

BASSOLS COMA, MARTÍN: *Génesis y evolución del Derecho urbanístico español (1812-1956)*. Editorial Montecorvo, 1973.

En la línea editorial que Montecorvo se trazara desde su iniciación, atendiendo con preferencia en sus publicaciones a la rama del urbanismo, nos ofrece ahora esta obra, primera en su género, en la que los orígenes y la posterior evolución de un Derecho en formación se proyectan frente al lector. De ella es autor MARTÍN BASSOLS, Letrado de las Cortes Españolas, profesor adjunto de la Universidad de Madrid y doctor en Derecho, habiendo adquirido esta última categoría universitaria precisamente con el trabajo que da título a la obra que comentamos.

La obra viene prologada por el director de la tesis doctoral y catedrático de Derecho administrativo FERNANDO GARRIDO FALLA. En el prólogo de la misma destaca con singular acierto dicho profesor el enfoque histórico de la obra y la peculiar postura metodológica del autor. Este estudio—dice el prologuista—, que podría muy bien haberse abordado desde una perspectiva histórico-dogmática o, lo que es lo mismo, estableciendo unas líneas de evolución dogmática apoyadas en concepciones político-jurídicas, se ha llevado a cabo a través de un examen de instituciones concretas en su contexto histórico, preguntándose por qué han nacido. Ello lleva al autor a un minucioso análisis de cada una de las etapas históricas y permite dos grandes ventajas al estudioso: un conocimiento sistemático del Derecho urbanístico nacional y facilitar la observación de su progresiva vertebración desde unos inicios modestos hasta su actual consolidación.

Creo que pocas cosas pueden ser añadidas a estas palabras, que, como pórtico preciso y claro, preparan al lector en este recorrido histórico. El fino sentido jurídico del autor y su paciencia y precisión le han llevado a enfocar la materia urbana desde la dimensión histórica. Lo advierte el mismo autor en su introducción. Con auténtico tacto y sensibilidad jurídica elude la construcción del Derecho urbanístico como «rama sustantiva del ordenamiento jurídico» con perfiles reales y dogmáticos propios. El Derecho administrativo, que se ha servido de la legislación urbanística para cobrar paralelismos con otras ramas del Derecho, se resiste a dejar escapar esta legislación, cuyo encuadre aún no está perfectamente definido, pues si tiene mucho de Derecho público, no debe olvidarse que en ella se están manejando conceptos muy perfilados del Derecho privado, y si a la misma se le quiere dar un sentido social, se hace preciso que en ella concurren los diferentes derechos de que se nutre y a los cuales afecta.

Hay que hacer especial mención de la forma y las fuentes en que se apoya para su confección, nada usuales en estos trabajos de tipo histórico. Las raíces de las disposiciones han sido buscadas por el autor en los archivos parlamentarios, y ello le ha permitido una más completa visión y unos elementos de juicio de primer orden para lograr el espíritu que animan las disposiciones comentadas.

La obra, aparte de la introducción, a que antes me refería, se divide

en dos grandes períodos: uno, comprensivo de los años 1812 y 1818, y el otro, desde esa última fecha hasta 1956, fecha clave, en la que aparece una Ley llamada del Suelo y que va a recibir un refuerzo legislativo ante su total ineficacia en los dieciséis años que lleva promulgada. Respetando estas dos partes, vamos a glosar en forma somera su contenido:

A) *Primer periodo (1812-1868)*

Seis capítulos y uno preliminar forman esta primera parte de la obra. Señala el autor que en los albores de la historia urbanística no es decisivo en España el movimiento o proceso de industrialización, sino que parece más oportuno hablar de factores hasta cierto punto extraeconómicos. Ello explicará que los primeros impulsos de reforma y extensión urbana están motivados más por exigencias de un mayor bienestar y comodidad de las nuevas clases sociales—la burguesía—, que por los problemas de alojamiento del proletariado industrial. La emergencia del Derecho urbanístico no está condicionada en España por un planteamiento crítico o ideológico de la ciudad industrial. Señala también el autor cómo la instauración del régimen constitucional va a dar garantías a la propiedad privada frente a los ataques del poder público, erigiéndose ello en dogma jurídico. Con esto, el autor abre ante el lector las puertas de la concepción de la propiedad en las Cortes de Cádiz, examinando la Ley del Inquilinato de 1842, la legislación desamortizadora y la Ley de Expropiación Forzosa de 1836.

