

Anales de la Dirección General de lo Contencioso del Estado. Ministerio de Hacienda, 1977.

Siguiendo la línea marcada por la primera publicación de la serie en el año 1973, la que ahora traemos a recensión es el exponente de una labor realizada por el Cuerpo de Abogados del Estado al servicio de la Administración. Corresponde al año 1977 y en ella se recogen los diversos aspectos que abarcan la serie de dictámenes emitidos. Predomina la materia del Derecho Administrativo, haciéndose rama especial el Financiero y Tributario y recogiendo en el Derecho Civil y Mercantil varios supuestos. En cola, con un sólo dictamen, aparece representado el Derecho Penal.

Creo que ya es ésta la segunda vez que hago una reseña crítica de la publicación, pero sigo pensando que estas publicaciones, aparte de servir de estudio al que trate de profundizar en una materia, son el testimonio viviente de una fecunda labor realizada por un Cuerpo. En España somos muy dados a encasillar a los diversos Cuerpos y atribuir a los mismos unas críticas que no responden a realidades y la mejor manera de convencer a los incrédulos es aportando el testimonio encuadrado de una labor. En nuestro Cuerpo, desde que allá por el año 1969, descentralizamos los seminarios de Derecho Hipotecario se realiza una constante labor de estudio, consulta y ciclos de charlas y conferencias, pero eso queda entre nosotros, haciendo falta que alguien se decida a dar el empujón para publicar una fecunda labor silenciosa.

La publicación que ahora se nos ofrece resulta de difícil recensión, pues aun estando agrupados por materias los casos que se aportan, son tantos y tan variados que habría que ir uno por uno estudiando cada supuesto y citando a su autor, pues la publicación, aunque atribuye genéricamente la labor a un Cuerpo, cita, como es lógico, a pie de página a los diferentes Abogados del Estado que son autores de los dictámenes. De ahí que me voy a sujetar a la estructura de la publicación y en cada caso haré unos breves comentarios.

A) Derecho Administrativo

Como he dicho, esta materia es la más numerosa y se recoge en ella la mayor parte de los dictámenes. En un libro de seiscientas y pico páginas, esta materia abarca las quinientas pasadas. Aunque las materias van agrupadas en veintiún apartados, sin guardar orden alfabético, a mí se me antoja pensar que el «ordenador» de todo esto se ha sujetado a lo que podríamos llamar «parte general» del Derecho Administrativo y «parte

especial» del mismo. Digo esto, ya que los diez apartados primeros tocan temas todos ellos muy genéricos, como son la Administración periférica, la local, la responsabilidad extracontractual, los contratos administrativos, los funcionarios públicos, el derecho público de cosas, las concesiones administrativas, la expropiación forzosa, la revisión de los actos administrativos y la organización y procedimiento administrativo.

Por el contrario, en lo que yo denomino parte especial, se tocan temas concretos sobre propiedad intelectual, fundaciones, actividades molestas, insalubres, educación y ciencia, trabajo y seguridad social, agricultura, urbanismo, aguas, minas, comercio y economía.

Sería muy difícil destacar aquellos temas que cobran actualidad a través de las inquietudes jurídicas del momento, pues todos son «actualidad» al haberse planteado y resuelto en un año conflictivo como era el de su emisión. De todas formas, creo que habría temas capaces de llamar atenciones preferentes dentro de esa actualidad, como son los que tratan de resolver los problemas de la Administración periférica, la actuación municipal en materias de competencia, servicios y licencias municipales, la temática de los funcionarios públicos, la gran trascendencia que sigue cobrando el dominio público en sus innumerables proyecciones del patrimonio estatal, usurpaciones, derechos reales, reversiones, etc. Igualmente podría añadir el candente tema de la expropiación y la revisión de los actos administrativos.

Por lo que se refiere a la segunda parte de especialidades, no cabe duda que inicia la materia un punto crucial que bordea límites legislativos, cual es el de la propiedad intelectual a través de la obra cinematográfica, la legislación sobre materia tan delicada cual es la agricultura, la proyección que el urbanismo tiene en la propiedad con el otorgamiento de licencias, la suspensión de obras, el silencio administrativo, la ficha urbanística, etc. En igual sentido podría predicarse la importancia de los dictámenes en orden a la materia de aguas, con un código en el dintel de la aprobación, y los temas delicados de la economía de las empresas y sociedades.

El palmarés de los estudios lo soportan con dignidad y prestigio los Abogados del Estado Manuel González Pérez, José María Sas Plaudaró, Francisco José Vázquez Garrido, Antonio del Pozo González, Manuel Goded Miranda, Emilio Recoder de Casso, José María Torres Coll, Vicente Díaz del Corral, Fernando Bertrán Mendizábal, Fernando Díaz Moreno, Jaime Montero y García de Valdivia, Emilio Pujalte Clariana, Alfonso López Jiménez, Manuel Martínez y Pérez-Lurbe, Eduardo Trillo Torres, Raimundo de Miguel López, Jesús Valero Bermejo, Juan Serrada Hierro, Carlos Pinilla Turiño, Alfonso Vázquez Sedano, Angel Sánchez González, José Luis de Castro Autrán, Armando de las Alas Pumariño, Antonio Martínez Lafuente, Emilio Benelli García-Morente, Juan Emilio Luque Díaz, Jaime Montero y Casado de Amezuá, Francisco Javier Aquilé Ortiz, Antonio Claudio Obejo Vacas, Felipe Pastor Olmedo, Francisco Rodríguez Boti, Manuel Breva Ferrer, Francisco José Vázquez Garrido, José Antonio Piqueras Bautista y Antonio de Hoyos González. Creo que cito a todos, pero advierto que algunos habría que citarlos dos o tres veces, pues contribuyen en esa forma. Si alguno se me pasa es mera omisión y no ocultación intencionada.

