autorización de la Dirección mencionada.

valor de unos títulos no se declara valor, máxime si se advierte por el contribuyente que los títulos carecen de valor de cotización y si, al mismo tiempo, se presentan certificaciones expedidas por las entidades emisoras, *cabe considerar como valor declarado* el que resulte de esas certificaciones, y como valor comprobado el que también resulte de la práctica de la comprobación que puede realizarse, de acuerdo con el art. 80, al amparo de lo dispuesto en el apartado 3) del art. 64. La doctrina es muy hábil, pero discutible. Tiende a ofrecer un elemento necesario para la comprobación de valores desde el momento en que no se puede comprobar un valor que no se declara. Responde, además, a otra tendencia que se observa en el tributo ampliando el concepto de valor declarado (23).

Cosa distinta es que un ordenamiento fiscal someta sus normas de fijación de base al resultado de la comprobación de valores según el Impuesto de Derechos reales, siempre que, como consecuencia de esa comprobación, se obtuviera un mayor valor, como dispone el apartado 2) del art. 33 del Reglamento del Impuesto del Timbre, en perfecta concordancia con lo ordenado en el art. 9.º de la ley de 14 de abril de 1955; pero ese sometimiento a que hemos aludido no está claro para el supuesto de que en el Impuesto de Derechos reales se aplique una norma de fijación de valor en aquellos casos en los que el Impuesto del Timbre tenga la propia.

IV. NORMAS QUE ORDENAN O PERMITEN LA ADICIÓN O DEDUCCIÓN DE DETERMINADOS VALORES

Dentro de la diferenciación que venimos realizando, todavía cabe apreciar este cuarto grupo, siempre con referencia a la base liquidable y una vez realizada la comprobación de valores.

(23) Por valor declarado se entiende el que consignan los interesados en el documento liquidable a los efectos de la transmisión (R. de 28 de abril de 1953). Ese es el concepto que se desprende del apartado 2) del artículo 61, que también considera como tal valor el de adjudicación en subasta; pero en la R. de 30 de marzo de 1954, al amparo de la doctrina de que nadie puede ir contra sus propios actos, se ha considerado por valor declarado el que se realizó a efectos de otro tributo y, posteriormente, en la R. de 26 de octubre del mismo año, se estimó que la comprobación por las pólizas de seguro, más que una verdadera comprobación, es una declaración por los interesados o por las personas de quienes los mismos traen causa.

Siguiendo ese camino, también habrá que considerar como declaración

Por lo que corresponde a la adición, sólo cabe citar el valor que se presume al ajuar doméstico según el apartado 4) del art. 31, equivalente al 2 por 100 del valor comprobado del total de los bienes inventariados, salvo que los interesados hubieran asignado a dicho concepto una valoración superior, o que resultare demostrado, a juicio de la Administración, que el causante carecía de tal ajuar.

Aunque, insistimos, la presunción «iuris tantum» que encierra la norma no implica una comprobación de valores, sin embargo la adición que ordena es trámite del *expediente* de comprobación y ha de estimarse como resultado del mismo a los efectos de la notificación (24).

No son trámites del expediente de comprobación, ni normas de fijación de base, las que regulan la adición al precio del importe de las cargas que han de quedar subsistentes, y que en los supuestos de transmisión a título oneroso ordenan los apartados 3) y 4) del art. 100 del Reglamento; y lo entendemos así, pese a que esos apartados nos hablan de la determinación de la base liquidable y pese igualmente a que el Tribunal Central, en sus Resoluciones de 26 de junio de 1944 y 28 de enero de 1947, estima que esa adición no constituye acto de comprobación de valores, sino de fijación de base.

A nuestro modo de ver, esos preceptos lo que hacen es ofrecernos una modalidad del valor declarado o de lo que se entiende por ese valor (25). Valor declarado, según esas normas, es el importe del precio más el de las cargas. Por ser valor declarado es trámite del

otros medios que se estiman de comprobación, tales como el precio en que según la última enajenación fueron vendidos los bienes de cuya enajenación se trate y, sobre todo, el valor asignado a las fincas hipotecadas a los efectos del artículo 130 de la Ley Hipotecaria cuando la transmisión se da entre los mismos interesados o sus herederos, concepto que también debe hacerse extensivo al supuesto de que se pactara solamente el procedimiento extrajudicial al que no menciona el citado artículo 130.

No es lo mismo que esos conceptos jueguen como valor declarado o como medio de comprobación, porque en el primer caso la norma es reglada, es decir, el valor declarado siempre hay que aceptarlo si es mayor que el comprobado; en cambio, en el segundo caso entran en juego las facultades discrecionales del liquidador.

(24) Hay otros supuestos en los que dentro del expediente de comprobación de valores se aplican normas de fijación de base, como sucede en los casos de transmisión hereditaria, juntamente con otros bienes, de efectos públicos o valores mercantiles o industriales, a los que el artículo 64 señala una norma de fijación de valor.

(25) Véase nota 23.

expediente de comprobación de valores, pero como tal valor sujeto a comprobación hay que enfrentarlo con los medios para comprobar valores. Por eso la Resolución del citado Tribunal de 23 de noviembre de 1948, muy acertadamente, declaró que la adición de cargas no impide la comprobación de valores. En cambio es a todas luces improcedente el adicionar las cargas al valor comprobado.

En cuanto a la procedencia de la deducción de determinados valores, dejando a un lado los supuestos de bonificación, son de citar : las cargas y gravámenes que disminuyan realmente la estimación de los bienes, como advierte el art. 60 del Reglamento, y que constituye trámite del expediente de comprobación ; la deducción de la cuota por caudal relicto, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 261, y los supuestos de deudas y gastos hereditarios a que se refiere el art. 101, que no son trámites del expediente de comprobación. Por lo que respecta a las deudas, la Resolución de 7 de junio de 1955 ha declarado que la deducción del importe de una hipoteca en una transmisión hereditaria no es trámite de la comprobación de valores, sino que procede tenerla en cuenta en las liquidaciones a practicar.

De todos esos supuestos, que unas veces suponen facultades regladas y otras discrecionales, merecen especial atención las deudas y gastos que pueden constituir una de las bases a que antes hemos aludido, capaces de provocar un nuevo objeto tributario en el que actúa como elemento natural el concepto jurídico de adjudicación para pago cuando en la transmisión no exista dinero, y del que se entera el contribuyente al notificarle las liquidaciones según doctrina que recogemos a continuación.

Es de advertir que, si bien el apartado 13) del art. 101 sólo alude a las adjudicaciones para pago, expresas o tácitas, en el supuesto de las deudas parece indiscutible que también procede en el supuesto de los gastos, como se desprende de la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1921.

V. DIFERENCIAS QUE SE VIENEN SEÑALANDO ENTRE LOS EFECTOS DE LA COMPROBACIÓN DE VALORES Y LAS NORMAS DE FIJACIÓN DE BASE

Son las siguientes :

1.ª Al no ser la fijación de base acto de comprobación, no hay obligación de notificarlo antes de practicar las liquidaciones

(R. de 16 de diciembre de 1941), y por consiguiente, el plazo de quince días para interponer la reclamación económica que es procedente (R. de 26 de enero de 1939) se computa desde que la liquidación se entiende notificada (R. de 15 de febrero de 1954), aunque indebidamente se haya notificado el resultado de la aplicación de la norma (R. de 13 de marzo de 1934).

Nosotros entendemos que si la reclamación económica contra la determinación de la base liquidable es procedente, como indudablemente lo es, de acuerdo con el apartado 2) del art. 207 del Reglamento (26), también es procedente la notificación con todas sus consecuencias.

2.^a Sólo cuando la reclamación económica se dirige contra la comprobación de valores procede liquidar provisionalmente por el valor declarado, de acuerdo con el apartado 6) de los arts. 85 y 89 del Reglamento, pero no si lo discutido es como se operó para fijar la base liquidable, porque entonces la liquidación a practicar procede realizarla, pese a la reclamación, sobre el importe de la base conseguida (R. de 7 de junio de 1955).

3.^a La acción comprobadora tiene el plazo de prescripción que señala el art. 82 del Reglamento del Impuesto; en cambio la facultad para fijar la base liquidable prescribe al mismo tiempo que la acción administrativa para exigir el tributo, de acuerdo con el apartado 1) del art. 143.

4.^a La comprobación de valores puede ser objeto de revisión según lo que dispone el art. 141, del que no se deduce que la revisión alcance a la norma de fijación de base.

5.^a Cuando la comprobación de valores la practican las Oficinas liquidadoras de partido, necesitan, en ciertos casos, someterla a la aprobación de la Abogacía del Estado, bajo pena de nulidad (R. de 20 de diciembre de 1955), según se desprende del apartado 4) del art. 85; en cambio, cuando se aplica una norma de fijación de base no hace falta esa aprobación.

Claro está que si no procede esa aprobación, ni procede la revisión, la Administración se vería obligada en algunos casos a declarar lesivos los acuerdos a los efectos del recurso contencioso administrati-

(26) Y así lo reconoce la R. de 26 de enero de 1939, permitiendo pedir la exclusión de bienes.

vo, lo que consideramos una anomalía. Parece que lo correcto es que no proceda la aprobación, pero que proceda la revisión.

6.^a La norma de fijación de base no permite al contribuyente solicitar la tasación pericial, porque el número 3.º del art. 81 del Reglamento sólo lo consiente en el supuesto de comprobación de valcres (R. de 25 de agosto de 1939). Es la consecuencia ortodoxa de la diferenciación de conceptos, a que venimos aludiendo.

7.^a La norma de fijación de valor en el Impuesto de Derechos reales marcará la base en el Impuesto del Timbre cuando actúe con carácter supletorio; pero parece que no se puede decir lo mismo cuando este tributo tenga su norma especial, aunque la norma de fijación de valor, según el Impuesto de Derechos reales, indique mayor valor que la señalada en la legislación del Timbre, porque si bien, como hemos expuesto anteriormente, las bases que resulten aplicando esa legislación quedan sometidas a las que arroje la comprobación de valores en el Impuesto de Derechos reales siempre que estas últimas sean mayores, no cabe duda que la comprobación de valcres es cosa distinta de las normas que fijan valor.

* * *

En las primeras cuartillas de este trabajo hemos aludido a cuatro grupos de normas distintas, pero íntimamente relacionadas por la finalidad que todas persiguen. Después, a través de un tejer y destejer del legislador y de los Tribunales, hemos tratado de diferenciarlas, analizando su naturaleza y poniendo de manifiesto el actuar de la Administración en sus ptestades reglada y discrecional. Por último, también hemos pretendido señalar los diferentes efectos, pero cualesquiera que sean los distinguos que doctrinalmente procedan, esas diferencias en los efectos a que hemos aludido parece que, en la mayoría de los casos, no tienen razón de ser.

La norma de fijación de base, en general, encierra el peligro de que no sea equitativa en determinados supuestos, pero quizá en este aspecto fuera una solución el precedente que nos brinda el art. 28 de la vigente ley de Contribución sobre la Renta con la actuación

del Jurado Central, no sólo a instancia de la Administración, sino también del contribuyente (27).

FEDERICO BAS Y RIVAS

Registrador de la Propiedad

(27) Ese artículo dice que todo contribuyente por signos externos que se considere agraviado, podrá, aun en el caso de que la estimación de su renta presunta se ajuste estrictamente a las valoraciones establecidas, recurrir ante el Jurado Central, con expresión concreta de las circunstancias especiales por razón de las cuales los signos externos dan lugar a una estimación de la renta mayor que la efectivamente obtenida.

Régimen administrativo y proceso administrativo (*)

SUMARIO: I. *Régimen administrativo*: A. Administración pública y Derecho.—B. Administración pública y Derecho administrativo: 1. Independencia de la jurisdicción administrativa de la jurisdicción ordinaria.—2. Independencia de la jurisdicción administrativa de la Administración activa.—3. Jurisdicción revisora.—C. Administración pública y Derecho común.—II. *Administración pública y proceso*: A. Posibilidad de autodefensa.—B. Reclamación previa ante la Administración.—C. Ejecución de sentencias frente a la Administración.—III. *El proceso administrativo*: A. Aparición del proceso administrativo.—B. Posición procesal de la Administración pública.—C. Objeto del proceso.—D. Nacimiento, desarrollo y terminación del proceso.

I. EL RÉGIMEN ADMINISTRATIVO

A) *Administración pública y Derecho.*

1. El Estado es uno, pero sus manifestaciones distintas. El Estado gobierna, legisla, juzga, administra. El legislador, el juez, el

(*) El presente trabajo constituye mi modesta aportación a los «Estudios» que, en homenaje del Profesor CALAMANDREI, con motivo de sus cuarenta años de docencia, pensaban editarse en Italia, y que la muerte del insigne maestro han convertido en Estudios en su memoria. Con la publicación de este trabajo, la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO se adhiere al sentimiento unánime de la Ciencia del Derecho de todo el mundo por la desaparición de uno de sus más grandes maestros.

gobernante, el administrador, realizan actividad imputable al Estado; pero la actividad de cada uno reviste formas peculiares. La posición del Estado ante el Derecho es radicalmente distinta, según realice uno u otro tipo de actividad. Es política toda actividad tendente a la reglamentación de la comunidad con arreglo a un plan. Existirá política tanto cuando un conjunto de hombres trata de conquistar el Poder para llevar a cabo la reglamentación de la comunidad con arreglo a sus propias convicciones, como cuando desde el Poder van convirtiendo en realidad sus aspiraciones (1). El Poder es el instrumento que el político tiene en sus manos para la realización del plan político. Ahora bien, el Poder adopta muy diversas manifestaciones. Manifestaciones del Poder son todas y cada una de las funciones estatales (2): la legislativa, la jurisdiccional y la administrativa. Y si bien es cierto que el instrumento esencial del político es el legislativo, tampoco es indiferente al plan político la Jurisdicción ni la Administración. En efecto:

a) Son las leyes las que permiten conformar la comunidad con arreglo al plan. A través de la actividad legislativa se introducirán en el ordenamiento jurídico aquellas innovaciones necesarias. Para el legislador no existen trabas legales. El gobernante tiene sobre sí los principios inmutables del Derecho natural; pero goza de la máxima libertad para crear normas jurídicas. El ordenamiento jurídico puede ser derogado, modificado, reformado. No tiene por qué extrañarnos, por tanto, que se haya considerado esencial a la legislación la idea de «innovación» (3) ni que se haya querido eliminar la legislación como actividad distinta de la de gobierno (4). Porque el legislador es, en frase de CALAMANDREI, el verdadero transformador de la política en Derecho (5). El juez o el administrador parten

(1) Sobre el concepto de lo político en la doctrina española, cfr. CONDE, *Teoría y sistema de las formas políticas*, Madrid, 1944, págs. 71 y ss.

(2) Cfr. SÁNCHEZ AGESTA, *Lecciones de Derecho político*, II, Granada, año 1945, págs., 161 y ss.

(3) ALESSI, *Sistema istituzionale del Diritto amministrativo italiano*, Milano, 1953, págs. 4 y ss.; CRISAFULLI, *Sulla teoria della norma giuridica*, Roma, 1935, pág. 97.

(4) Dejando reducidas las funciones estatales a tres: gobierno, jurisdicción y administración. Cfr., por ejemplo: CARTANO, *Tratado elemental de Derecho administrativo*, ed. española, Santiago, 1946, págs. 29 y ss., y GUASP, prólogo a mi *Derecho procesal administrativo*, Madrid, 1955, tomo I, páginas 29 y siguientes.

(5) *Processo e Democrazia*, Padova, 1954, pág. 55.

ya de unas normas jurídicas positivas, al menos en nuestro sistema (6).

b) Ahora bien, el Derecho—se ha dicho—ha de hacerse real creando el orden jurídico ; el Derecho se manifiesta por medio de las fuentes jurídicas y es realidad al organizar jurídicamente la vida social. La actividad de los hombres, como creadores de las normas positivas, no estará completa hasta conseguir su fin : que la vida humana quede ordenada del modo en que mejor se aproxime a la Ley Eterna (7). Si se realizan los mandatos de la norma, se habrá logrado la realización del plan político. Por ello, una Administración y una Judicatura pueden desvirtuar una política determinada. Respecto de la Administración, ello es indiscutible, porque una Administración tiene sentido cuando es desarrollo de una política (8) ; y respecto de la Judicatura, porque, pese a su carácter eminentemente neutral, puede sabotear una legislación determinada. ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO recuerda el ejemplo de la II República española, donde, según, él, la legislación fué saboteada en muchos casos por jueces conservadores y monárquicos (9).

2. Administración y Jurisdicción. por tanto, parten de unas normas jurídicas positivas. Frente a la posición innovadora y creadora del Derecho del legislador, está la posición subordinada del administrador y del juez. Ahora bien, ¿ cómo se diferencian ambas funciones? Cuando el Estado administra, es titular de un interés público (10) frente a otros posibles intereses. El Estado, en su faceta

(6) Pues cabe concebir sistemas en que entre el gobernante y el juez o el administrador no exista la ley. De hecho, es posible encontrar ejemplos claros de estos sistemas. Cfr. MURILLO, *Administración y política*, «Revista de Administración pública», núm. 6, págs. 91 y ss.; CALAMANDREI, ob. cit., páginas 54 y siguientes.

(7) DE CASTRO, *Derecho civil de España*, tomo I, Valladolid, 1942, página 369.

(8) ROYO-VILLANOVA, *La Administración y la Política*, «Revista de Administración pública», núm. 10, pag. 24.

(9) *Proceso, autocomposición y autodefensa*, México, 1947, pag. 225.

(10) La vinculación entre la Administración pública y el interés público es común en los distintos tratadistas de Derecho administrativo. DUEZ y DEBEYRE, por ejemplo, hablan del Derecho administrativo como «rama del Derecho público que se ocupa directamente del interés general, del interés público». Cfr. *Traité de Droit administratif*, París, 1952, pag. 1. BUTTGEBACH, en *Manuel de Droit administratif. Principes généraux*, Bruxelles, 1954, habla de «reglas jurídicas especiales propias a la realización del bien público». Cfr., págs. 3 y s. La idea de la utilidad pública —dirá WALINE— es la base del Derecho administrativo. *Manuel de Droit administratif*, cuarta

administrativa, es un sujeto de Derecho, sometido al Derecho, que trata de realizar determinados fines, relacionándose con otros sujetos de Derecho. El Estado, entonces, es parte de las relaciones jurídicas. Es titular de un interés en juego—el interés público—, y para su realización utiliza el Derecho como cualquier otro ente jurídico. Precisamente por esto, nada tiene de particular que el problema de la personalidad del Estado se haya planteado al estudiar la Administración pública, esto es, el Estado en cuanto administrador.

Pero cuando el Estado juzga, no es parte interesada en una relación jurídica; no es sujeto de Derecho que trata de realizar sus peculiares intereses. Cuando juzga, incide como tercero en una relación jurídica (11), decidiendo las pretensiones ante él deducidas con arreglo al ordenamiento jurídico. Por ello no es posible hablar de función jurisdiccional sin la existencia de un órgano del Estado imparcial e independiente. La independencia no es un atributo accidental o secundario del órgano jurisdiccional, sino consustancial al mismo.

3. La Administración pública es, por tanto, el Estado—y demás entidades públicas—en cuanto actúan en la vida social para realizar sus fines peculiares. Y al realizar estos fines, es sujeto de Derecho, está sometido al ordenamiento jurídico. Ahora bien, el sometimiento de la Administración pública al Derecho puede revestir diversas formas: la Administración pública puede estar sometida al mismo Derecho que los demás sujetos de Derecho (12) o puede estar sometida a un Derecho especial, privilegiado (13). Esta última forma

edición, París, 1946, pág. 8. Entre nosotros, ROYO-VILLANOVA, *Elementos de Derecho administrativo*, Valladolid, 1950, tomo I, pág. 9, habla del conjunto de preceptos jurídicos que regulan la actividad del Estado y la de todas aquellas entidades que y en cuanto se proponen la realización de fines de interés público. Parecidas afirmaciones se encuentran en el resto de la doctrina. En Italia, ZANOBINI, *Corso di Diritto amministrativo*, tomo I, Milano, 1954, pág. 12, nos habla de la «attività diretta a curare determinati interessi».

(11) Con diversas variantes, es una posición bastante extendida. Cfr., entre los administrativistas, ROMANO, *Prime pagine di un Manuale di Diritto amministrativo* en *Scritti minori*, Milano, 1950, pág. 363.

(12) En la doctrina española puede verse un resumen del régimen inglés, en MURILLO, *El régimen jurídico de la Administración inglesa*, «Revista de Administración pública», núm. 1, págs. 73 y ss.

(13) Una exposición más general del sistema, en mi trabajo, *Sobre la ejecutoriedad de los actos administrativos*, REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1954, págs. 706 y ss., y en *Consideraciones sobre el contencioso francés*, «Revista de Administración pública», núm. 15, págs. 11 y ss.

de sometimiento de la Administración al Derecho es la que se conoce con el nombre de «régimen administrativo». Ahora bien, como quiera que existe un aspecto de la actividad de la Administración pública sometido al Derecho común, incluso en los países de régimen administrativo, cabe distinguir dos tipos de conducta de la Administración pública: puede la Administración pública actuar como cualquiera otro sujeto de Derecho, sometida a las normas jurídicas comunes; puede la Administración pública actuar como tal, sometida a su Derecho especial (14). Lo normal será esto último. Pero en aquellos casos en que no es necesaria la prerrogativa para satisfacer las necesidades públicas, no existe razón alguna para que la Administración no realice sus fines como cualquiera otra persona.

B) *Administración pública y Derecho administrativo.*

Cuando la Revolución consagra lo que después se llamará principio de legalidad de la Administración, proclamando la exigencia de que las distintas autoridades administrativas ajusten su actividad a las normas legales, va a nacer un sistema—el llamado sistema administrativo—en el que el principio de división de poderes se interpreta de manera muy peculiar. La independencia de la Administración frente a los Tribunales va a ser idea capital en el pensamiento revolucionario y se formulará de modo categórico hasta nuestros días (15). «El principio de separación de las autoridades administrativas y judiciales prohíbe a los Tribunales del orden judicial, siguiendo los mismos términos de la ley 16-24 de agosto de 1790, y del 16 de fructidor del año III, perturbar de cualquier manera las operaciones de los Cuerpos administrativos y conocer de los actos de la Administración, de cualquier clase que sean (16).

Las consecuencias de este principio son claras: por lo pronto,

(14) No es que en un caso actúa como «Poder» y en otro como «persona jurídica», tesis hoy superada, pues la personalidad del Estado es única. Sino que al desarrollar el Estado su actividad, puede revestir las formas que se señalan en el texto.

(15) Cfr., entre las obras más recientes: GEORGIN, *Cours de Droit administratif*, tomo I, París, 1954, pág. 439; MALEZIEUX, *Manuel de Droit administratif*, París, 1954, pág. 147; LAUBADERE, *Manuel de Droit administratif*, cuarta edición, París, 1955, pág. 40.

(16) BOUFFANDEAU, *La delimitation de la compétence de la juridiction administrative par la jurisprudence du Tribunal des conflits, Livre Jubilaire, publié pour commémorer le 150 anniversaire du Conseil d'Etat*, París, 1952, pág. 143.

sustraer el conocimiento de las pretensiones deducidas sobre actos y operaciones administrativos de los órganos judiciales. El particular que sufriera una lesión en su esfera jurídica como consecuencia de la actividad administrativa no tiene otro camino que deducir sus reclamaciones ante órganos encuadrados en la propia Administración, órganos que en un principio eran puramente administrativos, para devenir jurisdiccionales después de una lenta y progresiva evolución, que llegará a consagrar, junto al principio de la independencia de la Administración respecto de los órganos de la jurisdicción ordinaria, el principio, no menos importante, de la independencia de los órganos de la jurisdicción administrativa de la Administración activa. Ahora bien, junto a estos dos principios capitales del régimen administrativo hay que colocar otro, de valor extraordinario, para comprender debidamente el sistema administrativo y precisar hasta qué punto la satisfacción de las pretensiones deducidas ante los órganos de la llamada jurisdicción administrativa se hace a través de cauces propiamente procesales: el principio de la jurisdicción revisora. Esto explica que nos ocupemos de estos tres principios fundamentales en el sistema de fiscalización jurisdiccional propia del régimen administrativo.