Concretando realidades normativas urbanísticas señala el encuadramiento de las primeras regulaciones dentro del régimen de policía urbana y su progresiva regulación estatal de las materias propias sobre la base del criterio centralizador, pervivencia de la legislación de fortificaciones y plazas fuertes, complejidad de los problemas y la intervención de la Real Academia de San Fernando. Una segunda etapa viene caracterizada por una técnica urbanística, cuya manifestación más típica es la ordenación urbanística de las ciudades y de su expansión a base de la estructuración de un sistema uniforme y radical de alineaciones (ensanche y prolongación de las vías públicas preexistentes y señalamiento de las direcciones que deben seguir las nuevas edificaciones).

Señala también el autor, como prueba palpable de la madurez de una época, el establecimiento o creación de un organismo central, a nivel nacional, con funciones asesoras y directivas en el ramo de la actividad administrativa, denominada de política urbana. Este organismo es la Junta Consultiva de Policía Urbana, cuya trayectoria histórica se estudia con detenimiento. Igualmente—ya en una posible etapa de formulación de una legislación de carácter general urbanístico—, se van examinando la legislación de las obras de ensanche, regularización y embellecimiento de la Puerta del Sol de Madrid (1854-1862), la formación de los planes de ensanche de las principales poblaciones y el proyecto general para la reforma, saneamiento, ensanche y otras mejoras de poblaciones del año 1861 o el primer intento de consideración unitaria de la problemática urbanística que quedó frustrado.

La circunstancia de que el proyecto de Ley general sobre reforma, saneamiento, ensanche y mejoras de las poblaciones de Posada Herrera no llegara a cristalizar va a tener derivaciones decisivas en la evolución posterior del Derecho urbanístico, tanto desde el punto de vista formal-sistemático como desde la perspectiva jurídico-material. Siguiendo al autor debemos concluir: la regulación unitaria que presidía la elaboración del proyecto de Ley no va a tener continuación y dará lugar a una disgregación en la regulación de las diversas materias y a la formulación de normas especiales sobre las mismas, dictadas en diversas épocas y con diversos criterios: el ensanche de poblaciones y reforma interior y sanea-

miento. Ello ha de dificultar la formación de un estatuto de la propiedad urbana, extremo que retrasará la aprobación de nuevas medidas legislativas exigidas por circunstancias históricas.

B) *Segundo período (1868-1956)*

Comprende la segunda, tercera, cuarta y quinta parte del libro. Después de reflejar la situación general de la legislación urbanística, que no logra más que ser un apéndice desdibujado y oscuro de la legislación de Fomento o de la del régimen municipal, sin alcanzar un mínimo reflejo en la obra jurídica cumbre de la Restauración, el Código civil, divide las materias que va a tratar en tiempos o etapas que ofrecen sus respectivas características:

- *Hasta el año 1900.*—Estudia la Ley de 22 de diciembre de 1876 de ensanche de poblaciones, que apenas aporta ningún avance en el proceso de formación de nuestro Derecho urbanístico. Se sustituye el sistema de juntas de ensanche por el de comisiones y en la expropiación se fijan nuevos criterios para la determinación del justiprecio, cesión de viales y costeamiento de las obras de urbanización y transferencia de la competencia en materia de ensanches al Ministerio de Fomento. También se estudia la Ley especial de ensanches de Madrid y Barcelona de 26 de julio de 1892.

Igualmente, se ocupa de la trayectoria legislativa especial sobre saneamiento y reforma interior de las poblaciones, los proyectos de reforma de la Ley de Expropiación Forzosa de 1879 y la Ley de 18 de marzo de 1895, que fue un pretexto para introducir en nuestro sistema el Jurado de Expropiaciones y extender el ámbito de la indemnización. Remata con un estudio final de disposiciones de interés urbanístico durante esta fase histórica.