B) *Derecho Financiero y Tributario*

Quizá en este país, con denominación de España y propicio a divisiones territoriales con diversas denominaciones, lo que de verdad ha cobrado trascendencia es el instrumento fiscal, que ha proyectado sus tremendas incidencias sobre el patrimonio de todos los españoles, con o sin autonomía. Sigo creyendo que esto del tributo cuanto más se nutriese de fórmulas, orientaciones, principios y naturalezas del Derecho Privado más justo, humano y ponderado sería, pero hasta que ello se logre vamos a aceptar esta «necesidad recaudatoria» a la vista de la multiplicación de funcionarios, cargos estatales y secuelas inevitables a que nos van a conducir el fenómeno ya irreversible de las autonomías. Y es que hay tanta gente necesitada de mando que hay que proporcionarla oportunidades, aunque luego la cosa se reduzca a despacho, secretaria, coche y sitios preferenciales, además del sueldo. Si el trasvase del Tajo constituye un gran problema, pienso que el de los funcionarios va a constituir un dilema...

En los estudios que esta parte nos ofrece surge vivo el Derecho Financiero y Tributario y en ellos hay temas de singular trascendencia como la materia de presupuestos, las clases pasivas, las contribuciones, los impuestos sobre rendimientos de trabajo personal, sobre rentas de capital, de personas físicas, sociedades, sucesiones, transmisiones patrimoniales, actos jurídicos documentados y tráfico de empresas, aparte de los impuestos municipales sobre radicación, circulación de vehículos y determinadas situaciones fiscales.

Contribuyen a la aportación de los dictámenes los Abogados del Estado don José Antonio Santías Viada, José María Pérez Prat, Fernando Castromil Sánchez, Manuel Goded Sánchez, José Antonio García Tledo, José Manuel Echevarría Hernández, José Dufol Abad, Angel Sánchez González, Armando de las Alas Pumariño, Antonio Martínez Lafuente, Carlos Martínez González, Alvaro Muñoz López, José María Tejera Victory, Antonio Martínez Lafuente, Vicente Sierra Ponce de León, Luis Peralta España, Juan Serrada Hierro, Francisco Ruiz Risueño, Eduardo Cosmen y Metesán, Juan Díaz-Ambrona Bardaji.

C) *Derecho Civil y Mercantil*

Los temas que se agrupan en esta sección de los Derechos Civil y Mercantil tienen una triple dirección, ya que unos cuantos están destinados a la problemática de la propiedad, su reivindicación, su negación, etc., mientras que otros se centran en problemas concretos de arrendamientos y suministros. Quizá, por la novedad que ofrece, merezca la pena poner en primer término, y así lo hace la publicación, la temática de la separación del matrimonio en el Documento Nacional de Identidad.

Los Abogados del Estado autores de los correspondientes dictámenes son Alvaro de Lapuerta Quintero, Manuel Alvarez-Valdés y Valdés, Luis Reija Guedea, Luis Ruiz-Salinas Martínez, Raimundo de Miguel López, José Antonio Santías Viada, Jesús Valero Bermejo y Alfonso López Jiménez.

D) *Derecho Penal*

El único tema que se recoge en la publicación es el de la posible existencia del delito de injurias y calumnias que firma el Abogado del Estado del Ministerio de Agricultura Alfonso López Jiménez.

La obra, para su manejo, tiene, aparte del índice sumarial, otro analítico de conceptos que se ajusta a un esquema alfabético.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

BALBINO FILHO, Nicolau: *Registro de imóveis. Doutrina, Prática, Jurisprudência*, 3.^a ed., Atlas, São Paulo, Brasil, 1976, 412 y LX págs.

La obra es una puesta al día de la Ley brasileña número 6.015, de 1973, según fue objeto de comentario por el autor en la primera edición. La actualización está determinada por las modificaciones introducidas por las Leyes números 6.140 y 6.216, de 1974 y 1975, respectivamente. En cuanto actualización que es, el texto sigue la pauta marcada en la primera y segunda ediciones, es decir, comentarios y notas que se insertan aprovechando la sistemática indicada por la propia norma jurídica. El autor aprovecha los acápites legales, aportando en cada uno los comentarios pertinentes, en los cuales se vuelcan, cuando es procedente, opiniones de la doctrina; inmediatamente se acompañan, bajo el epígrafe de «práctica», algunos modelos correspondientes al capítulo, que se cierra en cada caso con un abundamiento jurisprudencial. En todo caso en que resulta procedente, se inserta una nota de referencia a los preceptos legales vigentes.

El método autoriza al autor a insertar una generosa cantidad de modelos, en exceso de 120, con lo cual la imagen del lector se completa en todos los aspectos: se le centra en el tema objeto de estudio, se le enriquece con los criterios doctrinales y jurisprudenciales pertinentes, para culminar con el modelo, permitiendo así una exacta apreciación normativa.

Un índice temático sumamente completo, que facilita el manejo del libro, y un apéndice con el texto de la Ley número 6.015, de 1973, y las enmiendas sufridas, aparte de una amplia bibliografía brasileña, cuadran el esfuerzo de BALBINO FILHO.

Puede, pues, comprenderse fácilmente la intención del autor: proveer al lector de un instrumento bien pensado para facilitar el trabajo cotidiano sobre aspectos del tema objeto de estudio; finalidad que se logra completamente, a lo que coadyuva la experiencia del autor, titular de Oficios de Justicia y miembro del *Instituto de Registro Imobiliário* del Brasil.

La impresión es cómoda para el lector, y la encuadernación, aunque en rústica, soporta bien el destino para el que está pensado el libro: ser usado de modo reiterado.

E. VÁZQUEZ BOTE

BALBINO FILHO, Nicolau: *Registro de Títulos e Documentos. Doutrina, Legislação, Prática*, XXX, 1.^a ed., Atlas, São Paulo, Brasil, 1977, 310 páginas.