1. *Independencia de la jurisdicción administrativa de la jurisdicción ordinaria.*—Este principio tuvo una razón histórica, hoy superada (17). Cuando la doctrina administrativa reciente trata de justificarle, no acude a la viciosa interpretación del principio de división de poderes producida por la desconfianza de los revolucionarios hacia los Parlamentos judiciales (18), sino a la idoneidad de los órganos de la jurisdicción administrativa para conocer de las cuestiones administrativas, idoneidad de que carecen los órganos judiciales. El hecho de que la jurisdicción administrativa se confíe a órganos encuadrados en la Administración, independientes de la organización

(17) Cfr., por ejemplo: DARESTE. *La justice administrative en France*, París, 1862, pág. 204.

(18) MARTÍN, *Les Parlements contre l'absolutisme traditionnel au XVIII^e siècle*, *Les Cours de Droit*, París, 1950; BICKART, *Les Parlements et la notion de souveraineté nationale au XVIII^e siècle* (tesis), París, 1932. El hecho ha sido resaltado en la bibliografía extranjera, cfr. BOSCH, *Tribunales judiciales o Tribunales administrativos para juzgar a la Administración pública*, Buenos Aires, 1951, págs. 177 y ss., y UHLER, *A Comparative Study of the Doctrine of the Separation of Powers and Judicial Review in France and the United States*, Chicago, 1942.

judicial, implica una verdadera garantía de la Administración y de los particulares :

a) Al tratarse de órganos que ejercen normalmente funciones consultivas y que conocen las necesidades de la Administración pública, no existe peligro alguno de que sus decisiones impliquen un perjuicio de los intereses públicos cuya satisfacción se confía a la Administración. Precisamente en la posición de los órganos de la jurisdicción administrativa radica la principal garantía para la Administración pública. El Consejo de Estado—se ha dicho—sabe ser juez sin olvidar que es parte integrante de la Administración : juez, se encarga de hacer reinar la legalidad, sometiendo a las autoridades públicas al Derecho ; administrador, tiene cuidado de descartar toda solución incompatible con el interés general (19).

b) Pero, a la vez, constituye una firme garantía de los particulares, ya que, precisamente por la posición de los órganos de la jurisdicción administrativa, se atreven a dictar decisiones en favor del particular, que unos órganos judiciales no serían capaces de dictar. Por eso ha llegado a afirmarse que el Consejo de Estado es más severo con la Administración que lo sería un juez ordinario (20).

Estos argumentos no han dejado de deslumbrar a una buena parte de la doctrina administrativa de casi todos los países, habiéndose llegado a acoger el principio en algunas legislaciones (21). ¿Quiere

(19) ODENT, *Contentieux administratif*, Les Cours de Droit, París, 1954, página 669. Entre las obras generales, vid. : ROLLAND, *Précis de Droit administratif*, París, 1953, pág. 278 ; LAUBADERE, *Traité élémentaire de Droit administratif*, París, 1953 ; WALINE, *Traité élémentaire de Droit administratif*, París, 1951, pág. 77. La idoneidad del personal de los Tribunales también se encuentra entre las razones aducidas por la doctrina antigua. Cfr. ARNOUX, *De la procédure contentieuse et de la recevabilité du pouvoirs devant le Conseil d'Etat*, París, 1899, pág. 43, y LECHALAS, *Manuel de Droit administratif*, París, 1889, tomo I, pág. 51.

(20) CHINOT, *Le privilège d'action d'office de l'Administration* (tesis), París, 1945, pág. 149.

(21) Por ejemplo, entre los países europeos : Bélgica, con la Ley del Consejo de Estado de 23 de diciembre de 1946. Cfr. DEBEYRE, *Le Conseil d'Etat belge*, Lille, 1953 ; LESPES, *Administrative Justice and the Council of State in Belgium*, «Revue Internationale des Sciences Administratives», año 1952, págs. 11 y ss. ; PUGET, *Le nouveau Conseil d'Etat belge*, «Etudes et Documents», 1948, págs. 105 y ss. ; STASSEN, *La Section d'Administration du Conseil d'Etat belge*, en «Estudios en honor de Colmeiro», Santiago de Compostela, pág. 183 y ss. Y también pueden incluirse entre los países que siguen el sistema francés : Luxemburgo, Grecia y los Países Bajos. Cfr. PUGET ET MALEVILLE, *La revision des decisions administratives*, «Revue Internationale des Sciences Administratives», 1953, pág. 41 ; VAN

esto decir que los propios autores franceses consideren su sistema contencioso-administrativo como el más idóneo, cualquiera que sea el país al que se aplique? En absoluto. Es cierto que existen autores que creen en las excelencias del sistema por encima de todo (22). Pero también que existen algunos que no ven con malos ojos el sistema judicial (23). Y entre una y otra posición, merece destacarse el sugestivo prólogo de WALINE a una obra reciente, en la que un **administrativista** continental se enfrenta con el sistema inglés (24): es cierto—afirma—que «el juez británico declara válido, a veces, lo que nuestro Consejo de Estado anularía, y viceversa; pero los resultados a que llega aseguran prácticamente al ciudadano británico una protección muy equivalente a la que el francés encuentra en el Consejo de Estado» (25).

2. *Independencia de la jurisdicción administrativa de la Administración activa.*—Si esencial es la idoneidad de los órganos ju-

POELJE, *Repercussions de l'évolution du Droit administratif français et de l'activité du Conseil d'Etat sur le Droit administrative et la jurisprudence neerlandais*, «Livre jubilaire», págs. 493 y ss.; PUGET-LEVY, *Le Conseil d'Etat neerlandais*, PAPAHAJIS, *La institución del Consejo de Estado en Grecia*, «Revista de Administración pública», núm. 6, págs. 337 y ss.

Es más, el sistema francés ha servido de inspiración incluso para la organización de la jurisdicción administrativa en algún organismo supraestatal, como la Corte de Justicia de la Comunidad europea del carbón y del acero. Cfr. L'HUILLIER, *Una conquete du Droit administratif français*, «Dalloz», Chronique; LAGRANGE, *La Cour de Justice de la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, «Revue de Droit public», 1954, págs. 417 y ss.; JEANTET, *Les intérêts privés devant la Cour de Justice de la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, «Revue de Droit pub.», 1954, páginas 687 y ss.; KOPELMANAS, *Cour de Justice de la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, Id., 1955, págs. 54 y ss.

Fuera de Europa se adopta el sistema francés en países árabes e hispánicos. Entre los primeros, por ejemplo, Egipto y Siria. Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, *El contencioso-administrativo en los pueblos árabes*, «Revista de Administración pública», núm. 16, págs. 287 y ss.; entre los segundos, Uruguay, Chile, Ecuador, algunas provincias argentinas. Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho procesal administrativo*, tomo I, Madrid, 1955, págs. 177 y ss.

(22) Llegando a vaticinarse que los países anglosajones llegarían a adoptar el sistema administrativo. Cfr. BONNARD, *Le controle juridictionnel de l'Administration*, París, 1934, pág. 149.

(23) RAYMOND CHARLES, *La justice en France*, París, 1953, pág. 120, si bien reconoce que la abolición de los Tribunales administrativos para instituir la unidad jurisdiccional constituye hoy una utopía, por una especie de incompatibilidad espiritual entre los Magistrados de orden judicial con los de orden administrativo.

(24) TIXIER, *Le controle judiciaire de l'Administration anglaise*, París, 1954.

(25) TIXIER, ob. cit., prólogo, pág. 11.

jurisdiccionales, no menos importante es la independencia. De poco servirían unos órganos jurisdiccionales cuyo personal gozara de una inmejorable preparación técnica si no tuvieran independencia para decidir con arreglo a su criterio. Por eso, los autores franceses recalcan, junto al principio de la independencia de la jurisdicción administrativa frente a los órganos de la jurisdicción ordinaria, el de la independencia de los órganos de la jurisdicción administrativa. En frase lapidaria ha llegado a afirmar WALINE que «no hay cuestión más importante para una nación que la independencia de sus jueces» (26). Ahora bien, a la independencia de los Tribunales administrativos respecto de los órganos de la Administración activa, sólo se ha llegado en Francia a través de una lenta evolución (27), y aun hoy se censura el sistema, por entenderse que quedan atisbos del primitivo sistema de jurisdicción retenida (28). Solamente si existe independencia del órgano puede hablarse de jurisdicción. Por eso, al referirse al problema del Ministro-Juez, HAURIOU resume en estas palabras la corriente del Conseil d'Etat: «El Consejo de Estado ha relegado todas las decisiones ministeriales a la categoría de simples decisiones administrativas; esto no significa que las que sean dictadas como consecuencia de una reclamación no presenten ciertos caracteres de las sentencias, sino que no constituyen verdaderas sentencias, porque son dictadas en un procedimiento extrajurisdiccional por el cual la Administración se da a sí misma una especie de justicia privada, hasta que una vía de reclamación contentiosa le fuerza a ir ante un juez público» (29).

3. *Jurisdicción revisora*.—El régimen administrativo implica una posición de la Administración exorbitante del Derecho común (30),

(26) *Le Conseil supérieur de Magistrature*, «Etudes juridiques», números 3-4 (marzo-abril, 1954), pág. 35.

(27) Cfr. sobre el momento en que el llamado «recurso por exceso de poder» se convierte en jurisdiccional, IMBERT, *L'évolution du recours pour excès de pouvoir*, París, 1952.

(28) Un resumen de las posiciones en ROLLAND, *Précis*, cit., págs. 279 y siguientes.

(29) *Precis élémentaire de Droit administratif*, París, 1926, pág. 460.

(30) «El llamado «monumento jurídico de la Revolución francesa», en su conjunto, fué valorado desde sus orígenes hasta hoy mismo en aspectos más visibles y brillantes que el oscuro y apenas notado del régimen administrativo. Pero ya hoy el tiempo ha cuarteado el grueso de sus construcciones, y ha puesto ceniza en las que todavía se mantienen en pie; solamente el régimen administrativo, que acaso como criatura napoleónica

cuyo reflejo es la esfera procesal. La Administración pública actúa sometida al Derecho, pero a un Derecho especial. Consecuencia de su carácter público es que sus actos están investidos de presunción de legitimidad (31) y son ejecutivos (32). El reflejo de esta posición exorbitante de la Administración en la esfera procesal es indudable (33) :

a) Por un lado, como la Administración goza del privilegio del *prealable* (en terminología francesa), puede decidir por sí las cuestiones surgidas con los particulares. «La Administración—se ha dicho—no tiene necesidad de recurrir al juez para procurarse un título ejecutorio; ella establece este título». En una palabra, la Administración pública no tiene que acudir como demandante ante la jurisdicción administrativa. No tiene que incoar un proceso declarativo, de cognición o declaración. Goza de un privilegio consistente en poder resolver por el procedimiento de la «autodefensa» los litigios con los particulares. Consecuencias :

1.^a) Que será el particular el que tiene que adoptar la posición de demandante frente a la Administración, ante la jurisdicción administrativa. La jurisdicción administrativa intervendrá *a posteriori* para fiscalizar la autodefensa administrativa.

2.^a) Que si el particular tiene que hacer valer sus derechos frente a la Administración, cuando aún no existe acto administrativo, tiene que acudir previamente ante la Administración, deduciendo la oportuna reclamación administrativa, y sólo cuando ésta es dene-

llevaba en germen ya la superación del liberalismo, ha resistido los embates del tiempo, e incluso ha salido fortalecido y potenciado del avatar histórico. El régimen administrativo, que continuó, en efecto, según la observación de Tocqueville, la estructura de poder del antiguo régimen, pero que agregó a la misma el ingrediente decisivo de la garantía jurídica en la relación con los súbditos, ha trascendido también al tiempo nuevo, y para una y otra de esas dos vertientes que lo definen —poder y libertad jurídica— reserva el momento su más despierta sensibilidad». GARCÍA DE ENTERRÍA, prólogo a *De la Administración pública con relación a España*, de Oliván, edición de 1954, págs. 7 y s.

(31) Cfr. TREVES, *La presunzione di legittimità degli atti amministrativi*, 1936.

(32) Sobre el principio, entre los autores de habla española, vid. RODRÍGUEZ MORO, *La ejecutividad del acto administrativo*, Madrid, 1949; CARRILLO, *Ejecutoriedad del acto administrativo*, Anuario del Instituto de Derecho público, Rosario (Argentina), tomo VII (1946), págs. 193 y ss.

(33) Nos referimos aquí a los principios generales de un sistema administrativo, tal y como se desarrolló en Francia. Después nos ocuparemos de las características del proceso administrativo, con especial referencia al Derecho español.

gada por la Administración tiene abiertas las puertas para acudir a la jurisdicción administrativa (34). Por ello se ha dicho entre nosotros, recordando la frase de PUCHETTI, que el procedimiento administrativo no nos lleva al aula magna de la justicia administrativa, sino solamente a su vestíbulo (35).

b) Por otro lado, la Administración pública goza del privilegio de la acción de oficio; esto es, puede, a través de sus órganos, emplear el mecanismo de la ejecución forzosa para vencer la resistencia de los particulares a sus mandatos. Es decir, si el privilegio del *prealable* dispensa a la Administración de acudir a un proceso declarativo para obtener una sentencia en que se reconozcan sus pretensiones, el privilegio de la acción de oficio dispensa a la Administración de acudir a un proceso de ejecución para realizar, contra la voluntad del obligado, lo dispuesto en un acto administrativo (36). Y es más: cuando el particular inicia un proceso ante la jurisdicción administrativa solicitando la anulación de un acto, la iniciación del proceso no suspende la ejecución del acto, de tal modo que, al dictarse la sentencia, normalmente se habrá ejecutado el acto administrativo al que la misma se refiere.

C) Administración pública y Derecho común.

Ahora bien, la Administración pública no siempre actúa con su carácter privilegiado. A veces, la Administración pública actúa como cualquier otro sujeto de Derecho al satisfacer sus intereses peculiares. Puede comprar, vender, arrendar, con arreglo a las normas

(34) MALEZIEUX, Manuel, cit., pág. 145.

(35) La *decisión prealable*. Cfr. HAURIU, *Les éléments du contentieux*, «Recueil de législation Toulouse», 1905, págs. 46 y ss., y 1907, págs. 149 y ss. Ahora bien, la regla general no impide que, en ciertos casos, pueda el particular acudir directamente a los órganos jurisdiccionales. Cfr. artículo 3.º, Decreto de 30 de sept. de 1953, que reformó la jurisdicción administrativa francesa. Cfr. CHOUBLIE ET COMPAIN *Les nouveaux Tribunaux administratifs*, París, 1954, págs. 101 y sgs., y BONNET ET PALVADREAU, *Les nouveaux Tribunaux administratifs régionaux*, París, 1954, pág. 29. Con la reforma se ha intentado unificar el sistema en la esfera central y regional pues antes en la esfera provincial no se exigía, en principio, la *decisión prealable*, a diferencia de la central. Cfr. MEJEAN, *La procédure devant le Conseil de Prefecture*, París 1949, págs. 40 y ss.

(36) SEGISMUNDO ROYO-VILLANOVA, *El procedimiento administrativo como garantía jurídica*, «Revista de Estudios Políticos», núm. 48, pág. 118. En análogo sentido, CARRILLO FLORES, *La defensa jurídica de los particulares frente a la Administración en México*, México, 1939, pág. 127.

jurídico-privadas. Puede contratar con obreros para llevar a cabo las prestaciones necesarias, con arreglo a la legislación laboral. Puede realizar actividad industrial como cualquier empresa privada, con arreglo a la legislación mercantil. Puede acudir a los Tribunales para exigir la responsabilidad penal de las personas con ella relacionadas.

En estos casos no goza de aquellos privilegios. Y si en algún caso ha intentado hacer uso de los mismos, la jurisprudencia se lo ha negado. Por ejemplo, dentro de la jurisprudencia española de conflictos reciente, así se ha afirmado en un Decreto de la Jefatura del Estado, resolutorio de una cuestión de competencia, de 21 de mayo de 1955. Al enfrentarse con un caso en que una entidad local había incoado la vía de apremio para cobrar el precio del arrendamiento de un local de la entidad, el Decreto citado afirma que no ha debido utilizarse el procedimiento administrativo de apremio para el cobro de lo adeudado por precio de arrendamiento, por tratarse de un contrato civil, y que debió haberse acudido a la jurisdicción ordinaria, única competente para conocer de las pretensiones dimanantes de un contrato civil (37).

Se ha explicado esta existencia de actividad administrativa sometida al Derecho común como una supervivencia de la doctrina del Fisco. Como el Derecho administrativo—se afirma—es una construcción teórica superpuesta a la del Fisco, coexisten simultáneamente conquistas de una y otra doctrina (38). El problema deberá resolverse hoy con arreglo a otras bases. La Administración pública deberá actuar en una u otra forma, según las necesidades que ha de satisfacer: allí donde la prerrogativa es necesaria, la Administración pública debe actuar como tal, haciendo uso de sus prerrogativas de Poder; cuando la prerrogativa no sea necesaria, actuará como cualquier otro sujeto de Derecho.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que incluso en estos casos

(37) Cfr. CHINOT, *Le privilège*, cit., pág. 35. A esta posibilidad de ejecución coactiva del acto administrativo se denomina por cierto sector ejecutoriedad. M. S. GIANNINI, por ejemplo, dice que la ejecutoriedad es la posibilidad que tienen las autoridades administrativas de usar los procedimientos administrativos de ejecución en caso de resistencia por parte de los sujetos obligados. Cfr. *Lezioni di Diritto amministrativo*, Milano, 1950, I, pág. 421.

(38) Cfr. LAVAU, *Du caractère non suspensif des recours devant les Tribunaux administratifs*, «Revue de Droit public», 1950, págs. 777 y ss.

la Administración pública conserva ciertos privilegios frente a las personas que con ella se relacionan. Ni siquiera en el campo de las relaciones civiles la Administración pública es, realmente, un sujeto común del Derecho, esto es, un sujeto que actúa en plano de absoluta igualdad, sin estar investido de prerrogativa alguna. Esto se comprueba, particularmente, en la esfera procesal. Es cierto que la Administración pública, cuando actúa sometida al Derecho común, no goza del privilegio de la autodefensa para hacer valer sus pretensiones frente a los particulares. La Administración pública ha de acudir al correspondiente proceso, y serán los órganos jurisdiccionales los que decidirán acerca de la conformidad o disconformidad de la pretensión deducida por la entidad administrativa, y, en consecuencia, actuarán o se negarán a actuar la pretensión. Pero en los procesos en que la Administración pública es parte, incluso en aquellos procesos que no se refieren a las relaciones jurídico-administrativas (39), quiebra aparatosamente el principio de igualdad de las partes. La Administración pública no es una parte más en el proceso. La Administración pública es una parte privilegiada.

Pues bien, el objeto del presente trabajo consiste, precisamente, en señalar las especialidades que ofrece un proceso cuando la Administración pública es parte. No se trata, naturalmente, de hacer un estudio completo de tales procesos, sino únicamente de señalar las características peculiares que ofrece la intervención de la Administración en los mismos, en sus dos aspectos. Es decir, cuando la Administración pública no actúa como tal, sino como persona sometida al Derecho común, y cuando la Administración pública actúa en un proceso administrativo.

II. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y PROCESO

En aquellos casos en que la Administración pública actúa como cualquier otro sujeto de Derecho, sometida al Derecho común, ha de acudir al proceso como las demás personas. Será demandante o demandada como cualquier persona jurídica. Sin embargo, incluso en esta esfera de actuación de la Administración, cabe encontrar,

(39) GARRIDO FALLA, *Sobre el Derecho administrativo y sus ideas cardinales*, «Revista de Administración pública», núm. 7, pág. 25.

como se ha dicho, ciertas especialidades, impuestas por el carácter público de las entidades administrativas. En el Derecho español, las más importantes son las siguientes: posibilidad de autodefensa en ciertos casos, reclamación previa ante la Administración y ejecución de sentencias frente a la Administración.

A) *Posibilidad de autodefensa.*

La Administración pública conserva, dentro de las relaciones civiles, la posibilidad, limitada a ciertos casos, de poder satisfacer sus pretensiones sin necesidad de acudir a la vía procesal; puede, por el mecanismo de la autodefensa, satisfacer sus pretensiones frente a los particulares. Los supuestos más característicos en el Derecho español son los siguientes: en orden a la propiedad, el deslinde; en orden a la posesión, la recuperación; en orden a la contratación, la rescisión y resolución. Muy someramente nos referimos a cada uno de estos privilegios de la Administración.

1. *Deslinde.*—Entre las facultades dominicales que enumera el Código civil, se encuentra la de deslindar las fincas objeto de la propiedad. El art. 384 del Código, dice: «Todo propietario tiene derecho a deslindar su propiedad, con citación de los dueños de los predios colindantes». Pues bien, cuando la propietaria es una entidad administrativa se permite el deslinde administrativo, no sólo respecto de los bienes de dominio público, sino también respecto de los bienes patrimoniales. El Reglamento de bienes de las entidades locales, aprobado por Decreto de 27 de mayo de 1955, lo establece expresamente. En su art. 44 se dice que las Corporaciones locales tendrán la facultad de promover y ejecutar el deslinde entre los bienes de su pertenencia y los de los particulares cuyos límites aparecieren imprecisos o sobre los que existieren indicios de usurpación». Y tal facultad se reconoce incluso respecto de aquellos bienes situados fuera del término de su jurisdicción, para lo cual se librará «exhorto a la entidad en cuyo territorio radicaren, para que, por su mediación, se desarrollen los actos correspondientes» (art. 56). Consecuencia de esta facultad de la Administración, exorbitante del Derecho común, es que el particular que con ella se relacione deberá solicitar el deslinde (si él es el interesado en que se lleve a cabo) ante la propia entidad administrativa que le llevará a cabo, y que deberá

adoptar la posición de demandante en el correspondiente proceso. Según el art. 43 del Reglamento de bienes citado, «contra el acuerdo aprobatorio del deslinde cabrá recurso contencioso-administrativo si se adujeran infracciones de procedimiento, y ante la jurisdicción ordinaria, cuando se alegare la lesión de los derechos de propiedad o servidumbre».

2. *Recuperación de la posesión.*—Las leyes civiles regulan un proceso sumario especial, en el que se protegen las facultades inherentes a la posesión. Estos procesos sumarios se conocen en Derecho español con el nombre de «interdictos». Según el art. 1.651 de la ley de Enjuiciamiento civil, «el interdicto de retener o recobrar procederá cuando el que se halle en posesión o en la tenencia de una cosa haya sido perturbado en ella por actos que manifiesten la intención de inquietarle o despojarle o cuando haya sido ya despojado de dicha posesión o tenencia», y según el art. 1.653 de la misma ley, es necesario que la demanda se deduzca «antes de haber transcurrido un año a contar desde el acto que la ocasione», lo que es una consecuencia del art. 460, núm. 4.º, del Código civil, según el cual se pierde la posesión «por la posesión de otro, aun contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiese durado más de un año». Pues bien, estos preceptos sufren una derogación importante cuando, de una u otra forma, resulta afectada la Administración pública. En efecto:

a) La Administración pública no tiene necesidad de interdictos para ser respetada en su posesión. En cualquier momento puede recobrar por sí, sin acudir a los Tribunales, la tenencia de sus bienes de dominio público, y «cuando se tratare de bienes patrimoniales, el plazo para recobrarlos será de un año, a contar del día siguiente a la fecha en que se hubiera producido la usurpación», pues transcurrido ese tiempo procederá la acción correspondiente ante los Tribunales ordinarios. Así lo dispone el art. 55 del Reglamento de bienes de las Corporaciones locales (40).