- *Hasta el año 1923.*—Como resumen global de esta etapa, señala el autor los intentos de resolución de los problemas urbanísticos con carácter global o sectorial, dimensionándolos en cuatro ángulos distintos:

- a) Desde el punto de vista urbanístico.
- b) La reforma del régimen local.
- c) Legislación de viviendas.
- d) Legislación sanitaria.

Hace también un curioso estudio de las nuevas concepciones urbanísticas y determinados experimentos autóctonos: la ciudad lineal y el movimiento de las ciudades-jardín y ciudades satélites.

Los tres temas que desarrolla el autor en este período están titulados sucesivamente: los intentos de superación de la legislación de ensanche (proyecto de Ley de Sánchez Guerra en 1914, los proyectos de extrarradio de Madrid, el proyecto de Ruiz Jiménez de 1916, de García Prieto de 1918); la temática jurídico-urbanística en la legislación municipal de viviendas, sanitaria y fiscal (proyectos de reforma del régimen local, legislación de viviendas, sanitaria de 1920 y urbanismo fiscal), y los intentos de formulación de una Ley general de Urbanismo (proyecto de Chapaprieta fundamentalmente).

- *Hasta el año 1936.*—Se caracteriza este período por la aceleración del proceso de concentración urbana, recepción y difusión de nuevas concepciones sobre el urbanismo y los comienzos de la planificación regional y supranacional.

Destaca el autor en su estudio la significación del Estatuto municipal y las primeras experiencias que en esta época se realizan en torno a la urbanización de determinadas ciudades y sus zonas de

influencia (Madrid, Cataluña, Gijón) y el proyecto de bases para una Ley Nacional de Urbanismo y de Expropiación Forzosa.

- *Hasta el año 1956.*—La nota esencial de esta fase histórica es la intensificación del proceso de concentración urbana y de desruralización, que se inicia en el año 1939 y que reclama una legislación urbanística. El autor en este período histórico va destacando las diferentes tendencias y orientaciones sobre la reforma urbanística, que ha de culminar con la promulgación de la Ley del Suelo, distinguiendo la legislación de régimen local, la legislación de viviendas, edificación forzosa de solares y normas específicas de urbanismo de grandes ciudades.

El libro, que sobrepasa las 600 páginas, no es posible ofrecerlo más minuciosamente, pues cada norma lleva un comentario amplio y específico, que hace surgir infinidad de problemas de difícil sistemática en tan estrechos límites. Se reproducen al final los textos legales del proyecto de Ley de Posada Herrera de 1861, el de Sánchez Guerra de 1914, el de García Prieto de 1918 y el de Ruiz Jiménez de 1916, documentos inestimables ofrecidos al lector desde el *Diario de Sesiones* del Congreso hasta el estudio del que se preocupa por esta materia.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

CAVALLO BORGIA, ROSSELLA: *Profili giuridici della vendita di cosa alieni*. Giuffrè. Milán, 1972, 172 págs.

1. El libro de ROSSELLA CAVALLO BORGIA (bellos apellidos) inicia virtualmente la colección de Estudios Jurídicos de la Libre Universidad Internacional de Estudios Sociales de Roma, que dirige VITTORIO BACHELET.

El tema, independientemente de su importancia objetiva, me interesa por su vecindad con el de la venta de cosas futuras, objeto de mi estudio de tesis doctoral en la Universidad de Bolonia, leída, por cuanto resulta, poco tiempo antes de la aparición de la presente obra. Me parece ésta una aclaración debida, en cuanto puede restarme imparcialidad en el examen de la misma, porque las anotaciones que haré a ésta más adelante no son fruto de un afán crítico desmesurado, sino de las diferentes posturas a las que me he acogido estudiando los mismos temas.

Permítaseme otra salvedad. CAVALLO BORGIA, a pesar del título que ha dado a su libro, estudia fundamentalmente la llamada «venta obligatoria», de la que sería una especie la venta de cosa ajena.

Esto sabido pretendo resumir a continuación el contenido del mismo, señalando más tarde los puntos que no comparto de su tesis.

2. La venta de cosa ajena, por sus peculiares características, asume una fisonomía y una autonomía de carácter dogmático que la diferencian del contrato previsto en el artículo 1.470 del Código civil italiano (compraventa), si bien permanece, obviamente, como una directa emanación de éste (pág. 3).