Como el título expresa meridianamente, en esta ocasión, el compañero BALBINO completa el esfuerzo iniciado con la obra inmediatamente antes reseñada, afrontando el estudio de la registración de contratos. A tales efectos, luego de un bosquejo acerca de la prueba documental, entra de pleno en el marco expositivo del documento, señalando sus características generales, su fuerza probatoria, derivable del artículo 135 y concordantes del Código Civil de Brasil, y el efecto de la registración de aquél en el momento de su protocolización; ello permite al autor analizar la responsabilidad que se asume por el oficial del registro en el desempeño de su cargo, antes de pasar a analizar detalladamente diversas modalidades de contratos documentados.

Un método uniforme, el enfoque bipolar doctrina-práctica, sumamente claro en su sistemática interna, hace que el jurista BALBINO FILHO nos ilustre acerca de las figuras de prenda, garantías de títulos de crédito, aparcería agrícola, fianza, arrendamiento, prestación de servicios, compraventa con pacto de reserva, compraventa condicional, finalizando con la tramitación de la registración, así como con el valor de las certificaciones registrales.

Con inserción sistemática en la página correspondiente al tema que se trata, incluye el autor una enorme variedad de modelos relativos a los títulos objeto de estudio. El esfuerzo se culmina con la inserción de la legislación, abundante y variada, vigente en Brasil al respecto. También en esta ocasión, el autor nos ofrece un excelente índice sistemático y conceptual, que facilita enormemente el manejo de la obra.

Apoyándose en citas doctrinales de los autores de su país, manifiesta el profesor BALBINO un excelente dominio de la materia y gran facilidad de expresión, al tiempo que rigor técnico jurídico.

E. VÁZQUEZ BOTE

DE CARVAHLO, Afranio: *Registro de imóveis*. Ed. Forense, Río de Janeiro, 1977, 2.^a ed., 574 págs.

El profesor DE CARVAHLO, Catedrático de la Universidad Federal de Río de Janeiro, es persona vinculada, desde antaño, al Derecho inmobiliario registral, siendo autor de varios estudios y diversos proyectos de ley sobre la materia (proyecto de ley agraria, de 1974; anteproyecto para la reorganización del Registro Inmobiliario, de 1969, etc.). Una de sus preocupaciones fundamentales—que da la medida del calibre del autor y del acierto de sus enfoques—ha sido la coordinación catastro-registro, sin la cual, seamos sinceros, la eficacia de la publicidad registral no es completa, incluso falla. De ahí la razón de ser del libro que ahora comento brevemente: salir al paso de la desorientación que se encierra en la Ley

número 6.015 (31 de diciembre de 1973), modificada por la Ley número 6.216 (30 de junio de 1975), que «soçobra em meio a uma urdidura de desacertos, que vão ao ponto de extraviar o registro do rumo sistemático que vinha seguindo». Al parecer, ese *despiste* legislativo puede atribuirse al desconocimiento respecto de qué es y qué exige un sistema registral, destacadamente si se pretende insertarlo en los de carácter técnico. Informar sobre este aspecto es la finalidad del volumen del doctor DE CARVAHLO, tomando como eje la reforma legal brasileña.

La obra se divide en veinte capítulos, un apéndice (contentivo de la Ley número 6.015 y del anteproyecto de 1969, al que se le unen los modelos de libros propuestos y el dictamen del Servicio de Fotometría del Ministerio de Minas) y un índice temático y de materias.

Los dos primeros capítulos tratan, como es clásico, de los antecedentes brasileños y de los diversos sistemas de publicidad. La evolución inicial de la constatación de títulos fue, en Brasil, muy similar a tantos otros lugares: la ausencia de un registro orgánico facilitaba una documentación desordenada, provocando incertidumbre en la titulación y, como secuela, que ésta fuese oculta, problema grave en materia de garantías inmobiliarias. Situación, pues, parecida a la nuestra de 1861. También en Brasil, la reforma se inicia mediado el siglo pasado, en 1843, con la publicidad hipotecaria, si bien con menor eficacia que entre nosotros, al no darse entrada a la especialidad, ni adjudicarse a la hipoteca, en cuanto gravamen real, carácter constitutivo (meras, pues, contadurías de hipotecas, de carácter incompleto). Algo de orden vino a poner el Código Civil de 1916, que introduciría la inscripción, al decir de DE CARVAHLO, como modo de adquirir. El Decreto número 4827, de 1924, reorganizador de los registros públicos, según las pautas del Código Civil, al dar amplia y generosa entrada a la inscripción preventiva (declarativa), inicia un refuerzo del sistema. En la década posterior, al darse entrada a las lotificaciones del suelo, se mantiene un sistema híbrido, que combina inscripción y transcripción, documento público y privado, instituciones de carácter real junto a otras meramente obligacionales, llegándose con ello a la reforma reglamentaria de 1947 y su actualización en 1969, cuyos defectos y omisiones intentaría afrontar la citada Ley de 1973 y su reforma de 1975. El problema que presenta la reforma es, sin embargo, grave: más preocupada por la ligereza del trámite registral interno, que del tráfico de los títulos, confunde aspectos relevantes con circunstancias de simple trámite, impone una llevanza registral que facilita el riesgo, y crea una serie de problemas al intérprete que reducen el impacto de la mejora legislativa a un mínimo, frente a las magnitudes posibles para esa fecha.