(40) Que la Administración pública actúa en los procesos, incluso en los procesos administrativos, como auténtica parte personal, es algo indudable. Cfr., por ejemplo: GARBAGATI, *La giurisdizione amministrativa*, Milano, 1950, págs. 103 y ss.; ALESSI, *Le parti nel giudizio amministrativo*, Roma, 1915, y *Sistema*, cit., pág. 643; SALEMI, *Il concetto di parte e la pubblica amministrazione nel processo civile, penale e amministrativo*, Roma, 1916; ZANOBINI, *Corso*, 7.ª ed., Milano, 1954, II, págs. 254 y ss.

b) El particular no puede, cuando se ve perturbado en su posesión, acudir a los interdictos frente a la Administración. Este principio general se ha venido proclamando con reiteración en nuestra jurisprudencia de conflictos. Sin embargo, conviene hacer una observación importante: es cierto que la Administración pública no puede ser demandada en vía interdictal por los particulares cuya posesión ha sido perturbada. Pero, para ello, es necesario que la Administración pública actúe dentro de su esfera de atribuciones. Por eso la Ley de Expropiación Forzosa vigente, de 16 de diciembre de 1954, en su art. 125, dispone que «siempre que sin haberse cumplido los requisitos sustanciales de declaración de utilidad pública o interés social, necesidad de ocupación y previo pago o depósito, según proceda, en los términos establecidos en esta ley, la Administración ocupe o intentare ocupar la cosa objeto de la expropiación, el interesado podrá utilizar, aparte de los demás medios legales procedentes, los interdictos de retener y recobrar, para que los jueces le amparen y, en su caso, le reintegren en su posesión amenazada o perdida» (41).

3. *Resolución unilateral de los contratos.*—Es principio general, que se ha venido proclamando con reiteración por la doctrina española, que mientras la Administración pública goza de los privilegios propios del régimen administrativo en las relaciones contractuales de carácter administrativo (por tanto, de los privilegios de la decisión ejecutiva y de la acción de oficio) (42), carecía de tal posición privilegiada respecto de los contratos civiles (43). Ahora bien, esta diferenciación entre contratos administrativos y contratos civiles, que se mantiene en España en la esfera de la Administración central, ha sido suprimida en la esfera local por el nuevo Reglamento

(41) Sobre el problema: CLAVERO ARÉVALO, *La recuperación administrativa de los bienes de las Corporaciones locales*, «Revista de Administración pública», núm. 16, págs. 117 y ss., y GARCÍA DE ENTERRÍA, *Dos estudios sobre la usucapción en Derecho administrativo*, Madrid, 1955, págs. 179 y ss.

(42) Cfr., por ejemplo, comentario al Decreto de 21 de mayo de 1953, en «Revista de Administración pública», núm. 11, págs. 170 y ss.

(43) Cfr. por ejemplo: GALLOSTRA, *Lo contencioso-administrativo*, Madrid, 1881; ALFARO, *Tratado completo de lo contencioso-administrativo*, Madrid, 1875, pág. 88; ABELLÁ, *Tratado teórico-práctico de lo contencioso-administrativo*, Madrid, 188..., pág. 202; GONZÁLEZ PÉREZ, *Los contratos administrativos y el proceso de lesividad*, «Revista de estudios de la vida local», núm. 71, págs. 696 y ss.

de contratación de las Corporaciones locales, aprobado por Decreto de 9 de enero de 1953. Este Reglamento somete al mismo régimen a «los contratos que celebren las Corporaciones locales». La doctrina ha censurado esta innovación legislativa (44). Pero lo cierto es que, con arreglo al Derecho vigente español, cualquiera que sea la naturaleza de los contratos, «si el contratista incumpliere las obligaciones que le incumban, la Corporación estará facultada para exigir el cumplimiento o declarar la resolución del contrato» (art. 65, párrafo 1.º, del Reglamento de contratación citado) (45).

B) *Reclamación previa ante la Administración.*

En aquellos casos en que ha de demandarse a la Administración ante la jurisdicción ordinaria, se exige con carácter previo la reclamación previa ante la misma. Nuestras leyes denominan a esta reclamación «reclamación previa en vía gubernativa», que viene a sustituir al acto de conciliación (no exigido cuando es demandada una entidad administrativa, según el núm. 3.º del art. 460 de la Ley de Enjuiciamiento civil) (46) y que se configura como presupuesto procesal, que puede dar lugar a la llamada «excepción dilatoria», prevista en el apartado 7.º del art. 533 de la Ley de Enjuiciamiento civil. Su regulación es distinta, según se formule ante el Estado o ante una entidad local.

1. *Reclamación previa ante el Estado.*—La disposición funda-

(44) Como señala la S. de 20 de abril de 1936, son características de los contratos administrativos «las cláusulas exorbitantes o derogatorias del Derecho común que asumen la consideración de una competencia administrativa retenida... las cuales, por no hallar equivalencia en Derecho civil, donde juegan los elementos personales en plano de igualdad, sólo pertenecen al dominio de los poderes estatales, que las imponen a virtud de imperio». Existe jurisprudencia reiterada sobre la distinción entre contratos administrativos y civiles. La diferencia radica, según la doctrina jurisprudencial, en su objeto: según se refieran directamente a obras o servicios públicos.

(45) GARCÍA DE ENTERRÍA, *Dos regulaciones orgánicas de la contratación administrativa*, «Revista de Administración pública», núm. 10, páginas 268 y ss.

(46) Cfr. CLAVERO, *Consideraciones generales sobre la vía gubernativa*, en «Estudios dedicados al Profesor García Oviedo», Sevilla, 1954, I, páginas 219 y ss.; GARCÍA OVIEDO, *Derecho administrativo*, 1953, I, págs. 295 y ss.; S. ROYO-VILLANOVA, *El procedimiento administrativo*, cit., páginas 108 y ss.; A. GENDIN, *Manual de Derecho administrativo*, Barcelona, 1954, págs. 636 y ss.

mental que la regula es el Real decreto de 23 de marzo de 1886, que se exige se decida acerca de la reclamación por el Ministro del ramo, previo informe de la Dirección General de lo Contencioso. A fin de que la no resolución de la reclamación previa pueda obstaculizar el acceso a la vía procesal, el Real decreto de 1886 adopta la doctrina del silencio administrativo al afirmar que si no se comunicase la resolución del interesado en el plazo de cuatro meses desde la presentación de la instancia, se entenderá denegada la solicitud para el efecto de dejar expedita la vía judicial (art. 1.º, regla 8.ª). Por ello se ha citado el Real decreto de 1886 entre las primeras disposiciones que, en España, han adoptado la doctrina del silencio administrativo (47). En supuestos especiales, la reclamación previa se regula por disposiciones propias en vez de por el Real decreto de 1886. Pero en todos los casos el carácter de la reclamación es el mismo e idéntico su fundamento: que la Administración pueda examinar la pretensión que se piensa deducir frente a ella en un proceso fuera de la conciliación, a fin de examinar su fundamento, con objeto de evitar un proceso cuando las razones del demandante son indiscutibles.

2. *Reclamación previa ante las entidades locales.*—Según el artículo 376 de la Ley de Régimen Local (texto refundido de 24 de junio de 1955), «no se podrán ejercitar acciones civiles contra las Autoridades y Corporaciones locales sin previa reclamación ante las mismas». Según el art. 343 del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Corporaciones locales, aprobado por Decreto de 17 de mayo de 1952, la reclamación «podrá interponerse en cualquier tiempo y habrá de formularse por escrito en el que se fundamente la pretensión, que se entenderá denegada si no recayese resolución en el plazo de dos meses».

C) *Ejecución de sentencias frente a la Administración.*

A los Tribunales corresponde la potestad «de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado». Así lo dispone el art. 2.º de la Ley orgánica del poder judicial español. Por tanto, una vez dictada sentencia decidiendo acerca

(47) PÉREZ SERRANO, *El silencio administrativo ante la doctrina jurisprudencial*, Madrid, 1952, pág. 9.

de la conformidad de la pretensión con el ordenamiento jurídico, en aquellos casos en que exija una conducta del condenado, los Tribunales tendrán competencia para procurar la ejecución forzosa o forzada contra la voluntad del obligado. La ejecución constituye, por tanto, el punto culminante de la realización del Derecho (48). Con arreglo a los principios generales de la Ley de Enjuiciamiento, corresponde la ejecución de la sentencia al Juez o Tribunal que hubiere conocido del asunto en primera instancia (art. 919), y si la sentencia condenare al pago de una cantidad líquida y determinada, se procederá siempre, y sin necesidad de previo requerimiento personal al condenado, al embargo de bienes del deudor (art. 921).

Pues bien, estos principios generales sufren una importante derogación cuando la condenada es la Administración pública. En estos casos, ningún Tribunal puede despachar mandamientos de ejecución ni dictar providencias de embargo contra las rentas y caudales públicos. Así lo establece el art. 15 de la ley de Administración y Contabilidad del Estado y el art. 3.º del Real decreto de 8 de septiembre de 1903, así como alguna decisión jurisprudencial (49). Por tanto, esta limitación de la jurisdicción frente a la Administración no es exclusiva de los procesos administrativos (50). Se da también en los procesos civiles y en cualquiera otro en que para ejecutar la sentencia se exija la indemnización de daños o la condena a pagar cantidad pecuniaria (51).

No se trata de una especialidad del Derecho español. Por el contrario, se encuentra establecida en casi todos los ordenamientos jurídicos. Refiriéndose al ordenamiento mejicano, el Profesor GABINO FRAGA ha dicho: «El Código Federal de Procedimientos civiles de 31 de diciembre de 1942, aunque ha sido muy cuidadoso de conservar la igualdad de las partes en el proceso, dispone en su art. 4.º que

(48) KISCH, *Elementos de Derecho procesal civil*, ed. española, 1932, pág. 331; GONZÁLEZ PÉREZ, *La sentencia administrativa*, Madrid, 1954, página 307.

(49) V. gr.: Sentencia de 20 de diciembre de 1911. Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, *La sentencia administrativa*, cit., pág. 318.

(50) Cfr. GUENECHEA, *Ensayo de Derecho administrativo*, 1915, II, pág. 888; ROYO-VILLANOVA, *Elementos de Derecho administrativo*, II, pág. 870; PRIETO CASTRO, *Tratado de Derecho procesal civil*, Madrid, 1952, II, página 136; A. GENDIN, notas al FLEINER, *Instituciones de Derecho administrativo*, Madrid, 1933, pág. 173.

(51) Cfr., por ejemplo, LESSONA, *Introduzione al Diritto amministrativo*, Firenze, 1952, pág. 182.

las instituciones, servicios y dependencias de la Administración pública de la Federación y de las entidades federativas tendrán, dentro del procedimiento judicial, en cualquier forma en que intervengan, la misma situación que otra parte cualquiera ; pero nunca podrá dictarse en su contra mandamiento de ejecución ni providencia de embargo y estarán exentos de prestar garantías que este Código exija a las partes. Las resoluciones dictadas en su contra serán cumplimentadas por las autoridades correspondientes, dentro de los límites de sus atribuciones...» (52). Como fundamento de esta especialidad, se señala :

1) Que no es posible que se emplee la coacción por un órgano del Estado sobre sí mismo. (Esta fundamentación, que se encuentra, por ejemplo, en la Exposición de Motivos del Código Federal de procedimiento administrativo mejicano (53), es discutible. Pues puede resolverse atribuyendo a órganos con independencia la facultad de ejecución. En último término, el Estado de Derecho es posible gracias a la independencia que gozan los órganos de distinto carácter.

2) Que, con carácter general, se proclama la imposibilidad de realizar pago alguno que no esté comprendido en el Presupuesto o en una ley especial (por ejemplo, art. 32 de la Ley de Administración y Contabilidad), y «si fuera posible que la Autoridad judicial practicara embargo o decretara aplicación de fondos, tal Autoridad intervendría en el dominio financiero del Estado, invadiendo la competencia en esa materia» (54).

III. EL PROCESO ADMINISTRATIVO

A) *Aparición del proceso administrativo.*

1. Como antes se ha dicho, en un principio, el régimen administrativo impidió la existencia de un auténtico proceso administrativo, esto es, que las pretensiones deducidas frente a la Administración pública fuesen examinadas y actuadas en su caso por órganos independientes de la Administración. La errónea interpretación del

(52) *Derecho administrativo*, Mexico. 1952, pág. 535.

(53) Cfr. FRAGA, ob. cit. en nota anterior.

(54) FRAGA, ob. y loc. cit.

principio de división de poderes por parte de los revolucionarios franceses (55), y la proclamación como principio fundamental el de la independencia de la Administración respecto de los Tribunales, implicaba la necesidad de que los particulares dedujeran sus pretensiones ante los mismos órganos de la Administración activa; eran ellos mismos los que decidían acerca de la conformidad de aquellas pretensiones con el ordenamiento jurídico (56). Incluso después cuando se crearon órganos de lo contencioso-administrativo, la Administración pública conservaba—retenía—la facultad de decidir en definitiva acerca de las pretensiones procesales deducidas frente a la Administración. Así surgió el llamado sistema de jurisdicción retenida, que no era en realidad verdadera jurisdicción, ni su actividad judicial, sino administrativa, aun cuando el procedimiento seguido ante la misma tuviese todas las características formales del proceso (57). De aquí que se haya hablado de «autodefensa procesalizada» (58). En España, la evolución ofreció características similares, y cuando se crean unos órganos de lo contencioso-administrativo, también gozan de la facultad de decidir los litigios entre la Administración y los particulares, pues la Administración activa retiene aquella facultad (59).

2. Pero aquella situación va a ser superada después de una lenta y progresiva evolución. Aun partiendo de la concepción francesa de independencia de la Administración frente a los Tribunales, se va a afirmar la necesidad de que los órganos de la jurisdicción administrativa gocen de independencia frente a la Administración activa (60). Y así va a surgir el proceso administrativo confiado a órganos jurisdiccionales que, aun independientes de la Administración

(55) Así se califica por la generalidad de la doctrina. A título de ejemplo, cfr. SAYAGÜÉS, *El Tribunal de lo contencioso-administrativo* (separata de la «Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales»), Montevideo, 1952, pág. 10.

(56) Cfr. *ut supra*, apartado I, B, 1.

(57) GUASP, *Administración de justicia y derechos de la personalidad*, «Revista de Estudios Políticos», núm. 17, pág. 104 y ss.

(58) ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, México, 1947, pág. 39.

(59) Sobre la evolución, cfr. LÓPEZ RODO, *Le recours contentieux administratif en Espagne*, «Revue Internationale des Sciences Administratives», México, 1947, pág. 39.

(60) *Administrativo*, cit., I, págs. 439 y ss.

(60) Cfr. *ut supra*, apartado I, B, 2.

activa, están encuadrados en la organización administrativa, en vez de en la organización judicial (61). Ahora bien, ¿es esencial al proceso administrativo que los órganos jurisdiccionales estén encuadrados en la Administración? En absoluto. Y ni siquiera existen razones que justifiquen, con generalidad, aquel sistema. La única idea del régimen francés de valor permanente es la de la idoneidad del personal que ha de resolver las pretensiones procesales administrativas. Pero respetando esta idea fundamental, es indiferente que los órganos de la jurisdicción administrativa estén encuadrados en la organización judicial o en la organización administrativa (62). Por eso en España puede hablarse de la existencia de un proceso administrativo, aun cuando los órganos jurisdiccionales ante los que se desarrolla estén encuadrados en la organización judicial (63), si bien no se apliquen las reglas ordinarias sobre reclutamiento del personal judicial (64).

3. Si, como ha dicho ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, los tres conceptos fundamentales del Derecho procesal lo constituyen la jurisdicción, la acción y el proceso (65), para que pueda hablarse de un proceso administrativo en sentido propio es necesario:

a) La existencia de una jurisdicción especial, o mejor, de unos órganos jurisdiccionales a los que, con independencia de los demás, se les confíe el examen de las pretensiones fundadas en preceptos de Derecho administrativo. Pero es indiferente que tales órganos jurisdiccionales estén encuadrados en la organización administrativa—sistema típico francés—, en la organización judicial—como en España—o sean independientes de la organización administrativa y judicial (66).

(61) Cfr. nota 21.

(62) Es más, en los pueblos hispánicos, lo normal es, incluso en aquellos que atribuyen la jurisdicción administrativa a órganos especiales, estructurarlos en la organización judicial.

(63) Desde 1904, en que se separó la jurisdicción administrativa del Consejo de Estado. La tendencia de la doctrina española dominante consiste en mantener tal organización, si bien procurando una especialización del personal que ha de formar parte de las Salas con jurisdicción en materia administrativa, tendencia que probablemente tendrá acogida en la nueva ley de la jurisdicción contencioso-administrativa que prepara el Gobierno.

(64) Y se da entrada a destacados funcionarios de la Administración.

(65) *Proceso, autocomposición y autodefensa*, cit., pág. 97.

(66) Sistema que tuvo acogida en Alemania y en alguno de los pueblos

b) Que el objeto de los procesos lo constituyan las pretensiones fundadas, precisamente, en normas de Derecho administrativo (67).

c) Que el proceso en que se deducen y examinan tales pretensiones se regule de modo especial y diferente a los demás procesos ordinarios y a los demás procesos especiales (68).

Por ello, no cabrá hablar de proceso administrativo, en sentido propio, en aquellos países en que falta jurisdicción especial administrativa y proceso diferenciado para examinar las pretensiones fundadas en normas jurídico-administrativas.

4. A continuación vamos a examinar los principios generales que inspiran la regulación del proceso administrativo, con especial referencia al Derecho español. En una palabra, las ineludibles consecuencias que impone la existencia de un régimen administrativo, al lado de otras características accidentales. Pues aun cuando la Administración pública es parte procesal, conserva privilegios indudables, lo que no es de extrañar si conserva tales privilegios incluso cuando interviene en un proceso ordinario.

B) *Posición jurídica de la Administración pública.*

1. Consecuencia de las prerrogativas típicas del régimen administrativo, en virtud de las cuales la Administración puede dirimir las cuestiones suscitadas con los particulares a través del mecanismo de la autodefensa (69), la Administración pública no tiene por qué acudir como demandante ante la jurisdicción administrativa. Cuando quiera hacer valer sus pretensiones, lo hará a través de sus órganos. Cuando el particular quiera hacer valer sus pretensiones frente a la Administración, tendrá que acudir a ésta (70). Por tanto,

hispanicos, como Panamá. Cfr. DÍAZ, *La jurisdicción contencioso-administrativa en Panamá*, Panamá, 1947.

(67) Esta característica, por sí sola, no puede ser bastante a efectos de afirmar la existencia de un proceso administrativo, pues en muchos países las pretensiones fundadas en normas de Derecho administrativo se deducen en los procesos civil o político.

(68) En algunos casos se regula especialmente el proceso cuyo objeto son pretensiones fundadas en Derecho administrativo, si bien se atribuye a la jurisdicción ordinaria. V. gr.: Provincia argentina de Santa Fe. Cfr. DANA, *El nuevo Código de lo contencioso-administrativo de la provincia de Santa Fe*, 1951.

(69) Cfr. *ut supra*, apartado I, B, 3.

(70) Pues sólo si existe la decisión previa es posible acudir a los Tribunales, bien se trate de decisión expresa o presunta, en virtud de la doctrina del silencio administrativo.

la Administración pública, en un régimen administrativo puro, únicamente acudirá al proceso administrativo como demandada cuando el particular solicite del Tribunal la fiscalización de la autodefensa administrativa (71). En una palabra, el proceso administrativo siempre surge *a posteriori* de la autodefensa de que puede hacer uso la Administración pública.

2. En Derecho español, la regla general también es que la Administración sea demandada. Pero una peculiaridad del mismo (72) consiste en que existen casos en que la Administración pública acude como demandante ante la jurisdicción administrativa. No se trata de aquellos casos en que una entidad administrativa demanda a otra entidad distinta (v. gr., una entidad local al Estado), lo que no es exclusivo de nuestro ordenamiento jurídico, sino de procesos en que la Administración pública, una entidad administrativa, demanda de la jurisdicción administrativa la anulación de uno de sus actos. Esta figura anómala entra en juego en aquellos casos en que la Administración no puede hacer uso de su facultad autodefensiva; concretamente, cuando ante un acto declaratorio de derechos no puede declarar su nulidad o anulación por sí, según reiterada jurisprudencia (73). Discutida por parte de la doctrina esta figura del proceso administrativo español (74), se ha justificado como una conciliación del interés público con el interés particular. En aquellos casos en que el interés público exija la anulación de un acto que haya declarado derechos a favor de los particulares (75), no parece prudente que la Administración acuerde la anulación por sí, pero tampoco debe de impedírsele la posibilidad de solicitar la anulación

(71) Sin que esto quiera decir que se trate el proceso administrativo de una segunda instancia (de un recurso) de la vía administrativa.

(72) Y, por su influencia, de otros ordenamientos jurídicos, v. gr.: Cuba. Cfr. ALVAREZ TABIO, *El proceso contencioso-administrativo*, La Habana, 1954, y BUSTELO, *La lesividad de los actos administrativos*, La Habana, 1952.

(73) Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, *La revocación de los actos administrativos en la jurisprudencia española*, «Revista de Administración pública», número 1, págs. 149 y ss.

(74) GARCÍA DE ENTERRÍA, *La configuración del recurso de lesividad*, «Revista de Administración pública», núm. 15, págs. 109 y ss.

Pero la generalidad encuentra justificada la institución. Vid., por ejemplo: GUAITA, *El proceso administrativo de lesividad*, Barcelona, 1953; GASCÓN HERNÁNDEZ, *La interposición del recurso contencioso-administrativo por la propia Administración*, «Revista de Estudios Políticos», núm. 7.

(75) GONZÁLEZ PÉREZ, *La reforma de la Ley de lo contencioso-administrativo*, «Revista de Derecho procesal» (española), 1954, 1. págs. 55 y ss.

ante los Tribunales, siempre que declare lesivo el acto a sus intereses en un plazo máximo de cuatro años, y será a partir de este momento—declaración de lesividad—desde el que se contará el plazo para «interponer recurso contencioso-administrativo» (76). Se trata, por tanto, de una limitación de las consecuencias del régimen administrativo.

C) *Objeto del proceso.*

Partiendo de que la pretensión procesal constituye el objeto del proceso (77), su estudio nos permitirá determinar el alcance del proceso administrativo; esto es, lo que se puede pedir del órgano jurisdiccional (pretensión) y lo que éste puede decidir frente a la Administración pública. Pues bien, clasificándose las pretensiones procesales en dos grupos fundamentales—pretensiones declarativas o de cognición y ejecutivas o de ejecución—, el problema se concreta a precisar si son admisibles ambos tipos en el proceso administrativo y cuál es el ámbito de cada uno de ellos.

1. *Pretensiones de cognición.*—Una clasificación de las pretensiones declarativas o de cognición, que tiene sus raíces en el Derecho francés, concretamente en la jurisprudencia del Conseil d'Etat, y que ha sido acogida en buena parte de los ordenamientos jurídicos, clasifica las pretensiones que pueden deducirse frente a la Administración en dos grupos: de plena jurisdicción y de anulación (78). La distinción entre ambos dió lugar a la división de dos «contenciosos», que no es, ni mucho menos, acertada (79). Lo que interesa es, prescindiendo de tal terminología, ver qué es lo que puede el demandante solicitar del Tribunal, dentro de las pretensiones declarativas, esto es, dentro de aquellas en que lo que se solicita es una declaración de voluntad, una sentencia (80), o lo que es lo mismo, aplicando una terminología procesal, si es posible admitir pretensiones

(76) GONZÁLEZ PÉREZ, *La declaración de lesividad*, «Revista de Administración pública», núm. 2, pág. 57.

(77) GUASP, *La pretensión procesal*, Madrid, 1952.

(78) Al lado de otras de escasa importancia que constituyen los contenciosos de interpretación y represión. Una exposición general del problema, en mi trabajo *La pretensión procesal administrativa*. «Revista de Administración pública», núm. 10, pág. 77 y ss.