Previamente, pues, procede referirse a la compraventa típica, puesta en relación con la categoría de los negocios obligatorios y la de los negocios traslativos.

Existen negocios obligatorios, en efecto, y negocios traslativos con eficacia real, ya inmediata, ya diferida (entre estos últimos ha de incluirse la compraventa). Es incorrecta la expresión «negocios con efectos obligatorios» (págs. 12-16). Respecto a la compraventa, señala CAVALLO BORGIA

(página 30) la imposibilidad de la existencia, en el ordenamiento italiano, de un tipo de venta idónea solamente para producir efectos obligatorios (1). Es posible, por otra parte, observar que la situación efectual derivante y conectada con el negocio con efectos reales no se agota jamás en la mera transmisión (inmediata o sucesiva) del derecho real, sino que opera también en un sentido más amplio, obligando, en todo caso, a las partes a algunas otras prestaciones necesarias para la realización de la función que el contrato persigue (pág. 15).

3. De las observaciones precedentes se deduce que entra dentro de la autonomía de las partes el diferir en el tiempo la eficacia traslativa de una compraventa.

Esto sucede, en primer lugar, en los casos de venta condicionada o a término (pág. 18); en segundo lugar, en los casos de «venta obligatoria», respecto a cuya figura se plantean dos cuestiones: a) necesidad de la misma; b) inclusión en un único *genus* de compraventa o constitución de un posible *genus* independiente.

«La solución positiva de la primera de las dos cuestiones (pág. 20) constituye lógica premisa para la determinación de la naturaleza jurídica de la venta obligatoria» (2).

Respecto a la segunda cuestión, se rechaza la teoría según la cual se daría en la «venta obligatoria» un contrato obligatorio coexistente con un separado negocio de transmisión del derecho (págs. 24 y sigs.), y aquella otra que configura la «venta obligatoria» como un negocio típico diverso de la venta (págs. 31 y sigs.); se afirma la posibilidad de distinguir entre «venta obligatoria» y promesa de venta (págs. 34 y sigs.); se reconoce, como afirmación fundamental, la imposibilidad de aceptar la teoría que reduce toda venta a «venta obligatoria», y de la que sostiene la existencia de un único *genus* de venta, la inmediatamente traslativa (pág. 39). Seguidamente se pasa al examen crítico de las posturas doctrinales en tema de «venta obligatoria», criticando las teorías que la configuran como un negocio sometido a condición (págs. 40-46), como un negocio anticipado (págs. 46-49), como un negocio en vías de constitución o una promesa anticipada (págs. 49-52); criticando, además, las posiciones de FILDERMANN, COHN y CORRADO (págs. 52-55).

4. Supuesto el carácter de verdadero y propio contrato de venta en las hipótesis de «venta obligatoria», ha de ser afrontado el problema fundamental de su calificación jurídica y, consiguientemente, la de la venta de cosa ajena.

Como ya hemos apuntado anteriormente, para CAVALLO BORGIA, e independientemente de la calificación jurídica de la misma, existen hipótesis de venta con eficacia real diferida, inidóneas para producir efectos traslativos inmediatos de un modo tan patente, que no dejan dudas sobre la imposibilidad de atribuirles la calificación de ventas obligatorias (3).

Las hipótesis de «venta obligatoria» quedan reducidas a las siguientes: venta de cosa futura, venta de cosa ajena, venta genérica de cosas muebles, venta alternativa y venta con reserva de propiedad (pág. 69).

(1) Entendidos éstos, hay que deducir con referencia al negocio obligatorio y no al negocio traslativo «con efectos obligatorios», expresión tachada anteriormente de incorrecta.

En consecuencia, cuando se hable, de ahora en adelante, de «venta obligatoria» habrá que leer—estando a la terminación propuesta por la autora y aun cuando ella no lo diga expresamente—«venta traslativa con eficacia real diferida», y aun eso con reservas, pues la venta a prueba, la venta con «riserva di gradimento», la venta «su campione», amén del contrato estimatorio (incluidas dentro de las ventas con eficacia real diferida, pág. 18, nota 2), vienen excluidas, utilizando argumentos más o menos convincentes, del campo de la llamada «venta obligatoria» (página 60).