Los capítulos 3, 4 y 5 recogen los bienes y derechos registrales, así como la terminología impuesta, y su problemática, por el nuevo texto legal. Los subsiguientes capítulos, hasta el doce incluido, recogen los principios inmobiliarios (inscripción, legitimación y fe pública, prioridad, especialidad, legalidad, tracto y rogación registral). Trata el autor de dar una exposición general, enfocando la recepción legislativa de dichos principios, bajo una técnica (realmente superada como pudo afirmar TIRSO CARRETERO) que ofrece lo que la ley permite y las posibilidades que hubieran podido conseguirse. Los restantes capítulos de la obra se destinan al estudio de los libros registrales y catastro, el registro del sistema To-

rens (arts. 277 y sigs. de la ley comentada) y el reglamento correspondiente. Se cierra el libro con un capítulo 20, de retrospectiva y conclusiones. Es, obviamente, el de mayor interés, pues pone de manifiesto el pensamiento del autor en una síntesis que recoge lo expuesto a lo largo de las páginas precedentes: el sistema registral resultante no se adapta a las exigencias de celeridad del momento, facilita la inseguridad porque facilita las falsificaciones y deviene, incluso, en contradictorio.

Escrita con gran soltura, la obra de DE CARVAHLO le acredita como buen conocedor de la materia. Una sola cosa me llama la atención en el libro: la ausencia de bibliografía española. Y no es un defecto de la obra, sino, me parece, de nosotros los españoles. En alguna ocasión escribí, que, si en doctrina jurídica España tenía figuras de relieve, era precisamente en esta rama del Derecho. Las peculiaridades de nuestra Ley de 1861 y subsiguientes, únicas en el mundo, nos crearon problemas tan únicos, que nuestros juristas hubieron de afinar enormemente. Al parecer, sin embargo, no hemos difundido adecuadamente sus esfuerzos, no para airear *nuestros* problemas y *nuestras* soluciones, sino los problemas y las soluciones que ofrecen el Derecho inmobiliario. Es lástima, porque puede significar que hemos dedicado la atención, otra vez, a las cosas de dentro, con omisión de las cuestiones universales.

E. VÁZQUEZ BOTE

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *Las licencias de urbanismo*. Publicaciones Abeila, El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados, 1978.

Hace ya tiempo que no recensionaba obras de GONZÁLEZ PÉREZ, pues al dejar de tener la dirección de la sección bibliográfica de cierta revista, resulta difícil poder *pedir la vez* en esta Crítica de Derecho Inmobiliario para traer a sus páginas alguna de las múltiples publicaciones del autor. Y la razón es bien sencilla: GONZÁLEZ PÉREZ escribe muy claro, con una gran sistemática y se ocupa de problemas de actualidad en el campo administrativo. Ello hace que los que se ocupan, o nos ocupamos, de las recensiones queramos hacer la nuestra en esta *Revista* para así enterarnos y estar al día en materia tan importante. No es de extrañar, por ello, que siempre se me adelanten los asiduos en la materia, pero en esta ocasión se me adjudica la recensión porque aquel que tenía que hacerla no pudo iniciarla. Quizá eso justifique el retraso.

Hablar de licencias es presentir prohibiciones o faltas de libertad. Quizá, por ello, en la legislación civil la antigua licencia marital y la licencia *uxoris* se han convertido en exigencias de consentimiento o han desaparecido. Lo que sucede es que a la hora de aplicar la sanción por la falta del requisito exigido—licencia o consentimiento—el ordenamiento jurídico se resiente, pues en vez de hablar de nulidades se habla de posibles anulabilidades y nosotros siempre creímos—y así todavía lo atestigua hoy el 1.414 del Código Civil—que cuando la ley exige un consentimiento si éste no se presta el acto cae indefectiblemente en nulidad. Quizá por haber heredado el Derecho Administrativo la idea de la licencia y el trato menos riguroso que se daba a la falta de la misma, es por lo

que la legislación urbanística no se haya pronunciado con la sanción de nulidad y siga planteando el viejo tema de las inscripciones y forma de hacerlas, si es que pueden hacerse.

Recuerdo haber leído en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley sobre Reforma de la del Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 5 de diciembre de 1972 unas tremendas frases que calificaban a la licencia como «el título jurídico que autoriza la actuación del particular» o «el título jurídico declarativo de derechos», como si de una sentencia judicial se tratase. En igual sentido, aunque sin tanto énfasis, se sigue hablando en la Exposición de Motivos de la Ley de 5 de mayo de 1975 sobre la licencia. Contrasta esta terminología con la que en la actualidad utiliza el «Protocolo» firmado en Cataluña en el año 1980, donde en su primer criterio se considera a la licencia «como una manifestación de la actividad de policía administrativa sobre el uso del suelo». El supuesto no es sólo cambio de denominación, sino de contenido jurídico y así, avanzando en dicho protocolo, se aprecia el razonable criterio que se adopta frente a las inscripciones a practicar: si la licencia no existe o es insuficiente, la inscripción puede practicarse, pero al margen de la misma se pone una nota con un término de validez de cuatro años, pudiendo el Registrador, a petición del Ayuntamiento, expedir nota simple informativa de las inscripciones que estén en esos supuestos.

La monografía o estudio del apasionante tema de las licencias la divide el autor en tres grandes partes: una introducción, una parte general y una especial. Todo ello viene completado por una clave de abreviaturas, un índice analítico y un apéndice legislativo. Respetando todo ello, vamos a sintetizar su contenido.

A) *Introducción*

El arranque de la obra es una constante reflexión del autor sobre la falta de libertad y la constante intervención en los actos privados por parte de la Administración. Hace unas citas de autores y trabajos muy oportunos, como, por ejemplo, la de GASCÓN HERNÁNDEZ, la del libro de J. ROBERT (*Las violaciones de la libertad individual cometidas por la Administración*), las frases de UNAMUNO en su libro *Visiones y comentarios* y la que recoge de JORDANA DE POZAS, al decir que realmente es triste tener que llegar a tal conclusión; tener que llegar a reconocer que, salvo la conciencia y el hogar, nada escapa a la despiadada intervención de la Administración moderna.