(79) Sobre la crítica de la distinción, vid. ob. cit. en nota 75.

(80) Característica de las pretensiones declarativas. Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, *La pretensión procesal*, cit., pág. 92.

declarativas, constitutivas y de condena (81). En nuestra opinión, al menos con referencia al Derecho español, es posible admitir los tres en el proceso administrativo (82):

a) Las pretensiones serán *declarativas* cuando lo que se solicita del órgano jurisdiccional es que se declare la nulidad de un acto radicalmente nulo. Es cierto que, dentro de los supuestos de ineficacia de los actos administrativos, se ha discutido mucho la admisión de la nulidad absoluta. Pero en aquellos casos, limitadísimos por supuesto, en que se admita la nulidad absoluta, cuando el demandante se limita a pedir del Tribunal la declaración de nulidad, estaremos en presencia de una pretensión meramente declarativa. Si, en vez de la pretensión, hablamos de la sentencia, la sentencia será declarativa, aparte de aquellos casos en que es estimatoria de una pretensión meramente declarativa, en aquellos otros en que es desestimatoria, cualquiera que sea el tipo de pretensión deducida (83).

b) Las pretensiones serán *constitutivas* cuando se solicita del Tribunal la anulación de un acto administrativo. Siempre que el demandante, ante un acto anulable, solicita su anulación y meramente su anulación, estaremos en presencia de una pretensión constitutiva, ya que en la misma se solicita una modificación en el mundo jurídico; la sentencia que se dicte accediendo a la misma producirá una modificación en las relaciones jurídico-materiales (anulación del acto administrativo y extinción de las relaciones jurídicas nacidas como consecuencia del mismo). Es el supuesto normal en los llamados «contenciosos de anulación». Según reiterada jurisprudencia del Conseil d'Etat, en estos casos el Tribunal debe limitarse a anular el acto (84).

(81) La doctrina italiana se ha ocupado especialmente del programa. Cfr., en especial: CAMMEO, *La nullità parziale degli atti amministrativi e le giurisdizioni di annullamento*, «Giurisprudenza italiana», 1911, III, pág. 27; GUICCIARDI, *Sentenze dichiarative nel giudizio amministrativo*, «Giur. ita», 1951, III, pág. 122; FRAGOLA, *Necroscopia dell'atto amministrativo*, «Foro italiano», 1951, III, pág. 241; ALBINI, *Le sentenze dichiarative nei confronti della pubblica Amministrazione*, Milano, 1953, páginas 13 y ss.

(82) Cfr. *La pretensión procesal administrativa*, cit., págs. 92 y ss.

(83) GONZÁLEZ PÉREZ, *La sentencia administrativa*, cit., págs. 86 y ss.

(84) Cfr., por ejemplo: WALINE, *Le controle juridictionnel de l'Administration*, Le Caire, 1949, págs. 194 y ss.; HAURIU, *La jurisprudence administrative*, París, 1929, II, págs. 393 y ss.; ODENT, *Contentieux*, cit. págs. 419 y ss.; WEIL, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, París, 1952; POUSSIERE, *Recours pour excès de pou-*

c) Las pretensiones de *condena*. En nuestra opinión, tampoco ofrece dificultad la admisión de las llamadas pretensiones de condena; esto es, de aquellas pretensiones en que se solicita del órgano jurisdiccional no ya la anulación o declaración de nulidad de la decisión *prealable*, sino que se obligue a la parte demandada a realizar una prestación (v. gr., abonar una indemnización). Es más, en los supuestos llamados de «plena jurisdicción», en terminología francesa, lo normal son pretensiones de condena, porque para que la pretensión resulte satisfecha, no basta la anulación del acto administrativo con ocasión del cual se dedujo, sino que la Administración pública demanda realice una serie de actividades, a fin de restablecer una situación jurídica individualizada (85). La sentencia condenará a la Administración pública a realizar determinadas prestaciones. Y así lo admite nuestro Derecho positivo, como el art. 93 del texto refundido de la Ley de lo Contencioso-Administrativo de 1952, en que se habla de «cuando la Administración fuere *condenada*...».

Sin embargo, como para ciertos autores la posibilidad de dictar sentencias de condena depende de la posibilidad de ejecución forzosa frente a la entidad condenada (86), teniendo en cuenta que dentro del proceso administrativo —como después veremos— no es posible la ejecución forzosa frente a la Administración pública, se llega a la conclusión de la imposibilidad de sentencias de condena frente a la Administración pública. Creemos que se plantea equivocadamente el problema, pues son conceptos diferentes sentencia de condena y ejecución forzosa. Una sentencia es de condena cuando se obliga a una de las partes a realizar una determinada prestación, y ello es indudable que puede hacerlo un Tribunal de la jurisdicción administrativa. Problema distinto será si después ese Tribunal no puede llevar a cabo la ejecución forzosa y han de arbitrarse medidas indirectas de ejecución para lograr que la prestación sea realizada por la parte obligada (87).

voir *Les effets*, «Juris Classeur administratif», fasc. 665, págs. 4 y ss.; JOSSE, *Extension et limites des competences du Conseil d'Etat sur les actes, sur les juridictions, sur les ordres*, «Livre Jubilaire», cit. pág. 171.

(85) Cfr. por ejemplo, dentro de la doctrina española: BALLBE, *Comentarios de jurisprudencia administrativa*, «Revista jurídica de Cataluña», jul.-ag., 1946, pág. 129.

(86) ALFREDO ROCCO, *La sentencia civil*, México, 1944, pág. 13.

(87) Esto es, si es posible un proceso de ejecución, propiamente dicho, frente a la Administración pública.

2. *Pretensiones de ejecución.*—En ellas no se solicita del órgano jurisdiccional una declaración de voluntad (una sentencia), sino un hacer, la realización de una conducta. No se trata de discutir un derecho o la licitud de un interés, sino de procurar su satisfacción «sin o contra la voluntad del obligado» (88). En la mayoría de los ordenamientos jurídicos no se admite la ejecución forzosa frente a la Administración pública. Cuando los Estados modernos han admitido la posibilidad de que se dedujeran pretensiones frente a la Administración ante órganos jurisdiccionales, esto es, independientes de aquélla, se han quedado en el camino: admiten, efectivamente, un proceso declarativo en el que se examinan pretensiones de este tipo; sin embargo, al llegar el momento de la ejecución, suele privar a los órganos jurisdiccionales de potestades ejecutivas frente a la entidad administrativa condenada, arbitrando una serie de medidas indirectas para procurar la efectividad del fallo (89). El principio de que los Tribunales no pueden despachar mandamientos de ejecución ni dictar providencias de embargo contra las rentas y caudales públicos—antes señalado—, se da en general, cualquiera que sea el proceso de que se trate (90). Ante esta situación, ¿cabe afirmar la existencia de una auténtica pretensión procesal administrativa de ejecución? El precepto clave, dentro del Derecho español, para poder contestar a esta pregunta, es el que se recoge en el artículo 92, párrafos 6.º y 7.º, del texto refundido de la Ley de lo Contencioso-Administrativo de 1952. El texto del precepto, literalmente transcrito, es el siguiente: «Si dentro del referido plazo de dos meses, contados desde que reciba la Administración la copia de la sentencia, no adoptare el Gobierno o la Autoridad administrativa correspondiente alguna de las medidas consignadas en el primer párrafo de este artículo (91), sin perjuicio de la responsabilidad a que esto dé lugar, se ejecutarán las sentencias en la forma y términos que en el fallo se consignent bajo la personal y directa responsabili-

(88) CARNELUTTI, *Sistema de Derecho procesal civil* (ed. española), I, pág. 218.

(89) PLAZA, *Derecho procesal civil*, 3.ª ed., I, pág. 140; GUAYTA, *Ejecución de sentencias en el proceso administrativo español*, «Revista de Administración pública», núm. 9, págs. 58 y ss. Esta corriente legislativa ha sido criticada por ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, en la «Revista de la Facultad de Derecho de México», núms. 1-2, al recensionar mi trabajo sobre el tema.

(90) GONZÁLEZ PÉREZ, *La sentencia administrativa*, cit., págs. 318 y ss.

(91) Acordar la ejecución, suspensión o inexecución de la sentencia.

dad de los agentes de la Administración. El Tribunal sentenciador, mientras no conste en los autos la total ejecución de la sentencia o la efectividad de las indemnizaciones señaladas en sus casos respectivos, adoptará, a instancia de las partes interesadas, cuantas medidas y providencias sean adecuadas para promoverlas y activarlas. Si transcurrieren seis meses desde la fecha de la sentencia sin que el fallo se hubiese ejecutado, o desde la en que esté fijada la indemnización, o proveído lo conducente sin que se haya hecho efectivo, el mismo Tribunal directamente, a instancia de la parte litigante, dará cuenta a las Cortes, con copia certificada de los antecedentes necesarios que señale el Tribunal con audiencia de las partes, a fin de que se exijan las responsabilidades consignadas a la desobediencia de las resoluciones del Tribunal.»

A la luz de este artículo parece haberse contestado afirmativamente al problema de la admisión de un proceso de ejecución administrativo y, en consecuencia, de una pretensión procesal administrativa de ejecución. CUEVAS, en un trabajo publicado en la «Revista de Derecho público», afirmaba que, en los supuestos previstos en los párrafos citados, la competencia ejecutiva «revierte al Tribunal sentenciador, y éste obliga a los agentes de la Administración, bajo la personal y directa responsabilidad de los mismos, a cumplir el fallo» (92). Es decir, si hasta aquel momento—transcurso de los dos meses sin adoptar el acuerdo de no ejecutar o de suspender la ejecución—se afirma que la ejecución de la sentencia corresponde a la Administración, como hace reiterada jurisprudencia, según el art. 91 de la Ley de lo Contencioso, no es como consecuencia de especiales características del proceso administrativo, sino por seguir el criterio general de que, en principio, la ejecución del fallo corresponde a la parte condenada, no surgiendo la ejecución procesal hasta que ésta oponga resistencia a la ejecución. La única especialidad del proceso administrativo radicaría en el plazo que se confiere a la entidad administrativa condenada para acordar la suspensión o inexecución; pero incluso en estos casos existen profundas analogías entre el proceso civil y el administrativo, ya que si la entidad administrativa opta por la inexecución, lo que en realidad sucede es que se sustituye

(92) *La ejecución de sentencias en el contencioso-administrativo*, «Revista de Derecho público», 1934, pág. 291. Y así parece entenderse por alguna Sentencia, como la de 3 de abril de 1930.

la prestación que estaba obligada a hacer según la sentencia por la indemnización de perjuicios (93).

No obstante, no parece posible admitir en nuestro Derecho procesal administrativo una auténtica pretensión procesal administrativa de ejecución. Lo único que el art. 92 de nuestra Ley faculta a las partes es pedir del órgano jurisdiccional que adopte «cuantas medidas y providencias sean adecuadas» para *promover* y *activar* la ejecución, y en las palabras «promover» y «activar» vemos la imposibilidad de que el Tribunal realice verdaderos actos de ejecución «sin o contra la voluntad del obligado» (94). Buena prueba de ello es que, aun después de la adopción de tales medidas, el propio art. 92 admite que aún no haya sido posible ejecutar la sentencia, en cuyo caso la única salida que ve la ley es la adopción de medidas indirectas para lograr la efectividad del fallo (95).

D) *Nacimiento, desarrollo y terminación del proceso*

En orden al nacimiento, desarrollo y terminación del proceso, también se observan importantes especialidades, consecuencia de la posición privilegiada de la Administración pública. Porque, como ha dicho ALCALÁ-ZAMORA Y TORRES, «sea la Administración recurrida o recurrente, aparecerá siempre con privilegios, aisladamente cercenables o suprimibles, en su conjunto inevitables, ya que el Poder público es un gigante que mientras no esté derribado, por mucho que acepte encorvarse, siempre queda más alto que sus súbditos; y por eso es muy relativa la igualdad procesal de partes en los litigios que los enfrentan. Sin que el régimen político sea, como suele serlo en nuestro tiempo, muy socializado, muy autoritario, o las dos cosas

(93) Si bien para que la analogía fuese total sería necesario que únicamente se admitiera el sucedáneo de la indemnización cuando se dieran los supuestos excepcionales en que no fuese posible la ejecución.

(94) Lo que constituye, según se ha dicho, la característica de las pretensiones de ejecución.

(95) Como en la mayoría de los sistemas. Cfr., por ejemplo: FAYOLLE, *La force exécutoire des décisions de justice à l'encontre des Administrations publiques*, Nancy, 1926; JEZE, *De la force de vérité légale attachée par la loi à l'acte juridictionnel*. «Revue de Droit public», 1913, págs. 467 y ss.; JOSEF, *L'exécution forcée des décisions de juge administratif par la mise en jeu de la responsabilité pécuniaire du service public*, «Etudes et Documents», 1953, págs. 50 y ss.; TOULEMON ET BLIN, *Le respect de la chose jugée et la crise*, París, 1939; LAURENT, *L'indépendance de l'Administration et les décisions du Conseil d'Etat*, Aix-en-Provence, 1941.

a la vez, el interés público, invocado como presunción normal a favor de la Administración, gozará de primacía por su índole, por su personificación, por su destino, por su permanencia y hasta por su total volumen» (96). Pues bien, veamos las especialidades que el proceso administrativo ofrece en su nacimiento, en su desarrollo y en su terminación.

1. *Nacimiento del proceso.*—Merece especial atención el hecho de que la «interposición del recurso contencioso-administrativo» no produzca efectos suspensivos. Es decir, el acto administrativo podrá ejecutarse en vía administrativa, sin que la iniciación del correspondiente proceso suponga obstáculo alguno a la ejecución (97). Es cierto que, en ciertos casos, el demandante podrá solicitar del Tribunal la suspensión de la ejecución; pero tal facultad, ya de por sí limitada por la legislación, se restringe aún más en la práctica, por el rigor con que suelen interpretar la Ley de lo Contencioso-Administrativo los Tribunales (98). Ahora bien, existe un privilegio administrativo, agudamente señalado por ALCALÁ-ZAMORA y TORRES, en orden a la ejecución. Consiste en que, en aquellos casos en que la Administración pública es demandante con ocasión de sus actos declarados lesivos (99), aun cuando las resoluciones siguen siendo ejecutivas, como la ejecución es más facultad que imperioso deber de la Administración y depende de ella que durante la tramitación del proceso se ejecuten o no, procurará retrasar la ejecución. Es decir, que llevará a cabo lo dispuesto en el acto administrativo que dió lugar al proceso con diligencia, en los supuestos normales en que es demandada, y retrasará la ejecución en los especiales en que es demandante (100).

2. *Desarrollo del proceso.*—La instrucción ofrece en el proceso administrativo especialidades de importancia. La razón radica en que, como el proceso administrativo presupone una acción autodefensiva de la Administración pública, que se ha concretado en una

(96) *Lo contencioso-administrativo*, Buenos Aires, 1943, pág. 56.

(97) Cfr. nota 38.

(98) Cfr. ROYO-VILLANOVA, *Problemas del régimen jurídico municipal*, Madrid, 1944, págs. 46 y ss.

(99) *Lo contencioso-administrativo*, cit., págs. 59 y ss.

(100) Un completo estudio de las mismas, en BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953.

decisión ejecutiva (101), ello se habrá concretado en actuaciones determinadas (el expediente administrativo), expediente que deberá enviarse al Tribunal y que tendrá a la vista, así como las partes, al realizar los distintos actos procesales (102). Pues bien, en dicho expediente se encuentra recogida una serie de actuaciones previas, que harán inútil en gran parte la fase de instrucción y limitarán la conducta procesal de demandante y demandado. En ocasiones, la jurisprudencia española, en aplicación del llamado principio de «jurisdicción revisora, ha cercenado considerablemente la facultad de las partes, afirmando que las partes no podrán formular alegaciones que no sean reproducción de las hechas en «vía administrativa», ni proponer ni practicar pruebas que hayan podido presentarse en «vía administrativa». En realidad, tal interpretación exagerada ha venido a tenuarse en otras decisiones jurisprudenciales. La existencia del expediente administrativo hará innecesaria en muchos casos toda actividad probatoria, por ya figurar unidos al mismo los elementos de prueba que las partes hayan tenido necesidad de aportar en demostración de sus alegaciones. Pero en aquellos casos en que, a pesar del expediente administrativo, sea necesario practicar prueba, el Tribunal no debe de oponerse a ello (103).

3. *Terminación del proceso.*—La Administración pública ostenta privilegios importantes en orden a la terminación anormal del proceso. Existen dos supuestos de terminación anormal o extinción del proceso, en los que no se aplican a la Administración las normas procesales comunes. Son, con arreglo al Derecho español, la caducidad de instancia y el allanamiento.

a) *Caducidad de instancia.* Nuestra Ley de lo Contencioso-Administrativo, después de dar las normas sobre caducidad, estableciendo que se extinguirá el proceso «cuyo curso se detenga durante un año por culpa del demandante o recurrente» (art. 103), establece

(101) A través de un procedimiento (procedimiento administrativo), que, como antes se dijo, a veces adopta todas las características formales del proceso, regulándose una fase de instrucción (llamada de alegaciones), durante la cual los interesados pueden aportar todos los elementos de prueba que estimen necesarios para probar sus alegaciones.

(102) Procurando la legislación procesal administrativa que la Administración pública no obstaculice el proceso impidiendo o retrasando el envío del expediente administrativo al Tribunal.

(103) Me he ocupado de estos problemas en mi trabajo *La prueba en el proceso administrativo*, Madrid, 1954.

que tales disposiciones «no son aplicables a los pleitos en que la Administración sea demandante o recurrente» (art. 105), lo que ha sido censurado por la doctrina (104).

b) *Allanamiento*. Según el art. 25, párrafo primero de la Ley de lo Contencioso española, «cuando el representante de la Administración, debidamente autorizado, deje de impugnar la demanda, el Tribunal, llevando el pleito a la vista, dictará en su día el fallo que estime justo». De acuerdo con este precepto, se ha dicho que «al disponer que en los casos de haberse allanado a la demanda el representante de la Administración, dictará el Tribunal en su día el fallo que estime justo, no obliga a acceder de un modo automático a lo solicitado por el actor y requiere, por el contrario, el estudio preciso para determinar si se ha producido o no la vulneración de derecho invocada» (S. de 1 de mayo de 1951, entre otras). El fundamento de esta especialidad se concreta así: El principio de que la Administración no puede reformar sus actos declaratorios de derechos podría ser fácilmente burlado mediante un proceso simulado, en el que la Administración se allanara a la pretensión de anulación de un acto declaratorio de derecho (105). Este fundamento se ha recogido en alguna decisión jurisprudencial, como la Sentencia de 9 de enero de 1905, en la que se dice que, «aun cuando el fiscal, debidamente autorizado, se allanó a la demanda, el Tribunal, obligado por la Ley, ha traído los autos a la vista y ha dictado el fallo que estimó justo, que sólo así respetará los buenos principios de que la Administración no puede por sí misma revocar ni modificar sus propias providencias si causan estado, cuando producen o declaran derechos».

JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

Profesor adjunto en la Universidad de Madrid.
Registrador de la Propiedad.

(104) CABALLERO Y MONTES, *Lo contencioso-administrativo*, Zaragoza, 1904, III, pág. 388; GUAITA, *El proceso administrativo de lesividad*, cit., pág. 173; GONZÁLEZ PÉREZ, *La extinción del proceso administrativo*, Madrid, 1952, pág. 22.

(105) MANRESA, *Jurisdicción administrativa*, 1894, pág. 32; CABALLERO Y MONTES, ob. cit., II, pág. 131, y la mayoría de la doctrina posterior, por ejemplo, UBIERNA, *De lo contencioso-administrativo*, Madrid, 1948, pág. 138.

Una momia que puede resucitar: El censo consignativo

A. No hay duda de que las frases logradas tienen sus virtudes, entre las que se encuentra la de dar fijeza a los conocimientos, estimulando la memoria. Pero corren el grave peligro de convertirse en tópicos y de ser tomadas por verdades inconcusas, contra las cuales toda lucha o reacción parece inútil o muy difícil. Tal ocurre con una conocida frase (creo recordar que de TROPLONG), citada en una antigua edición del *Derecho Civil*, de CASTÁN, referida a los censos, a los que califica de momias del museo jurídico.

La verdad es que tales figuras han pasado por malos momentos en los que fueron blanco de la inquina y enemiga general. Por un lado, a la pura sustancia de índole jurídico-privada de semejantes instituciones se unió, al correr de los años, un no despreciable aditamento de naturaleza político-feudal que las hicieron odiosas. Las corrientes doctrinales que culminaron en la Revolución francesa y en el Código civil de Napoleón, contrarias a las situaciones político-sociales que en los censos se injertaban, quisieron hacer tabla rasa de ellos sin saber distinguir lo accesorio de lo principal ni la cáscara del fruto. Esto principalmente en lo que toca a la enfiteusis. Por otra parte, con referencia especialmente al censo consignativo y suscitadas por el temor a la usura, se decretaron gran número de disposiciones contrarias, canónicas y civiles.

Mas es cierto también que en tales contratos (despojados de la hoiarasca que en otros tiempos les cubrió y que hoy está universal-

mente considerada como bien marchita y caída) se hallan motivos suficientes que les avalan como instituciones útiles que han cumplido en la vida jurídica y social una función que tal vez no pueda considerarse acabada, a pesar de la existencia lánguida que hoy arrastran. Y hasta puede afirmarse que, una vez pasados los vaivenes de la riada y vueltas las aguas a su normal cauce, tales figuras comienzan a gozar de nuevo del aprecio de los tratadistas, de las costumbres y de las leyes, que reencuentran en ellas materia digna de aprovechamiento para la normalización de las relaciones jurídicas. Si lo que importa a la esencia de las cosas es su verdadera naturaleza y no el nombre que reciben, ¿qué son en la actualidad los llamados arrendamientos? ¿No es también significativo que en las sucesivas versiones de la citada obra de CASTÁN se haya omitido la cita de la aludida frase?

Desde luego que sería en cierto modo ilusorio pretender que con los preceptos de nuestro Código civil sobre tales materias vamos a encontrarlo todo resuelto y presto para la directa aplicación a problemas de hoy en día. Son necesarios ciertos retoques a la Ley e imprescindibles adiciones que la libre disposición de las partes, con vistas a cada caso concreto, habrá de ir creando y perfilando hasta llegar a la consagración definitiva por el repetido y conveniente uso. Pues los años ni para el Derecho pasan en balde, y no hay que olvidar que nuestro Código civil (fruto reconocido de las tendencias enemigas del censo que antes se mencionaron) si no llegó a la abolición total de los censos, los regulo de modo anémico e insuficiente cuando no fueron objeto de disposiciones contraproducentes. Lo que no ha de ser obstáculo para que intentemos buscar y encontrar la médula y raíz de tales figuras jurídicas, e inyectándoles nueva savia lograr formas actuales que sirvan para llenar necesidades presentes, tal vez no muy bien servidas por las instituciones hoy en boga. Y al respecto me parece sospechar que el censo consignativo podría cumplir actualmente y en ciertos casos una función útil en forma mejor que la cumple el préstamo hipotecario.