(2) El análisis de la naturaleza jurídica presupone, es verdad, una respuesta afirmativa a la existencia de la «venta obligatoria». Con esta afirmación, sin embargo, no se resuelve la cuestión referente a la necesidad de tal figura, que es también una lógica premisa, con miras a la procedencia de dicho análisis.

(3) ¿Cómo se pueden conocer las hipótesis que quedan excluidas de una figura (en este caso, «venta obligatoria») antes, e independientemente, de conocer la naturaleza jurídica de la misma?

De estas cinco figuras específicas, caracterizadas por notas estructurales comunes, se pueden deducir los elementos necesarios para el encuadramiento dogmático de la «venta obligatoria».

En los casos de «venta obligatoria», que puede ser configurada como un modo de ser de la venta, si bien el negocio ha logrado su perfección estructural, los efectos reales generalmente conectados a la venta típica no se producen inmediatamente, siendo diferidos a un momento sucesivo y subordinados al verificarse de un hecho que incide precisamente sobre la eficacia real del negocio mismo. Al verificarse tal evento por voluntad de la Ley, se produce el efecto principal del negocio: el efecto traslativo (pág. 74).

Surge así el concepto de «la *fattispecie* de los efectos finales», la cual incluye el negocio verdadero y propio y el evento que incide sobre los efectos considerados (pág. 77), que no debe ser confundido con las categorías de «la *fattispecie* negocial compleja» ni con la de «la *fattispecie* procedimental», y en la que puede incluirse la «venta obligatoria» y, en consecuencia, las cinco figuras que la componen (pág. 85).

Así, pues, la venta de cosa ajena, disciplinada normativamente en los artículos 1.478-1.481 del Código civil italiano, es válida. Está caracterizada por la no pertenencia de su objeto (derecho o cosa) al patrimonio del disponente y por la absoluta irrelevancia (al menos, según algunos) del conocimiento de tal estado de hecho objetivo por parte de uno o ambos contratantes (pág. 86). Figura unitaria que comprende las dos hipótesis previstas en los artículos 1.478 y 1.479 (pág. 86; págs. 158-164).

5. En cuanto a la eficacia de la venta de cosa ajena, apunta CAVALLLO lo que sigue:

En la fase de pendencia de la eficacia no se produce la transmisión del derecho, que debe calificarse como un efecto del contenido del negocio—contenido ha de distinguirse de objeto—(pág. 94). Se produce el efecto negocial en sentido propio (pág. 94). Viene rechazada la teoría de los efectos preliminares (pág. 96). Durante esta fase son obligaciones del vendedor: la de comportarse según buena fe, la de no impedir el verificarse del supuesto de hecho, la de hacer posible la adquisición por parte del comprador. La realización de ulteriores actos dispositivos por el vendedor implica una violación de la obligación de buena fe, que da lugar a la obligación de resarcimiento. Por lo que se refiere al adquirente, se afirma encuéntrase en una situación de «expectativa» (pág. 111).

Surgido el llamado «hecho ulterior», se produce el efecto real. No existe una obligación de dar por parte del vendedor. El «hecho ulterior», negado su carácter de evento condicionante, de «hecho debido», de «hecho obligado», viene configurado como un «hecho jurídico que incide sobre los efectos finales» (pág. 128). Los efectos finales pueden ser (página 134): esenciales—consignación de la cosa y pago efectivo del precio—y naturales—garantía por evicción y vicios de la cosa.

6. El libro finaliza con unas reflexiones sobre la evolución histórica de la compraventa (págs. 139-164).

Hasta aquí el resumen que nos habíamos propuesto hacer.

7. Son de aplaudir el rigor lógico del mismo (con las salvedades recogidas en nuestras notas) y la bibliografía consultada.

Hemos de hacer las siguientes observaciones:

La figura de la venta de cosa ajena viene escasamente considerada en sus particularidades. Como hemos dicho ya, se estudia fundamentalmente la «venta obligatoria», siendo esporádicas y escasísimas las referencias a los artículos 1.478-1.481 del Código civil italiano (el art. 1.478, en su párrafo primero, aparece citado por primera vez en la pág. 126). Se echa así de menos un estudio del mismo concepto de «cosa ajena», de los supuestos más frecuentes de la figura, de los conflictos de intereses en juego, de la orientación de la jurisprudencia sobre el tema, en fin,

de modo tal que quedan sin resolver, por desconocidos, los aspectos concretos de tal especie de venta, con lo cual la utilidad de la obra aparece, cuanto menos, dudosa en este aspecto.