Examina los principios informantes de la intervención administrativa (los de legalidad, igualdad, subsidiariedad y la buena fe), para luego centrar el tema y señalar las maneras o modalidades de la intervención administrativa: las órdenes de hacer, las prohibiciones y la sujeción a licencia. Termina esta parte con dos temas importantes: los actos sujetos a licencia urbanística y el concepto y naturaleza de las licencias. Para el autor se trata de un acto reglado que no crea derechos subjetivos, sino que los condiciona en su ejercicio. Termina con los temas del fundamento y regulación.

B) *Parte general*

Sucesivamente, en esta segunda parte de la obra va desarrollando los requisitos que deben contener las licencias, el procedimiento para su obtención y expedición, los efectos, licencias ilegales, extinción de las licencias y la responsabilidad patrimonial. Expuesto el esquema a que se ajusta esta parte, y con la habilidad que caracteriza al autor, va sistematizando cada uno de estos puntos. En los requisitos distingue los subjetivos, los objetivos y los que hacen referencia a la actividad (lugar, tiempo y forma). En el procedimiento también lo sistematiza distinguiendo la iniciación, el desarrollo del mismo y la terminación normal y anormal del mismo, abordando el problema del silencio administrativo aplicado al caso. En materia de efectos se acude a la distinción entre los límites en que se mueve la licencia y las repercusiones que puede tener la inexistencia de la licencia respecto a los actos de edificación y a las obras realizadas. Capítulo especial merece el problema de las licencias en relación con el Registro de la Propiedad, donde el autor recoge las opiniones más caracterizadas, incluida, por supuesto, la mía, pero por razones de fecha no alcanza a examinar esa solución que antes apuntamos y que el Protocolo de la Generalidad de Cataluña da como viable a una situación creada por falta de visión urbanística en querer utilizar una institución, sin pensar que las consecuencias que se apliquen a la misma son fundamentales para su coordinación.

Dentro del tema de las consecuencias de las licencias ilegales, el autor toca los temas de la nulidad, la anulabilidad, la suspensión de licencias, la rectificación de errores, etc. Igualmente se tocan los tres grandes problemas de la extinción de las licencias: la anulación, la revocación y la caducidad. En la última parte la problemática de la responsabilidad se examina no sólo en orden al administrado, sino en relación con la Administración por otorgamiento de licencias o por denegación de las mismas.

C) *Parte especial*

Como su mismo nombre indica, esta parte está destinada a una serie de supuestos que ofrecen singularidades frente a la norma general. Fundamentalmente se estudian las licencias para actividades urbanísticas del Estado y Entidades de Derecho Público, para usos y obras provisionales, para suelo no urbanizable y urbanizable no programado, de ciertas obras de órganos del Estado, de ejercicio de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas.

En el Apéndice Legislativo se recoge la legislación del año en que la obra se publica y que comprende el Reglamento de Disciplina Urbanística (R. D. 23 junio 1978), la suspensión de vigencia de alguno de sus artículos (R. D. 14 octubre 1978) y los Reales Decretos de traspaso de competencias a Cataluña y País Vasco (RR. DD. 23 junio, 15 julio, 26 julio y 25 agosto 1978).

La obra, aparte de su aspecto didáctico, fácil por su manejo y fértil en consecuencias de conocimiento, tiene la garra de la experiencia profesional del autor que vive, estudia y moldea diariamente los grandes problemas del urbanismo español.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

ROTONDI, Mario: *L'abus de droit*. Número 7 de la Colección «Inchieste di Diritto Comparato», Ed. CEDAM, Padova, 1979.

Con un emocionante recuerdo a su maestro, BARASSI, y a su tesis doctoral de 1922 sobre este tema, para él obsesivo, MARIO ROTONDI nos ofrece veintidós estudios de especialistas de otros tantos países sobre el abuso de derecho que, pese a su consagración *expressis verbis* por varias legislaciones en el curso del siglo presente y descripciones características del mismo en otras, continúa siendo materia no completamente pacífica.

Cierto que «abuso» y «derecho» son una aparente contradicción *in terminis*, pero también está consagrado que *non omne quod licet honestum est*, sobre todo al considerar que siendo el derecho subjetivo un interés jurídicamente sancionado no es posible aprobar su ejercicio sin real interés, y más cuando se realiza con simple *animus nocendi* o, cuando aún sin tal propósito, existe notoria desproporción entre el interés del titular y otros contrapuestos, la suficiente para originar el rechazo de la conciencia social que muestra indiscutible preferencia por el «Gemeinnutz» frente al «Eigennutz». La disociación entre opinión y norma puede ser de consecuencias graves: la estricta aplicación de la última puede envilecer, más que honrar, al Magistrado.

Pero apenas iniciada la ruta, el horizonte se dilata y dificulta con múltiples encrucijadas. Aparecen los llamados «conceptos-válvula», nociones indeterminadas, casi fugitivas, con muy diversas cristalizaciones o aún en estado gaseoso, con las que se procura adaptar la ley, su espíritu, a la justicia que reclaman circunstancias concretas, en especial las que reflejan la evolución de la conciencia social. Todas ellas posibilitan una valoración correctiva judicial y de ahí la dificultad de diferenciar el abuso del derecho del fraude a la ley, con su amplio polimorfismo, y cuyo terreno, más que con evidencias, se recorre con las sutilezas de un jardín oriental; de la buena fe, la equidad o las buenas costumbres con todos sus vastísimos, casi inasequibles, límites; y es imposible dejar de hacer referencia a los principios generales del Derecho, al carácter jurígeno de la jurisprudencia, materias de profundas raíces y riquísimo follaje, aparte particularismos como el de las presunciones, el enriquecimiento sin causa, los efectos creativos o abrogativos de la costumbre y muchos otros con los que podría formarse una relación casi ilimitada.