En general, la actividad económica se asienta sobre el suelo, sobre la tierra (pues hasta incluso fuentes de riqueza, como la pesca o el comercio marítimo, no pueden dejar de tener su base y auxilio en tierra en funciones más o menos accesorias, pero imprescindibles). El suelo, pues, es el factor económico fundamental juntamen-

te con el trabajo. Pero por sí sola la tierra, que en justicia puede ser llamada el primer capital (es decir, bien de producción), no merecería tal nombre, pues sería por completo incapaz, en la mayoría de los casos, de producir renta (bienes de uso o consumo), o en algunos, tales como explotaciones agrícolas o mineras rudimentarias, llegaría todo lo más, a cambio de mucho trabajo, a dar frutos en proporción escasa y raquítica. Es de todo punto necesario, para el adecuado y mejor desarrollo económico, que a la tierra se unan otros capitales complementarios, bien en forma de dinero (verdadero potencial adquisitivo acumulado) o actualizados en los diferentes medios de producción, que han de permitir llevar a cabo las obras de edificación de los predios urbanos, de instalación de maquinaria y demás elementos en los dedicados a explotaciones industriales y comerciales, y, en la inmensa mayoría de tierra agrícola, permitirán y harán posibles las obras de saneamiento, riego, desagüe, desecación, mejora de cultivos por el empleo de procedimientos químicos y mecánicos y, en fin, harán factible el empleo de todos los demás recursos que la moderna ciencia agronómica tiene a su disposición para conseguir que la agricultura (que nunca dejará de ser el principal renglón de la economía de las naciones por mucha que sea su importancia industrial) sea de verdad productiva, rentable y suficiente.

El Derecho no tendría que ocuparse casi de estas cuestiones económicas si la propiedad de la tierra y la de los capitales complementarios necesarios para su mejor explotación perteneciesen siempre a una misma persona física. Pero la mayor parte de las veces no ocurre así; el propietario de la tierra no suele poseer los bienes auxiliares precisos ni el dinero para comprarlos. Y el Derecho tiene que encontrar fórmulas viables de cooperación entre ambos propietarios para que la función económica de producción se lleve a efecto.

La primera fórmula jurídica que se ofrece para la cooperación pretendida, en su mismo nombre se encierra: cooperación, asociación, sociedad. Mediante ella se borra la distinción de propietarios, los distintos bienes pasan a ser propiedad común de los asociados, bien directamente o a través de la creación de una nueva personalidad jurídica interpuesta. Mas si bien es cierto que la sociedad ha desempeñado y sigue desempeñando un importante y creciente papel en explotaciones comerciales, industriales e incluso inmo-

liarias, hay que reconocer que su trascendencia ha sido mucho menor en la agricultura. Y si también es cierto que todas las actividades económicas tienen necesidad de la ayuda de capitales coadyuvantes, hay que reconocer asimismo que la agricultura se halla más necesitada que ninguna, no solamente por su importancia intrínseca, sino porque, desgraciadamente, no afluyen a ella los capitales con la atracción que fuera de desear, y esto no ya mediante la forma de sociedad, tampoco lo hacen a través de otros cauces más caudalosos también para las demás empresas.

Según los datos del año 1954, últimos publicados en el *Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, los capitales asegurados con hipoteca sobre fincas urbanas ascendieron a la cantidad de 3.990.752.698,43 pesetas, y sobre fincas rústicas a la cantidad menor de 2.617.308.061,29 pesetas, cifras más significativas aún si se tiene en cuenta la configuración predominantemente rural que, al menos hasta ahora, siempre ha tenido nuestra Patria. Es necesario que la afluencia de capitales al campo tenga lugar con ritmo creciente. La Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 ya decía: «España es una nación principalmente agricultora, y si en ella no ha prosperado la más antigua y primera de las artes tanto como es de desear, débese a la falta de capitales. Estos buscan con preferencia otras empresas, ya por el aliciente de las mayores ganancias que producen, ya por la poca seguridad que inspira el estado actual de la propiedad rústica. En esta situación, con el aumento rápido y progresivo de la riqueza pública, de la industria y del comercio, debe el legislador procurar por medios indirectos que los capitales no vayan todos a buscar empresas mercantiles e industriales, sino que también vengan en auxilio de la propiedad territorial y de la agricultura.» Las anteriores palabras siguen siendo hoy de actualidad, después de un siglo de haber sido escritas.

A esta capitalización agrícola deben acudir recursos públicos y privados. Hay servicios, medidas y obras, como las grandes de riego y canalización, repoblación forestal y otras, que necesariamente han de llevarse a cabo por el Estado y demás entes públicos, en forma única o, al menos, principal. No hemos de ocuparnos aquí de estas grandes realizaciones de interés general, las cuales se llevan a efecto con un ritmo hasta ahora desconocido en España. Pero al lado de estas inversiones públicas son necesarias también las de

los capitales privados, y aquí no hay tanta razón para el optimismo.

Vista la poca importancia de los contratos de sociedad en la agricultura, veamos otras fórmulas de cooperación económica. Señalaremos primeramente que se halla muy extendida en el agro español (bien particularmente o, con mayor frecuencia, a través de Cooperativas agrícolas) la compra en común por los agricultores de maquinaria agrícola, tal como tractores, sembradoras, cosechadoras, trilladoras, etc., susceptible de aprovechamiento general, aunque sea sucesivo. Y dejando aparte la solución de la compraventa, recordaremos las dos formas en que dijimos que el capital complementario puede ponerse a disposición del propietario de la tierra: mediante los diferentes elementos de producción *in specie* o mediante dinero, que el agricultor convertirá en los bienes de producción necesarios. Tiene esta última modalidad mucha mayor importancia en el estado actual de la economía; sin desdeñar el papel de la primera, en la cual son también típicos los arrendamientos o alquileres, durante el tiempo necesario para las labores agrícolas, de máquinas de los tipos que antes se expresaron.

En cuanto a las aportaciones de capitales en dinero, la forma principal de realizarlas es a título de préstamo oneroso, con o sin garantía real. De menos, aunque no escasa, importancia el préstamo meramente personal; no hablaremos aquí tampoco del garantido o encubierto bajo la fórmula de la compraventa con pacto de retrato como no sea para clamar la vergüenza de que viva todavía, al siglo de Ley Hipotecaria y de Registro de la Propiedad. Queda el préstamo hipotecario como fórmula usual tenida, no sin motivos, como la más satisfactoria para los intereses particulares de las partes y para el interés público.

Conscientes los legisladores de 1861 (según se ve en las palabras antes transcritas de la Exposición de Motivos y de otras muchas que en la misma se leen) de la necesidad de capitales en que se hallaba el campo, se propusieron dar remedio a tal situación; éste es uno de los principales fines del sistema que establecieron, aunque puede asegurarse que solamente pensaron en la hipoteca como único medio para ello; manera de pensar que es hija también del espíritu de la época.

En líneas generales, no puede negarse la importancia y utilidad de la hipoteca ni el incremento que ha tomado; basta leer las esta-

dísticas para convencerse de esto último. Pero el contrato que ordinariamente garantiza, el mutuo, no tiene una finalidad económica específica: el prestatario puede atender con él los más variados fines; cabe decir, sin temor a equivocación, que las cantidades que antes se citaron garantidas con hipoteca sobre fincas rústicas no todas habrán significado una inversión en pro del desarrollo agrícola: muchas de dichas cantidades habrán servido para satisfacción de las más diversas necesidades de los prestatarios distintas de la mejora de sus fincas hipotecadas. Incluso cuando el capital prestado haya tenido su empleo en este fin, habrá sido sin que el prestamista se encuentre ligado o asociado, por así decirlo, a la mejora y éxito de la explotación auxiliada; es decir, que el préstamo funciona, en cierto modo, de una manera abstracta; al prestamista tan sólo le interesa la seguridad de su capital, sea cual fuere el destino que a éste se le dé. No fomenta la implicación e interés del dueño de los capitales en la empresa económica a que son destinados. Y no puede tenerse por bueno este proceder frío; por el contrario, es más aconsejable y conveniente que entre los distintos factores de la empresa económica se creen lazos asociativos de mutuo y paralelo interés.

Además, hay que reconocer que el éxito de la hipoteca dista mucho de ser total. Hay regiones donde tal figura es prácticamente desconocida. Como ejemplo, vaya el de este Registro de Roa: durante el pasado año 1955 no se inscribió ni una sola hipoteca. Durante el actual y hasta este momento (finales de agosto) van dos: una, en garantía de precio aplazado, de poca entidad, en finca vendida por el Estado; otra, en garantía también de precio aplazado, de una finca urbana, operación esta ya antigua, inscrita después de muerte por exigencias de tracto sucesivo. Nada de afluencia de capitales para revalorización de la tierra.

B. Hay que buscar las posibles causas de este fracaso y las soluciones que parezcan viables. A mi entender, el censo consignativo es más apropiado que el préstamo hipotecario para aquellos casos en que el capital aportado tenga por objeto inversiones destinadas directamente a obras de mejora de fincas, de carácter estable y permanente o por lo menos duradero, sobre todo cuando la obra haya de quedar incorporada a la finca como parte integrante de la misma (obras de riego, plantación de arbolado), aunque también

podría utilizarse el censo para dotar a la finca de determinados accesorios de duración considerable, como aperos y maquinaria. Por el contrario, no sería apropiada tal figura para la financiación de gastos estacionales o periódicos (semillas, abonos y otros gastos de cultivo). Llamado el censo consignativo a desempeñar principalmente su papel en la agricultura, prestaría no obstante su utilidad en otros campos, por ejemplo, en pequeñas explotaciones industriales o comerciales. Con el censo consignativo, las obras o mejoras realizadas con el capital aportado pasan a ser propiedad del propietario de la finca, quedando compensado el inversionista con su derecho real de censo sobre el predio.

Y ni que decir tiene, como ya se expuso al principio, que para que tal institución rinda toda su utilidad son necesarios ciertos re-tosques legales y, sobre todo, suficientes estipulaciones reguladoras otorgadas por los contratantes en vista de las necesidades de cada caso concreto; de las cuales, por deducción de los principios generales en las mismas contenidos, habra de salir principalmente la futura y completa regulación general de la institución.

Para dar mayor fuerza a lo expuesto, haremos a continuación un examen paralelo de ciertos puntos referentes a ambas figuras, préstamo hipotecario y censo consignativo, puestos en parangón:

1. En primer lugar, tratándose de préstamos a corto plazo no es de extrañar que nazcan desprovistos de hipoteca. Esta es cara y sus gastos pesarían fuertemente sobre una operación corta; además, en un pequeño período de tiempo no es probable que cambien fundamental y peligrosamente las condiciones de solvencia del deudor, conocidas y tenidas en cuenta en el momento de la concesión del crédito. Así vemos que revisten la forma de simples obligaciones personales los préstamos a corto plazo que, para atender pequeños gastos de cultivo y otras necesidades estacionales, son concedidos por Bancos, instituciones de crédito y particulares. Ya dijimos antes que para sufragar gastos de tal naturaleza no es apropiado el censo y ni siquiera lo es la hipoteca.

2. A garantizar operaciones a largo plazo parece estar destinada la hipoteca. Sin embargo, hemos visto que en muchas zonas no vive con la fuerza que cabría esperar; zonas, por otra parte, necesitadas de un riego económico para su revitalización, en las que la existencia de hipotecas con este fin concertadas sería sínto-

ma de prosperidad, no de lo contrario, que es lo que muchas veces la mentalidad del labrador se figura. Desde luego que en esta actitud se encuentra ya un motivo de repulsión de la hipoteca. ¿Justificado? Hasta cierto punto, sí, dado el carácter abstracto y desligado de los fines (ya que no de la causa en sentido técnico) que antes vimos que el préstamo tiene. Al labrador tal vez no le importe que se conozca que recibe dinero para la mejora de sus fincas, pero es humano que le desagrade que se conozca que recibe dinero sin saber para qué.

Este inconveniente parece más fácil de orillar en el censo consignativo, al que hay que darle para su reactualización un cierto matiz de cuentas en participación, y desaparece por completo si en el contrato se hace constar (como debe ser de rigor hacerlo) el determinado objeto a que se destina el capital consignado.

3. Descartados por su rareza los casos de colaboración económica a título gratuito, la ayuda económica a través del préstamo oneroso o con interés solamente puede hacerse en dinero, aunque las circunstancias de las partes interesadas aconsejen una ayuda en cosas o bienes determinados y no fungibles, pues el préstamo de esta clase de cosas (comodato) ha de ser esencialmente gratuito, como reconoce (que no ordena) el artículo 1.740 del Código civil. Si media alguna retribución en compensación del uso de cosas no fungibles, el contrato deja de ser comodato para convertirse en arrendamiento. Figura ésta que si bien cumple su papel, según notamos, en situaciones transitorias, no parece ser la más apta para relaciones estables o de larga duración.

Por el contrario, en el censo consignativo renovado que propugnamos, el censualista ha de poder aportar su capital tanto en dinero como en cosas no fungibles determinadas. En muchas ocasiones será conveniente hacerlo así. La expresión del artículo 1.606 del Código civil de que el capital ha de consistir en dinero, no responde a ningún imperativo de orden metafísico ni de derecho natural. Los inconvenientes, fundados en el temor a la usura, que se opusieron a la admisibilidad de un capital en especie, aunque en tiempos pretéritos pudieron estar justificados, actualmente creo que no conservan en absoluto su razón de ser. Al contrario, repito que en muchas ocasiones será conveniente que ello sea así, sin que traiga tal cosa perjuicio para nadie. Tan sólo es necesario que al momento

de la constitución del censo se valoren los bienes aportados. Mientras el artículo 1.606 no se modifique en este extremo, creo que sería factible pactar lo contrario, pues absurdo sería pretender la nulidad, por contrario a la Ley, de tal pacto que a nadie iba a perjudicar, y siendo la acción un interés jurídicamente protegido no puede haber acción donde no hay interés. Lo más que podría decirse es que el censo consignativo quedaría desnaturalizado, que la figura así creada dejaría de ser un censo consignativo. Aunque en realidad el censo consignativo no resultaría desnaturalizado (todo lo más quedaría «despositivizado», permítase la palabra), de todos modos no importaría tal opinión; lo que importa es lograr una fórmula que pueda prestar una utilidad económica y social. Podría contestarse igual que Unamuno a la objeción de que su obra *Niebla* no se adaptaba a las reglas de la novela: «Si no es una novela, será una nivola.»

4. No encuentro justificada la opinión de que en el censo consignativo, el canon o pensión ha de ser menor que el interés del préstamo, lo que es una causa para quienes así piensan, de la cual resulta, o ha resultado, la muerte de la institución. Más bien ha de ocurrir lo contrario en la generalidad de los casos. Por una parte, como en el préstamo el capital, de suyo ha de ser devuelto, esta amortización forzosa, frecuentemente a plazos, frena por sí sola la posibilidad de un interés mayor. Además, por el carácter que hemos señalado en el mutuo, de natural desconexión de los fines, el prestamista no puede pretender moralmente más que un interés normal del dinero hecha abstracción del empleo dado al mismo por el prestatario. Un interés alto en el préstamo encontrará siempre, normalmente, la justa barrera de la Ley llamada de la Usura, de 23 de julio de 1908.

En el censo consignativo, el hecho de que el capital no sea forzosamente reembolsable ya autoriza por sí sólo a que el interés o canon sea más alto como compensación lógica del censualista. Hay que tener en cuenta también que el matiz asociativo o de cuentas en participación, con el censo consignativo debe de ir adornado, va asimismo en favor de una elevación de las pensiones, elevación justa que, aunque favorece directamente al censualista, no va en contra de los intereses del censatario. A diferencia de lo que vimos ocurría en el préstamo, en el censo consignativo el censualista no per-

sigue vivir solamente de un capital, ciego para ulteriores fines, sino que, con una cierta causalización de los fines, debe verse en esta figura una ayuda, una inversión querida y aceptada en una explotación agrícola (o de otra índole), la cual ha de verse mejorada y con sus frutos multiplicados gracias precisamente a tal inversión, siendo de todo punto justo que quien ha aportado el capital invertido participe de la mayor rentabilidad a la que ha contribuido en una proporción que no dejará de ser razonable por llegar a alturas apreciables si la marcha de la empresa lo permite. No puede dejar de verse en el censo consignativo una especie de explotación conjunta. Y aunque a tal institución no puede dejar de estimarse aplicable la mencionada Ley de la Usura, no hay duda de que ella ha de permitir, en los diferentes casos concretos en que concurren las razones alegadas, una sensible mejora en la posición del censualista respecto a la del prestamista.

Diremos aquí algunas cosas acerca del canon o pensión. Habrá que fijarla en el contrato y podrá consistir en dinero o en frutos, no siendo conveniente esta última modalidad a no ser de los mismos que produzca la finca censida. Si consiste en proporción fija de frutos, habrá que señalar la especie, cantidad y calidad de los mismos. Si consiste en dinero, no me parece que haya inconveniente en reducir la pensión al valor del trigo para su pago a semejanza de lo que ocurre en los arrendamientos rústicos, pues existen razones semejantes. En cuanto al artículo 1.657 del Código civil, que prohíbe que la pensión consista en una parte alícuota de los frutos que produzca la finca, estamos con quienes, como SÁNCHEZ ROMÁN y ROBLES POZO, tachan tal prohibición de ilógica, infundada e injusta. A despecho de la analogía que SCAEVOIA ve entre el censo consignativo y el préstamo hipotecario, no nos cansaremos de repetir que en el primero vemos un cierto carácter cooperativo o asociativo del que el segundo carece por completo; carácter que no sólo autoriza, sino que hace aconsejable que la pensión consista en parte alícuota, siempre que se den ciertas circunstancias de confianza o de cómoda fiscalización o cogestión, bien en la forma del artículo 1.630 del Código (no veo ninguna razón convincente para que lo admisible al respecto en el censo enfiteútico no lo sea en el consignativo) o en otra que por los interesados se estime adecuada. El sistema de parte alícuota no tiene tampoco por qué limitarse a la percepción

de los frutos en sentido vulgar tal y como los produce la tierra ; al contrario, parece más acorde con los usos de hoy que la participación recaiga sobre el rendimiento o ganancia que se obtenga de la venta de los productos, con deducción de los gastos de explotación, en cuyo caso será conveniente que los interesados pacten las adecuadas reglas de administración. No falta, pues, en el censo consignativo el interés común que permite el régimen de parte alícuota, el cual, además, evitará siempre al censatario la injusticia del artículo 1.624 del Código civil. En cambio, en el régimen de parte alícuota siempre habría de tener aplicación lo ordenado para el enfiteútico en el artículo 1.634 del Código.

Para evitar los temores de SCAEVOLA, cuando dice que «la determinación de la parte alícuota supondría un aumento de la pensión a medida que la finca fuere objeto de mejoras», basta con estimar también aplicable y aplicar, aunque sea voluntariamente, al censo consignativo lo que con referencia a la enfiteusis y al reservativo disponen los artículos 1.629 y 1.661. Al constituirse el censo, además del valor del capital, se fijará el valor de la finca. Tendremos así determinado el elemento de producción sobre cuyos frutos se realizará el reparto alícuota en la proporción establecida, mientras tal elemento no se altere físicamente. Alterado éste por nuevas mejoras, debidas a nuevos capitales censidos o al propietario, al tiempo de su establecimiento se fijará nuevamente, por acuerdo de todas las partes o peritos, en su defecto, el valor de la mejora y el valor actual de la finca, al cual será proporcional el valor actual del primer capital del censo (pues para evitar perjuicios derivados de una postura nominalista ante el fenómeno de depreciación monetaria hay que estimar justas ciertas medidas de estabilización). Tendremos así, pues, el valor actual de todos los factores que concurrirán en adelante a la producción de frutos : finca, capital del censo y nuevas mejoras. A partir de tal momento, la distribución de los frutos entre los diversos capitales será proporcional al valor de los mismos. Todo se reduce a una sencilla operación matemática fácil de realizar.

5. Otro de los inconvenientes del préstamo es que, llevado a cabo por el acreedor generalmente con la sola mira de lograr un lucro con su dinero y no con el propósito de aportación económica a una empresa, está sujeto naturalmente a un plazo, vencido el cual se impone el reembolso. Esto es perjudicial para el deudor, que se ve

obligado a soportar necesariamente, a más del interés, un desembolso de amortización que impide, además, como dijimos antes, una mayor elevación de intereses, lo que va también en perjuicio del acreedor. Además, en los préstamos a largo plazo, hipotecarios por lo común, el acreedor resulta perjudicado en la diferencia del valor real del capital prestado entre los momentos de la constitución y el vencimiento. (Problema este de la depreciación monetaria—que apuntaremos de pasada por no ser el objeto de este trabajo—de aguda actualidad que ha suscitado interesantísima literatura en la cual destacan las encontradas opiniones de VALERIANO DE TENA y ROCA SASTRE. Aunque no se puede desconocer la fuerza de los argumentos contrarios a la validez de las cláusulas de estabilización que actualmente tienen a su favor la fuerza de las Resoluciones de la Dirección de 3 y 4 de marzo de 1952, la argumentación que con su admirable magisterio hace ROCA en favor de su validez e inscriptibilidad es segura y terminante, y de la misma aparece clara la admisibilidad de dichas cláusulas, sin que ello vaya en mengua de la Ley, de la moral, del orden público ni de los principios hipotecarios de especialidad y determinación. La depreciación monetaria es un hecho comprobado a lo largo de la historia y que siempre ha existido, si bien el fenómeno se ha visto agudizado con la adopción del papel moneda. Se hacen necesarias medidas para evitar en lo posible que por él se altere la justicia en las prestaciones contractuales; el propio legislador lo ha comprendido así en varias disposiciones por todas conocidas, de las que citaremos únicamente, por su novedad, la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, artículo 100. Los temores inflacionistas que suscita una posible generalización de las cláusulas de estabilización no me parecen muy fundadas; al contrario, el tener que subir las deudas en unidades de signo monetario a medida de la depreciación de éste tal vez hiciese comprender que nada se gana realmente con la elevación de los precios, de donde vendría a resultar posible que las mencionadas cláusulas fuesen en realidad un freno de la tendencia alcista y depreciatoria, que no un acicate, como se teme. Sin que nada sea asegurable, pues muy difícil es prever los efectos de ciertas medidas en la psicología de la masa.

Los inconvenientes apuntados, derivados de la naturaleza temporal del préstamo, desaparecen, o al menos quedan atenuados, en el censo consignativo, que por su naturaleza es perpetuo o por tiem-

po indefinido. Además, esta figura sirve mejor el interés del desarrollo económico (especialmente agrícola), ya que en ella no se busca ni una solución momentánea ni una inversión inanimada; no pretende en ella el acreedor, a diferencia del préstamo, un rendimiento del capital considerado éste como fin en sí mismo, sino que el capital es aquí una inversión de cooperación estable y determinada dirigida con miras al desenvolvimiento económico de una explotación o empresa, de cuya mayor renta o aumento de producción es lógico, justo y natural que participe quien con la aportación de su capital ha contribuido a tal resultado. Y no se diga que la estabilidad del capital es un perjuicio grave para el acreedor; cuando el capital merece el nombre de tal, es decir, cuando se trata de una suma de dinero o bienes ordenados a la producción y no al consumo, el verdadero valor del capital reside en su poder de producción, y ese poder de producción o rentabilidad es lo que se busca en la inversión del capital. Si la renta es remunerativa, no interesará, por regla general, la devolución del capital, sino la continuación de su colocación en la empresa. En los casos excepcionales de fracaso (u otros motivos) siempre le quedará al censalista la facultad comisoría de los arts. 1.659 y 1.660 del Código civil, cuyos supuestos no parece que pueda haber duda de la posibilidad de ser aclarados y ampliados por pacto para mayor seguridad del acreedor, como, por ejemplo, al caso de que la finca no produzca su rendimiento normal por dolo, culpa o negligencia del censatario. En la normalidad, si el censalista quiere reintegrarse de su capital, siempre tendrá la solución de vender su derecho. A propósito de esto hemos de decir que, en caso de venta del derecho de censo o de la finca gravada, tal vez fuere conveniente extender al consignativo el tanteo y retracto recíprocos establecidos para el censo enfitéutico, y es suficiente razón para ello la consideración de que es siempre lo más deseable y conveniente que todos los elementos de producción pertenezcan en propiedad plena a una sola persona.