8. Por lo que se refiere a las posturas adoptadas, hemos de señalar nuestra disconformidad o prevención respecto a los siguientes puntos: la afirmación, a título general, del carácter de contrato conmutativo cierto respecto de la compraventa (pág. 11); los argumentos suscritos para rechazar la teoría que configura la «venta obligatoria» como una venta sometida a condición (págs. 40-46); el traer a colación la llamada *fattispecie* de los efectos finales rechazando la teoría de la *conditio iuris* (pág. 46); el considerar como objeto de la venta de cosa ajena los derechos o las cosas (pág. 85); la afirmada situación de «expectativa», en fin, de que gozaría el adquirente en la fase de pendencia (pág. 111).

9. Para poner el punto final a estas notas queremos fijarnos particularmente en la crítica formulada a la teoría del negocio condicionado, en donde ROSSELLA CAVALLO BORGIA, como en otros puntos fundamentales de su obra, se acoge al magisterio de SCOGNAMIGLIO. «Considerando la condición—dice (pág. 43)—como un elemento marginal e intrínseco, cuya falta no compromete la asistencia o la eficacia del negocio, resulta evidente que en los casos de ‘venta obligatoria’ el acto o hecho de que depende el producirse actual del efecto real es, por el contrario, algo que hace referencia al objeto de la relación jurídica producida por la misma compraventa.» Añade después otros dos argumentos: el de la retroactividad de la condición realizada (art. 1.360) y el de la llamada ficción de cumplimiento (art. 1.359). Rechazada la posibilidad de la condición voluntaria, no considera tampoco la de la *conditio iuris*, alegando lo evanescente de tal concepto y su consiguiente inutilidad dogmática y práctica (pág. 46).

Analicemos ahora algunas obras de SCOGNAMIGLIO. En su *Recensione a la «compravendita di cose future» di P. Perlingieri* («Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile», 1964, págs. 373-376)—para mi gusto, modelo de recensión—, criticando la teoría de la *conditio iuris*, confiere más adelante a la venida a existencia de la cosa el papel de presupuesto indispensable para la transmisión del derecho real. Ahora bien, ¿en qué consiste este presupuesto indispensable? ¿No será una *conditio iuris*? Veamos qué dice al respecto el mismo SCOGNAMIGLIO en una obra posterior, *Contratti in generale* (Milán, 1966, pág. 139): «...llamadas *conditiones iuris* o requisitos legales de eficacia. En esta categoría se pueden incluir todos aquellos hechos o actos extrínsecos al contrato que la Ley considera decisivos para su eficacia, a los cuales se deberían añadir, según ciertas opiniones, también aquellos elementos que son, en todo caso, esenciales para la eficacia—el objeto, el sujeto—, en cuanto la Ley admita que pueden surgir ulteriormente» (en este punto se cita a sí mismo, SCOGNAMIGLIO: *Contributo...*, págs. 335 y sigs.). Esta afirmación viene mantenida en los ulteriores *Contratti in generale* (Bologna, 1970, págs. 372-377). Los ulteriores argumentos de la retroactividad de la condición y de la ficción de cumplimiento pueden desvirtuarse afirmando con RESCIGNO (voz *Condizione in Diritto vigente*, en *Enciclopedia del Diritto*, Milán, 1961, páginas 768 y sigs.) que no son aplicables a la *conditio iuris*.

Quedarían así refutados o, al menos, puestos en tela de juicio los argumentos aducidos por CAVALLO BORGIA y tomados del profesor de Roma, en contra de la teoría que ve en la «venta obligatoria» un contrato sometido a *conditio iuris*.

La misma autora del libro que comentamos reconoce que aceptando la categoría de la *conditio iuris* sería posible reconducir a ella—sin especificar cuáles—alguna de las hipótesis de «venta obligatoria» (pág. 46).