Pero todo, en el fondo, nos dirige al campo filosófico que con sus principios impregna los ejes fundamentales de un sistema jurídico, principios muy distanciados de la doctrina legal con la que comúnmente se les confunde. La interpretación de tales elementos filosóficos es materia que afecta a todas las normas del sistema; su encuadre en la Parte General de los Códigos Civiles es un asunto de mera tradición. La interpretación del derecho en vigor realizado desde tal perspectiva es la que permite la medición justa, la corrección de normas en casos concretos y aun suplir ausencias o lagunas, las internas por vía interpretativa, las externas en méritos del carácter supletorio de tales principios generales. La técnica jurídica enuncia procedimientos pero, en muchas ocasiones, nuestros juristas carecen de la indispensable formación filosófica y hasta teológica que las Universidades apenas facilitan. Jurisprudencia es mucho más que juristécnica o jurisciencia. La navegación es un arte que

no sólo requiere conocimiento de maquinaria o instrumental, sino de rutas y, fundamentalmente, de destino.

Al hablar del abuso del derecho salen, pues, a la luz temas accesorios pero no intrascendentes: no es sólo la autonomía conceptual del instituto, sino el problema de la inmanencia o trascendencia del derecho, si el mismo es producto de la voluntad del Estado, o el pueblo, o el Juez, o algo objetivo que las fuentes se limitan a exteriorizar y concretan los magistrados. El problema de cuáles sean las fuentes del derecho, la potencia creadora de las resoluciones judiciales. El abuso de derecho—como otros institutos aludidos anteriormente—pone en manos de los juzgadores un conjunto de «normas en blanco» que pueden suponer un peligro para la certeza de la ley, derecho que es fundamental para los a ella sometidos. Los codificadores clamaron contra tal posibilidad, degradando los jueces a meros exégetas y hasta los afrancesados de nuestras Cortes de Cádiz manifestaban que en los gobiernos despóticos imperan los hombres y en los moderados las leyes: se debe impedir, a toda costa, que los magistrados puedan ser superiores a ellas. La doctrina que configuró la reciente reforma de nuestro Código en su Título Preliminar aludió al abuso como esperanza y peligro y más tarde se ha hablado del temor al «abuso del abuso» sobre todo en momentos en que la Magistratura refleja la profunda división ideológica en materias esenciales que, más que las meras territoriales, hace peligrar la unidad nacional. La determinación de límites morales, sociales o filosóficos puede y debe ser muy distinta en elementos formados en la dogmática marxista, liberal o cristiana, como ha resaltado STARCK. El asunto excede del campo estrictamente jurídico e invade el de la filosofía política. En la obra que recensamos aparecen citas de resoluciones en las que se considera, más que un abuso una extorsión el exigir de un arrendatario aumento de canon por la autorización de mejoras en la vivienda. No parece distante la hipótesis de considerar otro abuso la reclamación de deuda por el acreedor acomodado al indigente deudor, «o, en el supuesto inverso, el pago al modesto acreedor en moneda desvalorizada». La interpretación y subsiguiente decisión parecen libradas al campo de los conflictos ideológicos.

Pero estas consideraciones someras no deben desviarnos del objetivo concreto: la recensión de la obra epigrafiada.

Empecemos por el ámbito clásico. El abuso de derecho, nombre que parece se debe a LAURENT, se inicia en Francia a fines del pasado siglo con varias sentencias relativas a «l'intention malveillante» y provocan un sinfín de estudios doctrinales en las que aparecen nombres tan destacados como los polemistas JOSSEFAND y RIPERT, PLANIOL y hasta DUGUIT, que con sus derechos-función llega a inspirar la legislación soviética. Las repercusiones son muy amplias, y PIROVANO, de la Universidad de Niza, las detalla cuidadosamente tanto en el aspecto dogmático como en el jurisprudencial, resaltando que el combate por la autonomía conceptual del instituto parece haber quedado en sordina y que las resoluciones judiciales que la admiten, más que convincentes se consideran comprometidas, discutibles. Por otra parte, la legislación no se ha alterado, pese a que en un estudiado proyecto de Código de Obligaciones franco-italiano se describía el abuso de derecho; pero ello ni influyó en el posterior Código Civil italiano de 1942, ni provocó alteración alguna en el de Francia.

RANIERI, del Max Planck, se refiere a Alemania, cuyo BGB de 1900, en su parágrafo 226, proclamó la ineffectividad del ejercicio de un derecho cuando su simple propósito era el de dañar a terceros; y en el 826 se obliga a la procedente indemnización a quien actuando contra las buenas costumbres produce daño a otro. Parecía la consagración de los aspectos subjetivo y objetivo del abuso de derecho y una parte de la doctrina germana y mucha extranjera resaltó el acontecimiento. Pero otra parte, y muy importante, del dogmatismo alemán entendió tales normas como expresiones concretas del principio de la buena fe. ENDEMANN calificó el parágrafo 226 de disposición nacida muerta y aunque los Tribunales aluden al instituto en muchos «obiter dictum», sus resoluciones parecen continuar la tradición de la «exceptio doli generalis». El «Rechtsmissbrauch» no parece haber conseguido el reconocimiento autonómico conceptual. Las exigencias de responsabilidad se han ajustado a las bases de la buena fe, las buenas costumbres y las exigencias de la equidad. La cobertura se ha mostrado suficiente.

Italia parece vivir un creciente estado de insatisfacción, de inquietud, ante una presunta parálisis de la ciencia jurídica al comparar su técnica con los progresos de otras ciencias humanas. El complejo de inferioridad conduce a los juristas a jugar al «anything goes», todo va, y lo que pueda suponer cualquier salida a la incertidumbre diagnosticada, pasa a constituir una bandera de vanguardia. Y en nuestra materia concreta, salvando aquellos derechos tan exquisitamente individuales que casi merecían destacarse como «super derechos subjetivos», la superposición de los intereses colectivos a los individuales no sólo se analiza y debate, sino se exalta como axiomática. ANDREA DI FRANCIA escribe unas maravillosas páginas sobre el abuso, señalando, como ROTONDI estima, que los cambios sociales pueden conducir a que ejercicios normales pasen a ser clasificados como abusivos, mientras RESCIGNO realiza un enfoque ideológico en el que concluye que para un católico el abuso es una infracción moral y que para el socialista las normas constitucionales son verdaderas normas morales. SCIALOJA, BARASSI o SANTI ROMANO niegan una posibilidad de construir una teoría general del abuso, sin perjuicio de admitir un dilatado repertorio de casos concretos, a la vez que SANTORO PASSARELLI, que muestra su preferencia por la expresión «exceso de derecho», coincide con FERRARA en las amplias repercusiones del tema en el campo societario: desde los que figuran como Administradores sin serlo realmente, hasta los aumentos y reducciones de capital sin otra finalidad que eliminar o reducir la potencia de socios molestos.