Lo que se acaba de decir, a más de la protección que debe dispensarse al cultivador directo, aconseja también la existencia de la facultad de redención concedida al censatario. Mas para que esta facultad sea justa y no se irroguen al censalista los perjuicios derivados de la depreciación de la moneda, es necesaria la modificación de la forma de redención que establece el art. 1.658 del Código

civil. No debe devolverse en metálico y en la misma cantidad de unidades monetarias el capital que se entregó, sino su equivalente al tiempo de la redención. Procedimiento fácil para determinar éste es la capitalización de la pensión actual en los casos en que se haya pactado cuota alícuota, una vez vistos los motivos de su admisibilidad y conveniencia. Sin perjuicio de la aplicabilidad a éste, y en general a los demás casos, de las citadas cláusulas de estabilización referentes al valor del oro, del trigo u otras mercancías, e incluso al valor de la misma finca censida. Serán también de utilidad al respecto los índices ponderados de vida a publicar por el Instituto Nacional de Estadística, mencionados en el art. 100 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

6. En los casos desgraciados en que el acreedor haya de accionar en contra del deudor, resultará éste en posición menos desventajosa en el censo consignativo que en el préstamo hipotecario. Pues el supuesto de acción en el censo es excepcional, y para llegar a la pérdida de la finca por el deudor siempre será necesario que el valor de ésta no sea suficiente para cubrir el capital del censo y un 25 por 100 más; y en las hipotecas, al ser esencial la devolución del capital, puede ocurrir que al deudor le sea imposible o muy difícil pagar al momento del vencimiento, a pesar de que el valor de la finca exceda del capital prestado y una cuarta parte del mismo. Y llegado el caso de ejecución hipotecaria no es necesario insistir en los enormes perjuicios que al deudor se le causan de ordinario ni en la extraordinaria depreciación que sufren los bienes sobre los que recae un procedimiento ejecutivo. Estos son también inconvenientes derivados, como los anteriormente señalados, de las distintas características de ambos derechos: préstamo hipotecario y censo consignativo; el primero, contrato celebrado con desconexión de los ulteriores fines y con ánimo de que el dinero sea fin en sí mismo; el segundo, contrato que persigue un fin de cooperación económica estable, determinado y querido. Esta cualidad que debe tener el censo consignativo (hay que reconocer que no siempre ha sido así) y que a lo largo de este trabajo se ha repetido como un *leit motiv*, es sin duda el espíritu que la institución necesita para revivir.

7. Por último, podría decirse que el papel del censo consignativo es factible realizarlo mediante una hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas, regulada por el art. 157 de la Ley Hipote-

caria. A nuestro entender, hacerlo así significaría dar un rodeo inútil, desdoblando lo que ya tenemos de antemano unido, pues en el censo consignativo la obligación del pago del canon aparece ya provista naturalmente de garantía real; no hay por qué desnudar de ella a tal obligación para luego vestirla con un ropaje superpuesto; hacerlo así sería como si a un animal de preciada piel pretendiéramos arrebatarle la suya propia y ponerle después una postiza. La hipoteca del citado art. 157 tiene su indicado papel para la protección real de obligaciones de pagar rentas o prestaciones periódicas que naturalmente sean de carácter meramente personal, tales la renta vitalicia, el censal y violario catalanes y otras análogas que ROCA cita en su obra por antonomasia al tratar de tal hipoteca.

Y terminan aquí estas cuartillas, cuyas ideas brindo a los Notarios rurales, quienes con mayor justicia merecen los títulos de «Magistrados de las familias» y «Consejeros de las partes», por si en ellas se encuentra algo que pueda ir en beneficio del campo español.

MANUEL GÓMEZ GÓMEZ,
Registrador de la Propiedad

Jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado

REINSCRIPCIÓN DE HIPOTECA, YA TRANSCURRIDO EL PLAZO, PARA LA RECONSTITUCIÓN DEL REGISTRO, SOBRE UN INMUEBLE QUE, PERTENECIENDO PRIMERAMENTE A ESQUERRA CATALANA, FUÉ INSCRITO DURANTE DICHO PERÍODO DE RECONSTITUCIÓN, EN VIRTUD DE LA LEY DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 1939, A FAVOR DE LA DELEGACIÓN NACIONAL DE SINDICATOS.

Resolución de 3 de marzo de 1956 (B.O. de 18 de abril).

Los hechos, en síntesis, son los figurados en el encabezamiento, pues inscrita la finca a nombre de Esquerra Catalana, como la hipoteca en cuestión sobre ella, al destruirse el Registro y por virtud de la ley citada, se inscribió la finca durante el período de reconstrucción de aquél a favor de la Delegación Nacional de Sindicatos.

Presentada la escritura de hipoteca, pasado dicho período de reconstrucción, para su reinscripción, en el Registro, que es el de Borjas Blancas, el Registrador denegó tal reinscripción por aparecer la finca hipotecada reinscrita a nombre de persona distinta a la entidad hipotecante.

Interpuesto recurso, la Dirección, con revocación del auto presidencial y neta del Registrador, acuerda la reinscripción de la escritura de hipoteca, mediante la doctrina siguiente:

Que el problema planteado en este expediente consiste en determinar si puede al amparo del artículo 13 de la Ley de 15 de agosto de 1873 reinscribirse el derecho de hipoteca sobre un inmueble inscrito a favor de persona distinta del hipotecante una vez transcurrido el plazo señalado para la reconstitución de un Registro de la Propiedad destruido.

Que las leyes dictadas para la reconstitución de los Registros suspenden los artículos 17, 20, 23 y 34 de la Ley Hipotecaria desde la fecha en que tuviere lugar la destrucción hasta la terminación del plazo concedido, preceptos que recobrarán su vigor y normal eficacia después de transcurrido dicho período de tiempo.

Que la inscripción de la finca durante el período de reconstitución a favor de la Delegación Nacional de Sindicatos, con arreglo a lo dispuesto en la Ley de 23 de septiembre de 1939, no debe ser obstáculo para que un título que estuvo ya inscrito pueda de nuevo acogerse a los beneficios del sistema, porque conforme el artículo 13 de la Ley de 15 de agosto de 1873, «transcurrido el plazo prefijado..., podrán también ser inscritos o anotados de nuevo los títulos que anteriormente lo hubieran sido», si bien los nuevos asientos no surtirán efecto contra tercero sino desde su fecha enérgica limitación de los efectos normales que tendrían y que en cierto modo sancionan la negligencia sufrida.

Que los límites establecidos en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria para el desenvolvimiento de la función calificadora deben interpretarse en armonía con las prescripciones contenidas en las leyes especiales en supuestos como el que es objeto de este expediente y, en consecuencia, puede evitarse por tratarse de una reinscripción el obstáculo insuperable que para el acceso del documento implicaría el cierre del Registro.

* * *

Mantiene su vigencia cuanto escribimos con motivo de la Resolución de 25 de abril de 1948 (ver pág. 38, año 1949, esta Revista).

En lo futuro y a pesar de que según nuestro Ilustre Centro directivo (Resoluciones de 1 de diciembre de 1927, 16 de septiembre de 1932, 18 de enero de 1939, etc.) el principio del tracto sucesivo consagrado en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria no admite otras excepciones que las que el mismo texto especifica, habrá que con-

signar—entre otros—estos dos supuestos de aplicación del referido tracto : el de la *constatación de reserva autenticada*, R. de 25-IV-1948, y el de la presente, 3-III-1956, que llamaríamos de *titulares en virtud de incautación legal* (art. 2.º, Ley de 23-IX-1939), ya terminado el período de reconstitución de Registros que fueron destruidos.

LIMITADA LA INSTITUCIÓN ORDENADA POR EL TESTADOR A DETERMINADA CLASE DE BIENES, PROCEDE RESPECTO DE LOS DE NATURALEZA DISTINTA EXISTENTES EN LA HERENCIA LA APERTURA DE LA SUCESIÓN LEGÍTIMA.

Resolución de 18 de abril de 1956 (B. O. de 23 de mayo).

Don Jacinto Redondo Butragueño falleció en Madrid el 25 de marzo de 1948, bajo testamento ológrafo de fecha 4 de agosto del año 1944, del tenor siguiente : «Yo, Jacinto Redondo Butragueño, de setenta y un años, natural de Alameda de la Sagra, provincia de Toledo, con domicilio en la calle de Abades, núm. 26, dejo por heredera a mi esposa, María Zapatero Butragueño, de la tienda de objetos de escritorio, sita en la calle de Embajadores, núm. 11, antes número 17, y demás bienes muebles y ropas, y al fallecimiento de mi esposa, María Zapatero Butragueño, pasarán todos estos bienes, muebles y ropas a mi sobrino Francisco Redondo Sacristán, anulando este documento el testamento hecho por mí con anterioridad a esta fecha, y el seguro hecho por mí en la «Equitativa, Fundación Rosillo», si no lo llegara a cobrar mi señora esposa, lo cobrará mi sobrino Francisco Redondo Sacristán, y por ser así mi voluntad, lo firmo en Madrid a 4 de agosto de 1944.—Jacinto Redondo Butragueño (rubricado)», y por escritura autorizada por el Notario de Madrid señor Gastalver Giménez de 8 de octubre de 1948, se protocolizó el cuaderno particional, y en él se adjudicaron a la viuda del causante : a) en pleno dominio, nueve mil seiscientos sesenta pesetas del total valor de dieciséis mil dado a una casa sita en la calle de Toledo, número 3, de Getafe ; y b) como heredera fiduciaria, seis mil trescientas cuarenta pesetas del total valor de dieciséis mil de la aludida casa, o sea, la totalidad de ésta entre ambas adjudicaciones.

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura

fué calificada con nota del tenor literal siguiente: «Suspendida la inscripción del presente documento en cuanto al inmueble que en él se relaciona, por el defecto de que en el testamento ológrafo del causante se instituyen claramente herederos a ciertas personas en cuanto a determinados bienes, y los mismos beneficiarios amplían la institución hereditaria a su favor en cuanto a otros bienes excluidos y no incluidos en la institución hereditaria, sin procederse en tal caso y como se debiera a tenor del párrafo segundo del artículo 912 del Código civil.

Interpuesto recurso, la Dirección ratifica la nota y auto presidencial, mediante la ajustada doctrina siguiente:

Que el problema que plantea este recurso consiste en dilucidar si por hallarse limitada la institución ordenada por el testador a determinada clase de bienes puede ampliarse el llamamiento hecho a otros de naturaleza distinta que existan en la herencia o, por el contrario, procede respecto de estos últimos la apertura de la sucesión legítima.

Que el cuaderno particional protocolizado pone de relieve que en el inventario formado, además de un establecimiento mercantil, muebles y ropas, figuran incluidos metálico, una marca y la participación indivisa de una finca sita en Getafe, y aunque se examine la institución con benevolencia por haber sido hecha por persona sin especiales conocimientos jurídicos, es lo cierto que el llamamiento a favor de la esposa del causante no comprende la totalidad de los bienes relictos y es forzoso cumplir lo dispuesto en el número segundo del artículo 912 del Código civil.

Que la famosa regla recogida en las instituciones, «nemo pro parte intestatus pro parte testatus decedere potest», ha sido abandonada por la mayor parte de las modernas legislaciones civiles, que proclaman la compatibilidad entre ambas clases de sucesiones, criterio que también inspira a nuestro Código civil cuando determina las formas de deferirse la herencia en general en el artículo 658, y declara en el ya citado 912 los supuestos en que debe tener lugar la sucesión legal.

Que redactado el testamento en forma clara y precisa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 675 del Código civil, según

tiene reiteradamente declarado la jurisprudencia de este Centro, debe atenderse al sentido literal de las palabras empleadas por el testador, expresión inequívoca de su voluntad, sin ampliarse como se hizo en el cuaderno particional, fundándose para ello en una posible intención que trata de averiguarse por diversos medios interpretativos, cuyo empleo sólo sería adecuado si las cláusulas testamentarias fuesen oscuras, ambiguas o contradictorias.

* * *

Como dice el Centro directivo, aunque se examine la institución con benevolencia por haber sido hecha por persona sin especiales conocimientos jurídicos, se halla redactada en forma tan clara y precisa, que, conforme a lo dispuesto en el artículo 675 del Código civil, debe atenderse al sentido literal de las palabras empleadas por el testador. Esto sentado y abolido el arcaico sistema del «nemo pro parte testatus, pro parte intestatus, decedere potest», que tanto artificio innecesario llevó al Derecho sucesorio, la nota del Registrador aparece sobremano justificada. Especifica éste en su escrito la situación registral del inmueble: 23,75 por 100, parafernalia; 3 por 100, bienes propios del causante, y 73,25 por 100, gananciales; por lo que es obvio que para la parte del fallecido y la que haya de corresponderle por gananciales, se declare por el Juez quiénes son los interesados en ella para que, con la viuda, liquiden la extinguida sociedad conyugal y hagan las adjudicaciones pertinentes.

INTERPRETACIÓN DE CLÁUSULAS TESTAMENTARIAS: LA EXPRESIVA DE PROHIBICIÓN DE ENAJENAR LA HIJA Y LEGATARIA DEL TESTADOR HASTA QUE SIENDO MAYOR DE VEINTICINCO AÑOS TENGA UN HIJO LEGÍTIMO, ¿PUEDE CONCEPTARSE ANULADA POR OTRA POSTERIOR EN LA QUE DICE QUE AUN OTORGANDO TESTAMENTO LA LEGATARIA, SI FALLECIERE SIN DESCENDIENTES, SUCEDERÁN A ÉSTA EN LOS BIENES QUE HAYA RECIBIDO POR LEGADO IMPUTABLES A LOS TERCIOS DE MEJORA Y LIBRE LOS SEIS HERMANOS QUE DESIGNA EN CLÁUSULA ANTERIOR (ESTABLECEDORA DE SUSTITUCIÓN PUPILAR), SUS HIJOS Y DESCENDIENTES?

Resolución de 2 de junio de 1956 (B. O. de 26 de junio).

Don Francisco Luque Peláez, casado en segundas nupcias con doña Ana Herrero Caballero, falleció bajo testamento en el que legaba a doña Francisca Luque Herrero, hija habida de su segundo matrimonio, determinados bienes en la siguiente forma: «Los bienes legados a su hija Francisca Luque Herrero no podrá enajenarlos ésta hasta que siendo mayor de veinticinco años tenga un hijo legítimo, y la madre de la referida hija no podrá disponer de los frutos de esos bienes, o sea de los legados. Esos bienes serán administrados por el tutor que se le nombre para este fin, destinando dicho tutor los frutos de aquéllos para alimentos de la menor, si los necesita, y el sobrante, a aumentar el capital de la misma hasta que llegue a la mayor edad o contraiga matrimonio». (Cláusula undécima). En el citado testamento constan también las cláusulas duodécima y décimotercera, transcritas en la nota calificadora. Doña Francisca contrajo matrimonio con don Francisco Cabrera Conejo el 11 de octubre de 1943, y tuvo un hijo, Francisco de Paula Cabrera Luque, nacido el 18 de noviembre de 1950; por escritura otorgada el 8 de noviembre de 1951 ante Notario de Antequera don Maximino Turiel Santiago, la señora Luque Herrero, asistida de su esposo, vendió a don Juan Antonio Luque Jurado, entre otras, una finca de su propiedad situada en término de Antequera, partido de Barranco Hondo, de 15 hectáreas 57 áreas 10 centiáreas y 20 centímetros cuadrados de cabida, según títulos, procedente de la dotación del cortijo del Alcaide, heredada de su padre, don Francisco Luque Peláez; en la inscripción de dicha finca figuran las limitaciones reseñadas anteriormente, y en la estipulación segunda de la referida escritura se consigna que «doña Francisca Luque Herrero, que cuenta más de veinticinco años de edad, asistida de su esposo, don Francisco Cabrera Conejo, solicita del señor Registrador de la Propiedad del Partido haga desaparecer de la finca primera del apartado segundo la limitación que para enajenarla tenía, a cuyos fines presentará certificaciones del Registro Civil, bastantes a acreditar las fechas del nacimiento suyo y de su primer hijo, así como la de su matrimonio canónico».

Presentadas en el Registro primera copia de la citada escritura y las certificaciones expresadas, fué calificada por la siguiente nota: «Inscrito este documento en cuanto a las fincas descritas en el apar-

tado I y número 2 del apartado II, en los libros y folios que se indican en las apostillas puestas al margen de la descripción de aquéllas, y denegada la inscripción de la venta pura y simple de la descrita en el número 1 del apartado II por observarse los defectos siguientes: A) Afirmarse de modo absoluto, sin hacer reserva ni advertencia alguna, la inexistencia de cargas, salvo cierta prohibición de enajenar, hoy inoperante, cuando del Registro resultan otras limitaciones de naturaleza diferente, que luego se dirán, las cuales, si bien no impiden la enajenación, la condicionan. B) Estar inscrita la finca cuya inscripción se deniega, afecta a la siguiente: «Cláusula duodécima. Usando el testador de las facultades que le concede el artículo 775 del Código civil, nombra sustitutos de su hija Francisca Luque Herrero, sin perjuicio de los derechos legitimarios de su madre y para el caso de que su hija Francisca fallezca antes de los catorce años sin descendientes, o después sin testar, a los seis hermanos de aquélla: Francisco, José, Carmen, Joaquín, Antonio y Ana Sánchez, sus hijos o descendientes». «Décimotercera. Si la hija del testador, Francisca Luque Herrero, aun otorgando testamento falleciere sin descendientes, sucederán a ésta en todos los bienes que haya recibido por legado imputables a los tercios de mejora y libre a los seis hermanos de aquélla designados en la cláusula anterior, sus hijos y descendientes», y si bien el titular de la oficina admitió al presentante la posibilidad de su inscripción con las limitaciones señaladas, no pudo llevarse aquella a efecto por la repulsa del presentador a toda registración mediatizada».

Interpuesto recurso por el Notario autorizante de la escritura de compraventa, la Dirección confirma la nota del Registrador y auto presidencial, ratificatorio de ésta, mediante la doctrina siguiente:

Que la cuestión debatida en este recurso se concreta a dilucidar si puede transmitirse libremente una finca que fué legada a la vendedora por su padre o si la transmisión debe entenderse subordinada a las limitaciones impuestas en la cláusula 13 del testamento.

Que don Francisco Luque Peláez otorgó el 4 de febrero de 1931 testamento abierto, en el que claramente se distinguen: una prohibición de enajenar los bienes que lega a su hija mientras ésta no cumpliera veinticinco años de edad, contraiga matrimonio y tenga un hijo legítimo, y dos sustituciones: una pupilar para el supuesto

de que la legataria falleciera antes de cumplir catorce años de edad o después sin haber otorgado testamento, y otra fideicomisaria a favor de sus hermanos, si muriese sin descendencia (cláusula 13), limitaciones que expresan la voluntad del testador, constituyen la ley de la sucesión, y conforme tiene declarado la jurisprudencia al aplicar el artículo 675 del Código civil, sólo deben ser interpretadas cuando las cláusulas testamentarias sean oscuras, ambiguas o contradictorias.

Que, aun cumplidos los requisitos establecidos por el causante para que su hija pueda disponer inter vivos, no se pueden desconocer las limitaciones testamentarias de las facultades dispositivas de la vendedora, que deben producir todos sus efectos, puesto que, reflejadas en el Registro, se hallan bajo la salvaguardia de los Tribunales, según dispone el artículo primero de la vigente Ley Hipotecaria.

Que si bien los efectos de las sustituciones pueden reforzarse o atenuarse por los testadores mediante las cláusulas adecuadas, el criterio de la nota calificadora puede aceptarse aunque la voluntad del testador, encaminada a satisfacer necesidades familiares o determinadas previsiones, fuese manifestada con desafortunada expresión o una posible omisión en el caso discutido.

* * *

Con razón expresó el Notario recurrente que cualquier lector ecuaníme del testamento interpretaría su cláusula undécima en el único sentido posible, o sea en el de la posibilidad de la enajenación por doña Francisca Luque cundo, siendo mayor de veinticinco años, contraiga matrimonio y tenga un hijo legítimo...

Pero surge la cláusula décimotercera y con ella el establecimiento (¿limitación?) de una sustitución fideicomisaria que parece enervar la anterior cláusula undécima.

Esto resultaría lógico si la característica *esencial* de la sustitución fideicomisaria fuera la *conservación* de los bienes para su restitución al segundo heredero o fideicomisario. Mas ni los antecedentes ni los preceptos reguladores de la institución en nuestro Código civil conducen a tan estrecha interpretación.

Como dice Jerónimo López («La regulación del fideicomiso de residuo en el Código civil»—Anuario de Derecho civil, tomo VIII,

Fascículo III), la doctrina y la jurisprudencia han partido de la idea de que el artículo 781 de dicho cuerpo legal define la sustitución fideicomisaria suponiendo que en la misma existe obligación de *conservar* y restituir los bienes heredados. Pero si así fuera—añade con exactitud—, dicho precepto sería contradictorio con el artículo 783, párrafo 2.º, que admite que el llamado fideicomiso de residuo es una sustitución fideicomisaria de residuo, porque ésta no contiene dicha obligación (la de conservar).

En realidad, no existe contradicción alguna. El artículo 781 no ha tratado de definir las sustituciones fideicomisarias. Lo prueba que la frase *«en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia»*, no ha sido separada por una coma de la anterior, *«las sustituciones fideicomisarias»*, dado que de acuerdo con las reglas de la Gramática se trata de una oración de relativo especificativa, cuya finalidad es distinguir entre las sustituciones fideicomisarias que contienen obligación de conservar y transmitir—artículo 781—, de aquellas otras, las de residuo—artículo 783, párrafo 2.º—, que no presentan esta característica.

Ciertamente que la jurisprudencia se resiste a calificar de sustitución fideicomisaria al llamado fideicomiso de residuo. Basta citar, indica Roca—«Estudios de Derecho Privado», tomo II, pág. 77—, la Sentencia de 13 de febrero de 1943, según la cual las disposiciones testamentarias de residuo no encajan del todo en el marco de las genuinas sustituciones fideicomisarias, reguladas en el artículo 781 y complementarios de nuestro Código civil, aunque tengan algunos elementos comunes con ellas y puedan serles aplicables, en determinados extremos, los preceptos que rigen en orden a esta clásica figura jurídica.

Frente a esta Sentencia y más reciente, cabe señalar la de 13 de noviembre de 1948. en la que si, por una parte, afirma «que el fideicomiso de residuo no se identifica totalmente con la genuina sustitución fideicomisaria», añade, por otra, «que pudiera considerarse comprendido en el último párrafo del artículo 783 del Código civil».

Y es que—como dijera González Palomino, con su agilidad característica, «Enajenación de bienes pseudo-usufructuados»—«en nuestro Código civil la cláusula de residuo aparece instalada por las leyes en medio de las normas de la sustitución fideicomisaria (artículo 783, frase final) con domicilio confortable. Su intrínseco consis-

te en que el testador flexibiliza la obligación del fiduciario en cuanto a su contenido, permitiéndole consumir o disponer del todo o parte de los bienes».

Sólo que, como hemos indicado siguiendo a Jerónimo López, es más que una cláusula lo que regula en dicho precepto el Código civil: se trata de una modalidad de la sustitución fideicomisaria.

Si no bastara con lo apuntado en su magnífico estudio por el repetido autor, el ejemplo de la Resolución que nos ocupa es elocuente para requerir su existencia.

¿Es que es posible que lo que el testador acaba de ordenar en una cláusula, poco después en otra, casi a continuación, lo desdiga?

Interpretándolos de cosuno se percibe diáfamanamente que la intención del testador es que su hija disponga libremente de la herencia—cláusula 11—, una vez cumpla veinticinco años, contraiga matrimonio y tenga un hijo legítimo, y si falleciera sin descendientes—cláusula 13—, en los bienes que no haya enajenado sucederán sus hermanos, etc.

Se argüirá seguramente de contrario que, conforme al párrafo primero del artículo 785, las sustituciones fideicomisarias se han de ordenar de una manera expresa, pero a más de lo que indica el maestro Castán sobre la dificultad de matizar este requisito «Derecho civil», tomo IV, pág. 468), puede observarse—según señala el repetido Jerónimo López—que el Código dice «manera expresa» y no «palabras expresas», para evitar la posible pero errónea interpretación de estimar necesaria la utilización de los mismos términos que indica la ley.

¿Que todo esto son interpretaciones, indicios, conjeturas? No. Es sencillamente buscar la intención del testador. Para el Notario autorizante, en su excelente informe, la cláusula 13 está escrita para el caso de que la legataria no hubiese podido enajenar. Para nosotros, a más, para que aun cumplidos los requisitos de la 11, quedase resto y faltando descendientes de la legataria, sigan los bienes o su resto el destino prefijado por el testador. O sea, que una y otra, la 11 y la 13, se complementan y su interpretación hay que hacerla conjuntamente.

Por ello, la misma Dirección expresa en su último considerando que si bien los efectos de las sustituciones pueden reforzarse o atenuarse por los testadores mediante las cláusulas adecuadas, el cri-

terio de la nota calificadora puede aceptarse *«aunque la voluntad del testador, encaminada a satisfacer necesidades familiares o determinadas previsiones, fuese manifestada con desafortunada expresión o una posible omisión en el caso discutido»*.

INTERPRETACIÓN DE CLÁUSULA TESTAMENTARIA: ORDENADA SU VOLUNTAD POR LA TESTADORA EN EL SENTIDO DE MEJORAR, CONFORME AL ARTÍCULO 808—2.º DEL CÓDIGO CIVIL—, A CADA UNO DE SUS CINCO HIJOS, CON EL USUFRUCTO VITALICIO, Y A LOS DESCENDIENTES LEGÍTIMOS DE DICHS HIJOS, CON LA NUDA PROPIEDAD, QUIENES HEREDARÁN POR ESTIRPES, AGREGANDO QUE «SI ALGUNO O ALGUNOS DE DICHS MIS HIJOS FALLECIEREN SIN SUCESIÓN LEGÍTIMA, LA PORCIÓN O PORCIONES USUFRUCTUARIAS VACANTES LOS HEREDARAN SUS HERMANOS SOBREVIVIENTES, EN CALIDAD DE USUFRUCTO VITALICIO, Y EN PROPIEDAD LOS ALUDIDOS DESCENDIENTES LEGÍTIMOS, POR ESTIRPES, COMO QUEDA EXPRESADO», ¿LA CIRCUNSTANCIA DEL FALLECIMIENTO SIN DESCENDENCIA DE UNA NIETA, ÚNICA HIJA DE UNA DE LAS HEREDERAS USUFRUCTUARIAS, EN 24 DE MARZO DE 1943, CON ANTERIORIDAD A OTRA HIJA Y HEREDERA USUFRUCTUARIA DE LA CAUSANTE, CUYO ÓBITO—DE ESTA HIJA Y HEREDERA—OCURRIÓ SIN SUCESIÓN LEGÍTIMA EL 27 DE ENERO DE 1948, DETERMINA, EN VIRTUD DE LA CLÁUSULA TRANSCRITA, LA TRANSMISIÓN A LOS HEREDEROS DE LA NIETA DE LA CAUSANTE DE ALGÚN DERECHO?

Resolución de 20 de junio de 1956 (B. O. de 10 de agosto).

La excelentísima señora doña Angela María de Constantinopla Fernández de Córdoba y Pérez de Barradas, Duquesa viuda de Uceda, falleció en Madrid el día 15 de agosto de 1923, dejando consignada su última voluntad en dos testamentos, otorgados en dicha capital ante el Notario don Cándido Casanueva y Gorjón, en 27 de marzo y 10 de noviembre de 1920, por el primero de los cuales dispuso en la cláusula novena: que era su voluntad que «del tercio de mis bienes del que en concepto de mejora puedo disponer, conforme al párrafo segundo del artículo ochocientos ocho del vigente Código civil, mejorar como mejoro a cada uno de mis nombrados cinco

hijos, doña Angela, doña Rosario, doña Bernardina de Sena, don Mariano y doña María Teresa, en la quinta parte del valor de dicho tercio, en calidad de usufructo vitalicio, cuya nuda propiedad mando, también haciendo uso del derecho de mejorar, a los respectivos descendientes legítimos de dichos mis hijos, heredando aquéllos por stirpes. Si alguno o algunos de mis hijos fallecieren sin sucesión legítima, la porción o porciones usufructuarias vacantes del o de los fenecidos la heredarán sus hermanos supervivientes en usufructo vitalicio, y en propiedad los aludidos descendientes legítimos, por stirpes, como queda expresado». Practicada la partición de los bienes relictos por el Comisario contador partidario don Venancio Echevarría y Mayo, fué protocolizada por escritura otorgada en Madrid, ante el Notario doctor Moreno Esteban, el 27 de octubre de 1925, en la que se adjudicó a la excelentísima señora doña Rosario Téllez Girón y Fernández de Córdoba, hija de la causante, en parte del pago de su haber por mejora, el usufructo vitalicio de las fincas Dehesa de Zorrilla y Cortijo de Puertollanillo, sitas en el término de Espera, partido judicial de Arcos de la Frontera, que fué inscrito en el Registro de la Propiedad, haciéndose constar en el asiento practicado que «queda la nuda propiedad de este tercio de mejora en favor de los descendientes legítimos de la señora heredera». Doña Rosario Téllez Girón y Fernández de Córdoba falleció en Madrid el 27 de enero de 1948, sin dejar descendencia de ninguno de sus dos matrimonios, por lo que la nuda propiedad de los bienes procedentes del tercio de mejora que ella había adquirido de su madre debía corresponder a los hijos de sus hermanos, doña Bernardina, doña Angela, don Mariano y doña María Teresa. La única descendiente de doña Bernardina de Sena fué su hija doña María de los Angeles Eizmendi y Téllez de Girón, que falleció en 25 de marzo de 1943, sin descendencia y separada de su marido por sentencia firme, bajo testamento ológrafo revocatorio de otros anteriores. Doña Angeles fué heredada abintestato por su madre, doña Bernardina de Sena, la cual aceptó la herencia en 10 de marzo de 1948, ante el Notario de Madrid don Rafael López de Haro, por escritura que fué inscrita en el Registro de la Propiedad de Arcos de la Frontera, en cuanto a los bienes radicantes en dicho Distrito Hipotecario, con la condición resolutoria que resultaba de la transcrita cláusula novena del testamento de 27 de marzo de 1920 de la

excelentísima señora doña Angela María de Constantinopla Fernández de Córdoba Pérez de Barradas, Duquesa viuda de Uceda. Y el 29 de noviembre de 1953, doña Bernadina de Sena Téllez Girón y Fernández de Córdoba otorgó, ante el Notario de Madrid don Manuel María Gaitero Santamaría, otra escritura de aceptación y manifestación de herencia, en la que se hizo constar que por error y desconocimiento de la titulación se dejaron de incluir en la anterior bienes que también pertenecen a la herencia de su hija, la excelentísima señora doña María de los Angeles Eizmendi y Téllez Girón, consistentes en la cuarta parte pro indiviso de la nuda propiedad de tres fincas rústicas, dos de ellas en el Distrito Hipotecario de Arcos de la Frontera.

Presentada en el Registro primera copia de la mencionada escritura, fué calificada con nota del tenor literal siguiente: «No procede la inscripción del precedente documento, o sea, escritura número 2.835 del protocolo del Notario don Manuel María Gaitero Santamaría, otorgada en Madrid el 29 de noviembre de 1953: A) En cuanto a la herencia de la excelentísima señora doña Angela María de Constantinopla Fernández de Córdoba y Pérez de Barradas, Duquesa viuda de Uceda, a favor de la excelentísima señora doña Angeles Eizmendi y Téllez Girón: 1) Porque no se acompañan los dos testamentos de la causante, fechas 27 de marzo y 10 de noviembre de 1920, ni las certificaciones de defunción de la misma y del Registro General de Actos de Ultima Voluntad, ni la escritura de protocolización de 27 de octubre de 1925, título de su adquisición, conforme a los artículos 79, 81 y 83 del vigente Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria; 2) Porque, salvo que de dichos títulos resulte claramente otra interpretación, de la escritura número 2.835 precedente se desprende que la adquisición de la nuda propiedad sólo podría verificarse a favor de aquellos descendientes que existieran al tiempo de dicha adquisición, o sea, conforme al primer inciso de la cláusula novena del testamento de doña Angela María de Constantinopla Fernández de Córdoba y Pérez de Barradas, y según la última parte de la cláusula, los de cada stirpe, en lo referente a los bienes adjudicados en usufructo a cada hijo al fallecimiento de doña Angela María de Constantinopla Fernández de Córdoba, en 15 de agosto de 1923, y los de diferentes stirpes, al fallecimiento de los usufructuarios. Sin entrar en el pro-

blema de si esta adquisición debe verificarse al fallecimiento de cada usufructuario o del último, es indudable que la excelentísima señora doña Angeles Eizmendi y Téllez Girón, que falleció en 24 de marzo de 1943, no pudo adquirir esta nuda propiedad, cuya primera usufructuaria, doña Rosario Téllez Girón y Fernández de Córdoba, falleció el 27 de enero de 1948, y cuya última usufructuaria aún vive; 3) Porque aunque se deseche el supuesto anterior (A-2), en el otorgamiento de la presente escritura número 2.835 no han comparecido todos los interesados en la sucesión de la excelentísima señora doña Angela María de Constantinopla Fernández de Córdoba y Pérez de Barradas, Duquesa viuda de Uceda, que deben prestar su consentimiento, conforme al artículo 83 del Reglamento Hipotecario, ya que en ella se hace especial adjudicación de cuotas o partes indivisas de bienes concretos perteneciendo partes o cuotas de los mismos a los descendientes de dicha causante, la excelentísima señora Duquesa viuda de Uceda. B) En cuanto a la sucesión de la excelentísima señora doña Angeles Eizmendi y Téllez Girón a favor de su madre, la excelentísima señora doña Bernardina de Sena Téllez Girón y Fernández de Córdoba, Duquesa de Medina de Ríoseco: 1) Porque no se acompañan el testamento de la causante ni las certificaciones de defunción y del Registro General de Actos de Ultima Voluntad. 2) Porque como se expresa anteriormente (A-2), dicha señora no adquirió la parte de nuda propiedad que es objeto de dicha escritura número 2.835. Y aun en el caso de que no se estimara así, porque es indudable que si hubiese adquirido dicha parte de nuda propiedad por fallecimiento de la usufructuaria sin dejar descendencia, hubiese sido por el cumplimiento de tal condición, acaecido cinco años después de su muerte, y el heredero o legatario que muera antes de que la condición se cumpla, aunque sobreviva al testador, no transmite derecho alguno a sus herederos, conforme al artículo 759 del Código civil; 3) Porque se solicita la inscripción con la condición resolutoria en cuanto a la porción correspondiente a los demás descendientes legítimos, si los hubiere, de la otorgante excelentísima señora doña Bernardina de Sena Téllez Girón y Fernández de Córdoba, sin dejar a salvo los demás derechos que pudieran haber otros interesados, conforme a la cláusula novena del testamento de la excelentísima señora doña Angela María de Constantinopla Fernández de Córdoba; 4) Por-

que no está legalizada la firma del señor Notario autorizante. Los defectos A-1, B-1), 3) y 4) son subsanables, y pudiera entenderse así el A-3), mediante escritura de subsanación otorgada por todos los interesados de todas las estirpes de la excelentísima señora Duquesa viuda de Uceda. El defecto A-2) parece insubsanable, salvo que de los documentos a que se refiere el defecto A-1) y de la interpretación conforme de todos los interesados resultase claramente lo contrario; y el defecto B-2) parece insubsanable.»

Interpuesto recurso por el Notario autorizante, señor Gaitero Santamaría, la Dirección confirma el auto del Presidente que ratificó la nota del Registrador, en méritos de la doctrina siguiente:

Que por haber fallecido sin sucesión legítima, en 27 de enero de 1948, la hija y heredera de la causante, doña Rosario, la nuda propiedad de los bienes del tercio de mejora, que usufructuaba, debía corresponder, por estirpes, a los hijos de los cuatro hermanos restantes; pero, fallecida en 24 de marzo de 1943, sin descendencia, la única hija de una de las hermanas, doña Bernardina, es necesario determinar si, en virtud del testamento de referencia, pudo aquélla transmitir a sus herederos algún derecho, puesto que falleció antes de que la condición se hubiera cumplido.

Que los testadores pueden reflejar sus particulares deseos en las disposiciones de última voluntad, sin otras limitaciones que las establecidas en la Ley, y, por tanto, las instituciones de heredero y los legados podrán hacerse puramente o sujetos a determinados plazos, condiciones o modos; pero la interpretación de la voluntad del causante ha de realizarse siempre en forma sistemática para que tales disposiciones sean rectamente cumplidas.

Que configurada la institución de heredero dependiente de un acontecimiento futuro e incierto de manera que la condición sea un presupuesto del llamamiento, debe apreciarse la capacidad del instituido para adquirir el derecho, en el momento de verificarse la condición, conforme a lo dispuesto en el artículo 758 del Código civil, y, en consecuencia, nada podrá transmitir quien fallezca antes, según declara el artículo 759 del mismo Código, aunque otra cosa suceda en aquellos supuestos en los que dependa de la condición impuesta solamente el goce y disfrute del derecho, en los cuales el he-

redero que fallezca antes de que la condición se cumpla puede transmitir los derechos que hubiere adquirido.

Que del contexto de la cláusula discutida, corroborado por la interpretación dada por el albacea, aparece evidente que en la primera parte la causante dispuso de la nuda propiedad del tercio de mejora en favor de sus descendientes, mientras que en la segunda ordenó la testadora que la porción usufructuaria correspondiente a aquel de sus hijos que muriese sin sucesión fuese heredada en propiedad por los descendientes legítimos de los restantes hijos que sobreviviesen, y como doña Angeles Eizmendi premurió a su tía doña Rosario Téllez, es forzoso concluir que no adquirió derecho alguno que ella pudiese transmitir a su madre, y al tener un carácter subordinado a éste los defectos A-3) y B-3) de la nota es innecesario entrar en su examen.

* * *

Para la clara exposición del problema es indeclinable hacer referencia a la postura —u opinión— del Notario autorizante. Según éste, la debatida cláusula testamentaria, para evitar equívocos, debe desglosarse así: *Usufructo*: «Mejoro a cada uno de mis nombrados hijos en la quinta parte del valor de dicho tercio, en calidad de usufructo vitalicio.. Si alguno o algunos de mis hijos falleciere sin sucesión legítima, la porción o porciones vacantes del o de los fallecidos la heredarán sus hermanos supervivientes en usufructo vitalicio.» *Nuda propiedad*: «Cuya nuda propiedad mando, también haciendo uso del derecho de mejorar, a los respectivos descendientes legítimos de dichos mis hijos, heredando aquéllos por estirpes... y en propiedad a los aludidos descendientes legítimos por estirpes como queda explicado.»

De manera que, para el impugnante, la testadora, al disponer simultáneamente del usufructo y de la nuda propiedad del tercio de mejora, desintegra el dominio y traza por separado el destino de cada uno de los componentes, sin relación ni dependencia del uno con el otro.

En su entender, pues, la nieta de la testadora, doña Angeles Eizmendi y Téllez Girón, adquirió la nuda propiedad de los bienes, conjuntamente con los demás nietos de la causante, desde el falleci-

miento de ésta, sin que la existencia o no existencia de los usufructuarios influya o modifique tal adquisición más que en su cuantía...

Conforme a esta interpretación, podríamos considerar a los hijos de la testadora como una especie de *herederos vitalicios* (art. 805), con recíproca sustitución y a los nietos (o descendientes, por estirpes) *existentes a su fallecimiento* como herederos en nuda propiedad.

¿Es ésta la interpretación correcta? Si la testadora nunca emplea la palabra *nietos*, sino la de *descendientes*, parece más idóneo considerar que quiso referirse —art. 675— a los que quedaran al fallecimiento del último usufructuario (por estirpes). Esta es la línea que sigue, a nuestro juicio, el Ilustre Centro directivo al afirmar —considerando 1.º, copiado— «que al fallecer la hija y heredera doña Rosario, la nuda propiedad de los bienes del tercio de mejora, que usufructuaba, *debía corresponder, por estirpes*, a los hijos de los cuatro hermanos restantes» —también podría interpretarse esta un tanto nebulosa frase: «debía corresponder», en el sentido de que al óbito de dicha señora se concretaba, *por estirpes*, en sus sobrinos, la porción hereditaria que usufructuaba por disposición de su madre. Pero encontramos más conforme la interpretación de dilatar dicha concreción a la muerte del último usufructuario, pues casi idéntica *ratio* existiría para dar paso a la teoría sostenida por el impugnante. Además, en estos casos de delación diferida o retardada en los que, para nuestro Centro, va implícita una condición, el momento determinante de la puesta en juego de ésta creemos debe llevarse a sus últimas consecuencias, salvo, claro, que esté regulada por especial disposición (véase Resolución de 14-XII-1950).

Reconocemos que se nos objetará que el elemento determinante o advenimiento de la delación no puede quedar al capricho del intérprete. Ciertamente. Unicamente pretendemos significar que aquél no irrumpe sino hasta haberse agotado cualquier sobrevivencia, como, específicamente, en este caso, la de los sucesivos usufructuarios que irán acumulando hasta el último que quedare el tercio de mejora (en usufructo).

De esta forma *delación y adquisición* de herencia quedan fundidas en un solo momento y cumplido diáfanoamente el texto romano a que alude el ilustre Díez Pastor—pág. 600, T. VI., *Anales de la Academia Matritense del Notariado*—«nam ius heredis eo vel maxime

tempore inspiciendum est quo acquirit haereditatem», es decir, «que el derecho del heredero ha de ser considerado *principalísimamente* al tiempo en que adquiere la herencia».

A más de la Resolución citada de 14-XII-1950, pueden consultarse las de 19 de diciembre de 1942, 22 y 25 de febrero y 18 de mayo de 1943, y 9 de enero de 1946, núms. 175, 178, 180, 181, 183 y 216, de esta Revista.

GINÉS CÁNOVAS
Registrador de la Propiedad

ESTUDIOS DE DERECHO HIPOTECARIO Y DERECHO CIVIL

FOR

D. JERONIMO GONZALEZ Y MARTINEZ

Prólogo del Excelentísimo Señor Don José Castán Tobeñas,
Presidente del Tribunal Supremo

Precio de la obra: 175 pesetas

Publicados los tres tomos.

Envíos contra reembolso, con aumento de dos pesetas.

Los pedidos a la Administración de

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

ALCALÁ, 16, 5.º, n.º 11 - MADRID

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

C I V I L

III.—Obligaciones y contratos

SENTENCIA DE 24 DE ABRIL DE 1956.—*Daños y perjuicios. Es necesario invocarlos y probarlos. Los intereses legales sólo pueden ser impuestos sobre cantidades líquidas o liquidables fácilmente.*

Para poder dar una sentencia de condena de daños y perjuicios es indispensable invocarlos y probarlos, no bastando el simple incumplimiento de un contrato, ni tampoco dejarse para ejecución de sentencia su justificación, pues para ese trámite sólo puede dejarse la determinación de la cuantía sobre la base que debe fijar la sentencia conforme a lo alegado y probado, así como es doctrina constante que los intereses legales que puedan ser debidos por incumplimiento, mora u otras causas de responsabilidad, sólo pueden ser impuestas cuando se refieran a cantidades líquidas o liquidables con una simple operación aritmética.

SENTENCIA DE 26 DE JUNIO DE 1956.—*Cualidad de rústica o urbana a efecto de retracto: El factor de hecho predominante será el decisivo.*

Ante el ejercicio de la acción de retracto legal de finca rústica, por razón de colindantes, la Sala sentenciadora estimó probado, que tanto en la finca del retrayente como en la que se pretendía retraer, concurren múltiples elementos de hecho entrelazados que conducen: unos, a la apreciación jurídica de que ambos predios son rústicos, por ser designados así en los títulos de adquisición y en el Registro fiscal de la riqueza rústica, como también por su destino a cultivo agrícola, y otros, en cambio, son expresivos de que los dos predios merecen la calificación de urbanos por estar enclavados dentro del núcleo urbano de Puebla Nueva, lindantes con la calle de La Java en su final, toda ella edificada, a excepción únicamente de los dos predios en litigio, por lo que el juzgador de instancia los asignó la calificación de urbanos, con la consiguiente desestimación de la demanda de retracto, ya que en la complejidad de elementos de juicio con-

corrientes predomina el de la situación en la calle de un pueblo, y para estos supuestos de hecho tiene declarado la jurisprudencia, inspirándose en el criterio que a efectos de arrendamiento se señala en el art. 2.º de la Ley de 15 de marzo de 1935, que el factor de hecho predominante será el decisivo en punto a discriminar la condición jurídica de los predios, como rústicos o urbanos.

Esta tesis de la Sentencia recurrida es objeto de impugnación en el primer motivo del recurso, por error de hecho y de derecho que se dice padecido en la instancia al apreciar las pruebas practicadas, y al efecto se aducen actos y documentos referentes al concepto de predios rústicos que a los en litigio se atribuyen en los títulos de adquisición, y en el Registro fiscal de la riqueza rústica, en concordancia con manifestaciones que se atribuyen al demandado y al contenido del acta notarial de 29 de noviembre de 1949 y de la diligencia de reconocimiento judicial; pero a esta argumentación del primer motivo del recurso, hay que oponer para desestimarlo: Primero, que el Tribunal «a quo», lejos de desconocer la calificación dada a los predios en los títulos de adquisición y en el Registro fiscal, la reconocía paladinamente, como tampoco desconoció el hecho de estar destinadas las fincas a cultivo agrícola, aludido en manifestaciones del demandado en el acta notarial y en la diligencia de reconocimiento por el Juzgado, ciertamente no reproducidos con exactitud integral por el recurrente, y así resulta que en el aspecto de facto la impugnación de la Sentencia recurrida por el caude del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil es totalmente estéril, y segundo, que además sería improcedente, porque los actos y documentos que el recurso invoca, en nada contradice el hecho de que las fincas radican en una de las calles de Puebla Nueva, que es el que sirve de base principal al fallo recurrido, y por ello ha de quedar firme.

La Sala sentenciadora apreció que la finca objeto de retracto ya se está transformando en urbana y parte de la del retrayente, vendida a terceros, está sometida a obras «para su distribución como edificado», por todo lo que es visto que la Sala sentenciadora procedió correctamente al estimar que en el caso contemplado en autos, es elemento de mayor relieve el urbano, y en consecuencia, aplicó con acierto la norma jurídica jurisprudencial antes aludida, para desestimar el retracto de colindantes que se ejercitó con base en el supuesto equivocado de rusticidad de las fincas en litigio, aun prescindiendo de otros datos sobre su valoración en venta, superior al doble de los corrientes en los de su clase de secano en la mayoría de los pueblos de Castilla, y prescindiendo también de que el retrayente no se propone evitar el minifundio, sino adquirir un predio para edificar o revender con ánimo de lucro, según lo aprecia el juzgador de instancia por vía de razonable presunción, no desvirtuada con este recurso.

SENTENCIA DE 26 DE JUNIO DE 1956.—*Venta a cuerpo cierto.*

La venta a cuerpo cierto indudablemente se verifica cuando en el contrato no sólo no es precisado el precio singular por unidad de medida,

sino que tampoco son indicadas las dimensiones globales del inmueble, pero que también se verifica cuando aun no habiendo sido indicado un precio singular por unidad de medida, sin embargo, es especificada la dimensión total del inmueble, en cuyo último caso, entre los dos índices en contraste, constituido uno por la falta de un precio singular por unidad de medida y el otro por la concreción de las dimensiones globales del inmueble, la Ley da prevalencia al primero, y presume que aquella individualización no había tenido para las partes valor esencial, que sólo constituía una superabundancia, y no significa que las partes hayan convenido aquel precio global, sólo en cuanto al inmueble tuviese efectivamente aquellas dimensiones totales, siendo de estimar que ésta es una presunción absoluta, contra la cual ni el comprador ni el vendedor pueden articular prueba contraria.