Tampoco faltan en Italia alusiones a los peligros de la excesiva discrecionalidad judicial, pero se coincide en que la jurisprudencia ha sido cauta en extremo y, casos de actos de emulación aparte, en el ámbito de los negocios privados se ha procurado reconducir el enfoque a la difícil doctrina de los motivos y causas. Tal vez pueda hablarse actualmente de un «desinterés» doctrinal, pero DI FRANCIA estima que señalada la solidaridad social como principio por la Constitución, el ejercicio de cualquier derecho subjetivo con trascendencia económica o social debe acoplarse a tal directriz.

TERCIER, de Friburgo, comenta el Código Suizo, en cuyo art. 2 se habla por vez primera del abuso de derecho, cuya desprotección se proclama, a la vez que se consigna la obligación de ejercer los derechos con buena

fe, que imperará también en el cumplimiento de las obligaciones. La doctrina considera tales normas de índole preventiva, principios de corrección e interpretación y medidas de carácter especial y general, respectivamente. Los Tribunales han hecho uso de ellas en contadísimas ocasiones.

En Bélgica los Tribunales aceptan claramente el abuso del derecho desde 1971, pero como la legislación y la doctrina, según explica MEINERTZ-HAGEN, de Bruselas, las orientaciones francesas predominan. Lo propio ocurre en la provincia canadiense de Québec, a tenor de la exposición de BAUDOIN de Montreal. En Austria la modificación del Código de 1907 y en Grecia el nuevo Código civil de 1946 han aproximado la legislación al BGB alemán. MAYER y BOHM, de la Universidad de Salzburgo, y DELOUKAS, de la de Atenas, ofrecen interesantes aportaciones sobre ello. Acaso también pueda englobarse en este grupo el estudio de ZONDERLAND, de Rotterdam, centrado en el art. 8 del proyecto de Título introductivo del Código civil, en el que parece sustituirse la expresión «derecho subjetivo» por la de «competencia», prohibiéndose el abuso de tales competencias y describiendo cuando el mismo tiene lugar ZONDERLAND no cree que ello constituya un termómetro jurídico mediante el que pueda dictaminarse en pocos instantes si ha habido uso o abuso y comenta jugosamente la jurisprudencia más reciente. Es originalísimo el gráfico en el que plasma su esquema de método de interpretación.

Japón, obligado a modificar su Constitución en 1946, altera el Código civil el siguiente año y en su artículo 1, después de ordenar que el ejercicio de los derechos de los particulares debe acomodarse al bien público y realizarse con buena fe, prohíbe el abuso de derecho. Los profesores NODA y NOMURA, de Gakushuin, creen que antes de tal proclamación la jurisprudencia había llegado a conclusiones idénticas y que la lacónica reforma sólo ha suscitado dudas interpretativas respecto a su alcance subjetivo u objetivo. Expresan también sus temores de la extensión del concepto «abuso» a otros campos, con imprevisibles consecuencias. La ecología, como derecho de las masas, no deja de ser un indicio.

CUNHA DE SA, de Lisboa, nos ofrece un excelente trabajo sobre la reforma del Código portugués realizada en 1966 y en la que bajo el epígrafe «Abuso do Direito» se declara ilegítimo el ejercicio de un derecho que exceda los límites impuestos por la buena fe, las buenas costumbres o su finalidad económico-social. Más que de la jurisprudencia, la modificación ha sido realizada por presión de la doctrina, ansiosa de novedades. Ahora, configurado como instituto autónomo, aparecen problemas relativos a lo que sea «evidencia» y las apreciaciones simplemente sociológicas o las filosófico-religiosas sobre las «buenas costumbres». De hecho sobre ambos temas no hay todavía experiencia jurisprudencial.

Sólo unas breves líneas a un excelente, aunque esquemático, estudio del profesor FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO en relación con el problema y la reciente reforma del Título Preliminar del Código civil español, en la que se facilitan precedentes, doctrinales y jurisprudenciales, breves comentarios y una casi exhaustiva bibliografía, aunque limitada estrictamente a los estudios que versan directamente sobre el abuso. No incluye otros sobre temas próximos como el fraude a la ley o la buena fe, que los hay destacados y abundantes y con amplias convergencias con el caso específico del abuso. De entre los relativos a la buena fe, centrado

en el marco hipotecario en el que se desenvuelven nuestras actividades, se recuerdan y estiman los de uno de nuestros más distinguidos compañeros, AMORÓS GUARDIOLA.

En el mundo socialista el abuso de derecho sólo es concebible en período transitorio, interín se produce la plena construcción de la sociedad conforme a la estructura marxista, ocurrido lo cual, como la relación jurídica se convierte en relación social, el derecho subjetivo no tiene razón de ser.

Se señala que el derecho ilimitado es producto del capitalismo, que rompió la situación feudal en la que derechos y deberes estaban integrados en una unidad sistemática, pero que la transición al socialismo y comunismo es un proceso lento y difícil aunque en muchos países se ha dado ya el gran paso de transferir al pueblo, es decir, al Estado, los medios de producción. No obstante en este período intermedio, y en forma más o menos amplia, subsisten todavía propiedades particulares y aun negocios privados, no sociales, en los que cabe el abuso y su desprotección o sanción, instrumentos de coexistencia de propietarios burgueses, titulares de derechos subjetivos.