Por tanto, ni el comprador ni el vendedor pueden pretender una disminución o respectivamente un suplemento de precio, cuando las dimensiones globales efectivas del inmueble resulten después menores o mayores de las indicadas en el contrato, aunque aduzcan que sólo en tanto han convenido aquel precio en cuanto creían que las dimensiones de la cosa fueran las precisadas en el contrato.

BARTOLOME MENCHEN

Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia sobre el Impuesto de Derechos reales

Resolución del Tribunal Central de 1 de junio de 1954.

LA INSTITUCIÓN DE UN LEGADO DE PENSIÓN SOMETIDO A LA CONDICIÓN POTESTATIVA DE NO HACER, RECHAZADA O NO ACEPTADA POR LA LEGATARIA EN LA ESCRITURA PARTICIONAL, NO IMPIDE LA PRÁCTICA DE LA LIQUIDACIÓN A CARGO DE AQUELLA.

Antecedentes: Fallecida cierta señora sin descendientes, apareció un testamento en el que, sin hacer institución de herederos, disponía un legado a favor de su sirvienta doña M. A., consistente en la pensión alimenticia de por vida de 600 pesetas mensuales en pago de los servicios prestados a la testadora y con la condición de que los siga prestando y viviendo en su compañía hasta la muerte de esta última y también que no reclame nada como pago o por causa de tales servicios.

Al no existir heredero instituido, fué judicialmente declarado tal el padre de la causante, el cual aceptó pura y simplemente la herencia.

En la escritura de aceptación de herencia comparecen el heredero y la legataria y manifiestan que ésta prestó servicios a la testadora durante ocho años, continuándolos hasta el momento de su defunción, sin retribución alguna, y estimándolos en la cuantía de 25.000 pesetas que reclama al heredero, accediendo éste y abonándole esa cantidad, con lo cual queda sin efecto el legado antedicho, ya que la condición impuesta a la doña M. A. no la puede aceptar por considerarla contraria a sus intereses.

La O. liquidadora giró a cargo de la legataria dos liquidaciones, una por caudal relicto y otra por herencia entre extraños, las que

fueron recurridas con apoyo en que, según el art. 57 del Reglamento del Impuesto, la calificación de las condiciones ha de hacerse ateniéndose a las normas del Código civil, y conforme a éstas la consignada en el testamento es suspensiva potestativa, puesto que depende en su cumplimiento de la voluntad del instituido. Esto supuesto, como el Reglamento prescribe que en el caso de que medie una condición suspensiva, se suspenderá la liquidación hasta que se cumpla, y aquí ha ocurrido el hecho que impide el nacimiento del derecho al legado, éste no ha llegado a existir.

Por otra parte, sigue diciendo la reclamante, aun en el supuesto de que tales requisitos existieran, el acto estaría exento del impuesto por aplicación del núm. 6 del art. 3.º de la Ley y del número 6 del art. 6.º del Reglamento, por tratarse del pago de servicios personales.

El Tribunal Provincial desestimó la reclamación fundado en que «siendo la condición potestativa, consistente en un no hacer que depende de un evento futuro e incierto, precisamente de la voluntad del favorecido por la institución, debe aplicarse a la misma lo prescrito en el art. 800 del Código civil, conforme al cual cumplirá el heredero o legatario afianzando que no dará o hará lo prohibido, y que en caso de contravención devolverá lo percibido; y que sin que ello suponga la pretensión de resolver la tan debatida antinomia entre los artículos 759 y 799 del Código civil, debe aplicarse, a efectos fiscales, lo ordenado en el párrafo segundo del art. 57 del Reglamento, conforme al que, en estos casos, las dichas condiciones no producirán el efecto de aplazar la liquidación del impuesto, exigiéndose éste, desde luego, como si se tratara de institución pura; sin que pueda tampoco admitirse el segundo argumento relativo a la exención por tratarse del pago de servicios personales, porque el documento de pago no los acredita en su realidad conforme a los artículos 31, 16 y 101 del Reglamento».

Planteado el tema ante el Tribunal Central, se razonó en contra de la precedente argumentación diciendo que ya el Derecho romano ideó el arbitrio de la caución Muciana para el supuesto de estas condiciones, evitando así que se frustrara la voluntad del testador y el derecho del heredero, porque hasta el momento de la muerte de éste no podrá saberse con certeza que no hará o no dará lo prohibido por el testador, pero resultaría absurdo seguir aplicando la misma nor-

ma cuando ya se sabe que el favorecido por la institución ha realizado aquello que el testador le prohibía, como ocurre en el presente caso; y sin embargo, la Resolución recurrida discurre como si el hecho fuera todavía problemático «dando espaldas a la realidad, cual si la condición estuviera pendiente»; de ahí que la recurrente entiende que el párrafo segundo del art. 57 zanja la cuestión de la supuesta contradicción entre los dos citados artículos del Código civil, sosteniendo que el 799 sólo se refiere a la suspensión de la ejecución, pero no al nacimiento de la institución: la condición impuesta a la reclamante, a juicio de la misma, suspende la ejecución y la efectividad de la institución.

El Central en su parte dispositiva dice que anula el fallo del inferior y consiguientemente las liquidaciones impugnadas, añadiendo que la Oficina liquidadora proceda «a practicar las rectificaciones que sean procedentes en la liquidación de la herencia, teniendo en cuenta tanto al pago de servicios personales, como la no efectividad del legado de pensión». Y llega a esta conclusión empezando por referirse al mencionado art. 57 del Reglamento, en su apartado 2), según el que «la condición que suspenda solamente la ejecución de la disposición testamentaria, conforme al art. 799 del Código civil, no producirá el efecto de aplazar la liquidación del impuesto, exigiéndose éste, desde luego, como si se tratara de institución pura de heredero o legatario; pero al vencer el término se presentará de nuevo el documento en la Oficina liquidadora... para que se practiquen en su caso las rectificaciones que procedan a favor del Tesoro o del contribuyente»; y esta doctrina, continúa diciendo el Tribunal Central, viene a reconocer la fisonomía especial «de la condición suspensiva potestativa negativa» regulada en el mencionado art. 799 y a crear—dice—una figura intermedia entre la institución pura y simple y la condicional, que participa de la naturaleza de la suspensiva y de la resolutoria, por lo que el Reglamento dispone la exacción como si fuera pura y simple, a reserva de rectificar si el hecho condicional se cumple.

Eso sentado, sigue diciendo que es evidente que la condición de que se trata era suspensiva potestativa negativa, consistente en un no hacer por parte de la legataria, y, en su consecuencia, si civilmente es de admitir lo alegado por la recurrente, esto es, que no podrá reclamar nunca el legado puesto que ha reclamado el pago de los servicios,

que es lo que la testadora estableció como condición prohibitiva, fiscalmente la cuestión presenta otro aspecto, y es éste: como la exacción fiscal ha de referirse en todo caso al fallecimiento del causante como hecho determinante de la efectividad del impuesto, a tenor de los artículos 44 y 48 del Reglamento y 557 y 661 del Código civil, sin que a la calificación del acto le puedan afectar documentos posteriores, ha de concluirse que en principio la Oficina gestora procedió legalmente al girar las liquidaciones impugnadas, sin perjuicio del derecho que al contribuyente reconoce el citado apartado 2) del artículo 57, también citado.

Después de deducida esa conclusión, la Resolución añade que ello no obstante, una vez que al mismo tiempo que la manifestación de la herencia se acompañó justificación del cumplimiento de la condición, razones de economía procesal aconsejaban que la O. liquidadora hubiese tenido en cuenta esa realidad y aplicado el repetido apartado 2).

En cuanto al argumento alegado en segundo lugar en el recurso y consistente en que, en definitiva, se trataba del pago de servicios personales prestados por la legataria y como tal exento, el Central lo rechaza diciendo que «no puede confundirse la entrega de cantidades como pago de servicios personales, con un legado del mismo carácter, ya que el primero es de naturaleza contractual y es el comprendido en el núm. 6 del art. 6.º del Reglamento, y el segundo tiene los caracteres de las sucesiones mortis causa, no existiendo por tanto norma legal que pueda servir de fundamento» a la exención pretendida.

Comentarios.—Guardando, como siempre, los mayores respetos para el Tribunal Central, empezamos por decir que no compartimos los puntos de vista que la Resolución acoge, en cuanto a que la Oficina liquidadora procedió legalmente al girar las liquidaciones, ni tampoco la tesis de que el acto no esté comprendido en la exención invocada en el recurso.

Por lo que al primer aspecto respecta, si bien es verdad que la exacción del impuesto ha de referirse al momento del fallecimiento del causante y que, en términos generales, la calificación fiscal del acto liquidable no puede ser afectada por documentos posteriores, no creemos que ninguna de estas dos normas sean invocables ni eficaces en la presente contienda: la testadora lega una pensión alimen-

ticia a la recurrente en pago de los servicios prestados a aquella, con la condición de que la pensionista nada más reclame por tales servicios, todo lo cual implica el reconocimiento de unos servicios impagados y la facultad de la prestataria de ellos de aceptar o no la fórmula de pago propuesta, e implica al mismo tiempo, necesaria e imprescindiblemente, un acto posterior de voluntad de la presunta legataria. Este acto está reflejado en la escritura de manifestación de herencia que fué objeto de liquidación y a ella hay que atenerse y concederle eficacia, al menos en lo que respecta a la no aceptación tanto de la condición impuesta como a la consiguiente no aceptación del legado, aunque acaso cupiese discutir la cuantía del importe de la cantidad pactada para el pago de los servicios.

La consecuencia que de lo dicho se desprende es que en este caso no tiene la trascendencia que el Tribunal le atribuye el argumento que esgrime para cohonestar la procedencia de las liquidaciones practicadas, ni tampoco que el principio de la economía procesal aconsejaba haber prescindido de ellas. Lo procedente era, según lo expuesto, atenerse a la expresa manifestación de la legataria de no aceptar la condición impuesta por la testadora, que implicaba la no aceptación del legado y la imposibilidad legal de girar liquidación por tal concepto.

Sobre el segundo aspecto antes referido, opinamos que tiene una solución tan clara como el precedente y discorde, asimismo, con la acogida por la Resolución que comentamos. Esta, según queda dicho, rechaza la exención alegada y apoyada en el número 6 del art. 6.º del Reglamento por tratarse, a juicio de la legataria, del pago de servicios personales, y razona la negativa fundamentándola en que no puede confundirse «la entrega de cantidades como pago de servicios personales, con un legado del mismo carácter, porque lo primero es de naturaleza contractual y lo segundo *mortis causa*».

A decir verdad, no se nos alcanza la fuerza del argumento ni la discriminación que en él se hace entre el pago de servicios y el acto sucesorio contenido tanto en el testamento como en la escritura de partición. Creemos, por el contrario, que está fuera de razonable discusión que el hecho de la prestación de servicios personales anterior al de la sucesión, independiente de ella y, por añadidura, reconocido por la prestataria de tales servicios, por la testadora y por el heredero, tiene plena sustantividad y eficacia jurídica con completa inde-

pendencia de la sucesión en sí y de los derechos que de la sucesión nazcan, y, por consiguiente, su tratamiento fiscal ha de ser independiente también del que la sucesión merezca. En la sucesión no se hace otra cosa que reconocer ese hecho y ese derecho y por lo mismo la consumación de carácter económico, o sea el pago de los servicios prestados, no puede tener el aspecto gratuito de herencia o legado; y si no lo tiene, tendrá que ser liquidada esa compensación, una vez calificada con arreglo a su propia sustantividad, esto es, como pago de tales servicios, sin perjuicio de que, fiscalmente, pudiera ser discutible su cuantía. Un ejemplo aclarará y reforzará el argumento: si el testador reconoce una deuda, cumplidamente acreditada, y en la testamentaria los herederos adjudican al acreedor el metálico correspondiente en pago de la misma, es indudable que el hecho no originaría más acto calificable que el de adjudicación en pago, exento con arreglo al repetido núm. 6 como entrega de cantidad en metálico en pago de crédito.

Y esta argumentación es incommovible porque, además, la tesis impugnada llevaría a consecuencias insospechadas, como sería, por ejemplo, la de tener que admitir que si el testador dice que tiene en su patrimonio cosas o bienes ajenos de cualquier clase que sean y ello se acredita debidamente con aquiescencia de los herederos, la transmisión de tales cosas al favorecido engendraría una transmisión gratuita liquidable como tal.

En definitiva, pues, en el documento particional no nació ningún acto de transmisión hereditaria a favor de la supuesta legataria porque ello requería su consentimiento aceptando la condición que la testadora le imponía, y si nació el reconocimiento de los servicios prestados, el pago de éstos está exento del impuesto, sin perjuicio de que la cuantía de ese pago, como va dicho, pueda ser discutida.

*Resolución del Tribunal Económico - Administrativo Central de
1 de junio de 1954.*

EL PRECEPTO DEL ART. 106 DEL REGLAMENTO DEL IMPUESTO AL PREVENIR QUE LOS DOCUMENTOS PRESENTADOS EN LAS OFICINAS LIQUIDADORAS HAN DE SERLO POR UN PRESENTADOR QUE SUSCRIBA LA MATRIZ DEL RECIBO DE PRESENTACIÓN, ES DE RIGUROSA APLICA-

CIÓN, Y NO ES ADMISIBLE NI EFICAZ LA PRESENTACIÓN DE TALES DOCUMENTOS ENVIÁNDOLOS POR CORREO.

Antecedentes : Los interesados en determinada herencia, después de obtener las prórrogas ordinaria y extraordinaria del plazo de presentación de la documentación correspondiente, remitieron a la Abogacía del Estado por correo un escrito solicitando la práctica de la liquidación del impuesto, acompañando los documentos prevenidos en el Reglamento.

La Abogacía del Estado devolvió a los interesados toda la documentación junto con oficio en el que hacía constar la imposibilidad de darla por presentada en razón de carecer de reintegro y de que no permitía el Reglamento tal forma de presentación, ya que exige en todo caso—art. 106—la intervención de un presentador en concepto de mandatario verbal del interesado que recoja el recibo de presentación, firme la matriz del mismo y señale un domicilio para la práctica de las notificaciones.

Impugnada tal decisión de la Oficina liquidadora, se alegó, en cuanto a la falta de reintegro, que no podía producir los efectos acordados por analogía con lo dispuesto en el Reglamento procesal para esos casos ; y por lo que respecta al art. 106 invocado, que sólo establece que los documentos deberán ser presentados, sin expresar la forma y modo de realizarlo, cuya redacción no se opone a que la misma se realice por correo, sobre todo teniendo en cuenta que las normas complementarias de tal precepto están establecidas en beneficio y garantía de los interesados y cuya renuncia no puede privar de eficacia legal a la presentación.

La A. del E. al informar reforzó lo antes razonado por ella, diciendo que lo referente al reintegro se refería al recibo de presentación, imposible de expedir sin el correspondiente reintegro.

El Tribunal Provincial desestimó el recurso y el Central confirmó su decisión abundando en los razonamientos antes dichos, y los reforzó diciendo que los requisitos del mencionado art. 106 no son de tipo puramente formal, en función de la mecánica del impuesto, sino que fijan y concretan derechos de trascendencia indudable en orden al cómputo de plazos de notificación e ingreso de liquidaciones, imposibles de cumplir en el supuesto de la presentación de los documentos por correo ; trascendencia que se refuerza teniendo

en cuenta que el Reglamento atribuye al presentador el carácter de mandatario de los interesados a los expresados efectos.

Lo expuesto no nos sugiere otro comentario sino éste: el texto reglamentario, cualquiera que sea su dureza, no permite otra interpretación.

Resolución del Tribunal Económico - Administrativo Central de 8 de junio de 1954.

LA EXENCIÓN DEL APARTADO 29) DEL ART 19 DEL REGLAMENTO RELATIVA A LA DIVISIÓN MATERIAL ENTRE COMUNEROS DE FINCAS POSEÍDAS PROINDIVISO Y ADQUIRIDAS POR HERENCIA, NO PUEDE REFERIRSE A AQUELLOS CASOS EN QUE LAS FINCAS DIVIDIDAS, AUN PROCEDIENDO DE UN ÚNICO CAUSANTE, FUERON APORTADAS A LA SOCIEDAD CONSTITUÍDA POR SUS HEREDEROS Y ÉSTOS COMO CONSOCIOS LAS DIVIDEN ENTRE SÍ.

Antecedentes: El simple enunciado del caso hace innecesario, dada su claridad, todo comentario. Los bienes divididos provenían, efectivamente, de una herencia y fueron aportados a una sociedad constituída por los herederos. Al disolverse ésta se hacen las correspondientes divisiones y adjudicaciones a los socios, los cuales, por tanto, aunque reciban sus respectivas porciones a título de división material de bienes, no se puede decir que dividan una cosa común adquirida por herencia, que es el caso previsto en el apartado 29 del artículo 19 del Reglamento, sino que adquieren sus respectivas adjudicaciones como inmediatamente procedentes del acervo social de la entidad disuelta; y este supuesto es completamente ajeno al previsto en dicho apartado, el cual, por otra parte, no admite interpretaciones extensivas, como no la admiten en general las leyes tributarias, máxime si de exenciones se trata.

Resolución del Tribunal Económico - Administrativo Central de 8 de junio de 1954.

CUANDO DOCUMENTALMENTE CONSTA CLARAMENTE EL CONVENIO SOBRE LA ADQUISICIÓN DE UN BIEN, NO ES SOSTENIBLE, AUNQUE NI EL

PRECIO NI LA COSA SE ENTREGUEN DE PRESENTE, QUE EL ACTO ENCIERRA UNA COMPRAVENTA A TODOS LOS EFECTOS CIVILES.

Antecedentes: En la A. del E. se presentó, junto con su traducción española, un documento redactado en inglés y denominado «Carta de venta», expedido por la Misión Compradora del Gobierno Griego en Bruselas, fechado el 11 de diciembre de 1951 para ser cumplido el 17 de ese mes, por el que dicho organismo acusaba recibo de 25.000 libras esterlinas que le habían entregado en Londres los señores Harrison por cuenta y como agentes de la Compañía Española de Petróleos, S. A., de Madrid, y declaraba transferir a esta Sociedad todos los derechos e intereses en el remolcador Diesel S. T., número 501, como estaba en Amberes, con efectividad desde el día en que se efectuó el pago, sin garantizar el vendedor ni responder del buen estado del barco, capacidad, condiciones, etc., pero sí su derecho a transferir «las ofertas más arriba expresadas, libre de todo gravamen».

Ante tal documento, la Oficina liquidadora giró, aparte de la liquidación por timbre, otra por Derechos reales, concepto «muebles», núm. 46 de la Tarifa, al 3 por 100, sobre la base 3.120.000 pesetas, con la correspondiente multa por la no presentación del documento en plazo.

La Compañía de Petróleos recurrió contra la liquidación con fundamento en que el documento presentado no podía violentarse jurídicamente hasta el punto de considerarlo como un contrato, al faltarle el requisito fundamental de la aceptación por parte del comprador, y en que, si bien es cierta la adquisición del remolcador, no podía considerarse efectuada en derecho hasta que se concedieran las oportunas autorizaciones—divisas e importación—y se otorgara la correspondiente escritura pública, verdadero e insustituible título de propiedad.

Aparte de lo dicho añadió que, no obstante, seguros de que las dilaciones administrativas se resolverían favorablemente, admitían que se reputara suficiente el documento reseñado a efectos de la liquidación, pero rechazando su fecha a fines fiscales y de penalidad, debiendo ser sustituida por la de presentación, como hecho demostrativo de su aceptación formal, conforme al art. 54 del Código de Comercio respecto a los contratos por correspondencia.

El Tribunal Provincial desestimó el recurso y razonó diciendo que el 17 de diciembre, fecha de eficacia de la «Carta de Venta», no solamente se había perfeccionado la compraventa mediante el acuerdo sobre cosa y precio, sino que había sido consumada, al menos en parte, con la entrega de este último a la Entidad vendedora; que dicho documento no constituye en modo alguno una simple oferta, como declaración de voluntad unilateral y recepticia antecedente de contrato, sino que entraña la constancia escrita y documental de un contrato perfecto y consumado, reflejando la entrega del precio y la puesta a disposición del comprador de la cosa vendida, lo cual excluye la aplicación del art. 54 del Código de Comercio; que el acuerdo del Consejo de Administración de la Compañía de Petróleos de 26 de junio de 1952, que aceptó la adquisición del remolcador y autorizó al Gerente para otorgar la escritura de venta y formalizar el abanderamiento, puede merecer la calificación de ratificación del contrato; que la falta de escritura pública no afecta a la validez intrínseca del contrato ni a la obligación de presentarlo a liquidación, como tampoco le afecta la ausencia de autorizaciones administrativas, ya que no se refieren a la existencia del mismo sino a la importación del objeto comprado.

El Central confirmó la desestimación del inferior diciendo que el documento aludido contiene los suficientes elementos para que el contrato pueda ser calificado de compraventa perfeccionada e incluso consumada, a tenor de los artículos 1.445 y 1.450 del Código civil, que tan sólo exigen para la perfección de esta clase de contratos y para su obligatoriedad el simple convenio en la cosa y en el precio, aunque ni aquella ni éste se hayan entregado.

Por lo que respecta a la aparente contradicción entre las expresiones literales de la «Carta de Venta» al consignar, por un lado, la irresponsabilidad del vendedor por razón del estado, capacidad y condiciones del barco y, por otro, que sí garantizaba al comprador su derecho a transferir «las ofertas arriba expresadas, libre de todo gravamen», dice el Central que si bien la frase va referida al barco, tan sólo pone de manifiesto una impropiedad de expresión o quizá de traducción, y no puede ser interpretada literalmente como dirigida a convertir la eficacia del documento en una simple oferta o proposición preliminar, apta para ser aceptada o rechazada, cuyo supuesto es el único del art. 54 del C. de Comercio e inaplicable cuan-

do, como sucede en el caso, el consentimiento del contratante está manifestado de antemano con claridad.

En cuanto a la aceptación y a las autorizaciones del Consejo de Administración, antes referidas, dice la Resolución que se reseña, que carecen de eficacia dado el contenido de los artículos 41 y 48 del Reglamento al declarar exigible el impuesto en las transmisiones contractuales, cualquiera que sea la naturaleza del documento en que ellas consten. Por lo tanto, la obligación de tributar nació con la referida «Carta de Venta» y no después, y en su consecuencia al ser presentada pasados los sesenta días hábiles a contar de su fecha como previene el art. 108 del Reglamento para los documentos contractuales otorgados en el extranjero, es visto que quedó incurso en multa por su presentación fuera del plazo reglamentario.

Comentarios.—En puridad bien pudiéramos prescindir de ellos, dada la claridad de los razonamientos empleados en las Resoluciones de primera y segunda instancia. Es incuestionable, a la vista del mencionado documento denominado «Carta de Venta», que el contrato se perfeccionó con la entrega al vendedor del precio y con la declaración de éste transfiriendo la propiedad de la cosa, con lo cual el contrato quedó perfectamente encuadrado en el art. 1.445 del Código civil e incluso rebasadas las exigencias del 1.450, ya que éste no exige, para que la perfección de la venta se produzca y sea obligatoria, sino que haya acuerdo sobre la cosa objeto del contrato y en el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado.

Mas es, aun prescindiendo de tan decisivos razonamientos, de los mismos que la Entidad reclamante invoca se deduce claramente su sinrazón, cuando dice que admite que se repute suficiente el documento a efectos de liquidación, aunque rechaza su fecha a fines fiscales y de penalidad, con el fin de eludir la multa reglamentaria por falta de presentación en plazo; y en cuanto al argumento esgrimido en el recurso cuando alega la necesidad de ciertos requisitos administrativos no cumplidos y que han de llenarse a posteriori, bien patente está, como la Resolución recurrida hace notar, que afectan simplemente a la introducción del buque en España, aparte de que no es menos claro que, en último extremo, ellos podrían afectar a la consumación del contrato y de ninguna manera a su perfección.