Por ello varios Códigos de factura moderna de los países socialistas de Europa recogen expresamente la institución, y en la recopilación de ROTONDI figuran las aportaciones de CIGOR, relativa a Yugoslavia; la de GYULA, excelente, detallando la situación húngara; IONASCO la analiza en Rumania, KUNZ en Checoslovaquia y OCHANOWICZ en Polonia. Si no de factura uniforme, las nuevas normas coinciden no sólo en la prohibición expresa, sino en el detallismo del acontecimiento, detallismo muy relativo: incompatibilidad con la función social de los derechos, daños a la economía nacional, perjuicio o vejaciones a otros ciudadanos, simple deseo de obtener ventajas o falta de concordancia con sus finalidades económicas o socialistas.

Penetramos seguidamente en lo que en términos muy laxos puede considerarse ámbito del «common law». NAPIER, profesor de Cambridge, resalta que en Inglaterra no hay enunciación legal relativa a limitaciones de derechos y, en consecuencia, que pueda referirse a abusos, a diferencia de Escocia, cuya normativa, de espíritu romanista, proscribió expresamente los actos de emulación. Aunque en Inglaterra en el pasado siglo Cámaras y Tribunales consideraban normal el ejercicio de un derecho aun con notorios propósitos nocivos, se ha producido una evidente evolución jurisprudencial; son frecuentes las referencias a la equidad y al juego «con manos limpias» y normalmente se llega a conclusiones no muy distantes de las continentales.

Los países europeos clasificados como «nórdicos» no poseen calificaciones civiles totales. JORGENSEN, de la Universidad de Aarhus, explica que en el derecho danés-noruego del siglo XVI ya no se consideraban vinculantes los contratos contrarios a la ley o a la modestia, expresión ésta que unos asimilaban a la latina «contra bonos mores» y otros a la germana «Treu und Glauben». La Ley Común de 1917 tampoco hace referencia al abuso, pero en Dinamarca una de 1971 establece cierta cláusula general que indirectamente conduce a los propios efectos. El Estatuto noruego de 1961 contiene, en lo relativo a la propiedad, una «general rule of spiffulness». La jurisprudencia ofrece normalmente una protec-

ción similar a la europea en casos de abuso de derecho en las diversas esferas contractual, de derechos reales, procesal, societaria, etc.

FORKOSCH, de Brooklyn, adopta para su estudio sobre los Estados Unidos una perspectiva aparentemente amplia con exceso. Acaso, a tenor de nuestra visión continental, hasta demagógica. Considera el abuso de poder como la deliberada actuación de la autoridad, la prostitución de posiciones y el uso de reprobables procedimientos, tanto por los particulares como por funcionarios o autoridades, para alcanzar fines que no constituyen externas infracciones legales. Por ello, abarcando áreas de derecho público y privado, aparecen como acusados el Presidente del Estado, el Congreso, el Tribunal Supremo y toda suerte de autoridades y funcionarios. Vietnam, Nurember, Watergate y su «syndrome», y todo tipo de «lobing», así como las discriminaciones raciales, religiosas, de sexo y hasta las gratificaciones más o menos configurables como sobornos o comisiones forman lo que el propio autor considera una relación de horrores.

En el derecho israelí, de difícil encuadre y sobre el que informa ZELTNER, de Tel-Aviv, no aparece una Parte General o Título Preliminar de las normas civiles comparable a las continentales europeas. No obstante en las diversas compilaciones legales relativas a contratos, procedimientos, propiedad y aún en determinadas zonas de derecho público se nota la influencia de la «Mejelle» otomana, no rechazada expresamente, y cuyos primeros cien artículos podían considerarse una singular y curiosa parte general o conjunto de disposiciones fundamentales. Por ello en la jurisprudencia, ciertamente citada con profusión, es evidente una tendencia a aceptar el cocepto de abuso de derecho, si bien como uno de los elementos básicos del principio de buena fe.

La cultura jurídica argentina posee un nivel no sólo «europeo», sino de singular categoría. SPOTA, uno de sus más conspicuos representantes, desarrolla la ponencia en la legislación que denomina «latinoamericana». El panorama es extenso, por lo que no se le posibilitan excesivas consideraciones doctrinales, aunque sí exhibir la profunda influencia que en él ejercen las dogmáticas francesa e italiana. Clasifica las legislaciones estudiadas en el grupo de las que admiten expresamente el abuso, Argentina, Brasil, Perú, Venezuela y Bolivia, y el de las que lo aceptan implícitamente; después de destacar los criterios restrictivos de Costa Rica y Puerto Rico, concluye con un especial análisis de la singular postura mejicana Su resumen: «las legislaciones latinoamericanas han aceptado el principio del abuso de derecho consagrado por todos los Códigos del mundo civilizado.»

Desde el enciclopedismo está comprobado notoriamente que Iberoamérica constituye una fácil zona recepticia de toda clase de innovaciones filosóficas, políticas y jurídicas, mitificándose rápidamente como auríferas novedades que, en ocasiones, resultan sólo plantas estacionales. PASCAL ya observaba que «le monde se paie des paroles et peu approfondissent les choses». Acaso por las ansias de disponer de normativas «au dernier cri», aquella amplia zona geográfica continúa constituyendo un mar congelado en plena tempestad. Parece como si el desorden fuera la institución permanente. Tal vez con un exceso de legislación quiera suplirse la obra

difícil y lenta del tiempo que se vertebra en tradición y medida adecuada. Acaso en este constante laboratorio de ensayos de novedades importadas sean más procedentes capitanes de larga vida e íntegra humanidad que normas abstractas oropeladas con vocabularios e instituciones, sino vacuos, escasamente experimentados. Es el dilema entre el buen rey y la buena ley.

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