Se puede leer, además (págs. 73-74): «En los casos de venta obligatoria, si bien el negocio ha logrado la perfección estructural, los efectos reales,

generalmente conectados a la venta típica, no se producen inmediatamente, siendo diferidos a un momento sucesivo y SUBORDINADOS A UN HECHO (discúlpese la repetición del párrafo y las mayúsculas nuestras), que incide precisamente sobre la eficacia real del negocio mismo. Al verificarse tal evento POR VOLUNTAD DE LA LEY, se produce el efecto principal del negocio: el efecto traslativo.» A mayor abundamiento añade: «Es necesario precisar al respecto que el evento en cuestión debe ser referido únicamente al nacimiento de la relación, que no al perfeccionamiento del negocio, en orden al cual el llamado hecho ulterior no tiene función alguna que desempeñar.»

Ahora bien, ¿no es esto lo que comúnmente se entiende por *conditio iuris*? ¿Qué sentido tiene prescindir de un concepto acuñado ya de antiguo (ver, por ejemplo, SCIALOJA: *Condizione volontaria e condizione legale*, en «Saggi di vario Diritto», t. II, 1927, págs. 3 y sigs.), aún discutido, para sustituirlo, haciendo referencia al mismo contenido, por otro con menos arraigo y tan discutible o más, como es el de «la *fattispecie* de los efectos finales», cuando, además, se reconoce que tal expresión se encuentra en SCOGNAMIGLIO (pág. 76) referida específicamente al negocio condicionado?

Hasta aquí mis interrogantes.

CARLOS ROGEL VIDE

FUENTES BODELÓN, FERNANDO: *La prescripción en las aguas públicas*. Escuela Nacional de Administración Pública, 1972, 364 págs.

El trabajo original constituye la tesis doctoral del autor, retocada sin modificación sustancial. «La actualidad del tema aparece contrastada por el hecho de referirse a una institución en crisis, es decir, que siendo materia viva vigente, que pertenece, por tanto, a nuestra cotidianeidad jurídica, está amenazada de convertirse, en período más o menos largo, en materia histórica y—por tanto—en materia muerta.»

La parte doctrinal se estructura en ocho puntos. Comienza el autor con una evolución histórica de la prescripción de aguas públicas en Derecho español desde Roma a nuestros días y se ocupa—después—del Derecho comparado.

En tema de los elementos y clases de la relación jurídico-administrativa, que tiene su origen en la prescripción, se ocupa de la naturaleza de dicha prescripción administrativa y del derecho adquirido por prescripción—«un derecho real administrativo, consistente en la atribución a uno o varios usuarios de la preferencia de modo exclusivo y excluyente en la utilización o aprovechamiento de unos caudales públicos para uno o varios de los destinos especiales recogidos en la Ley de Aguas (L. A.)»—. El objeto del aprovechamiento es el agua y no los terrenos; las aguas deben ser públicas y el aprovechamiento especial. Estudia los supuestos especiales: aguas sobrantes de cloacas y fuentes, abastecimiento de poblaciones, barcas de paso, viveros y criaderos de peces y presas y obras de captación y clasificación. Clasifica la prescripción por diversos criterios: sujetos, objeto del aprovechamiento, naturaleza del hecho posesorio, destino del aprovechamiento, efectos y finalidad, naturaleza de las aguas y forma del aprovechamiento y las relaciones con el Registro de aprovechamientos.

El título normal es el acta de notoriedad del artículo 70 del Reglamento Hipotecario, y los títulos excepcionales «son la fase final de otros tantos procedimientos de variada naturaleza (judicial, notarial y administrativa) que hay que considerar vigentes, ya que no han sido derogados por la Ley de Procedimiento Administrativo». Los títulos antiguos justificativos de

la prescripción, «a pesar de su venerable antigüedad y referirse a formas de vida pretéritas, tienen una vigencia administrativa, ya que sobre ellos se fundan derechos a unas aguas utilizadas hoy, y determinan su naturaleza, contenido y alcance dando lugar a múltiples controversias, resueltas por los Tribunales de Justicia». No es materia «museable», sino viva y vigente, ya que de acuerdo con ella se ha establecido el cuadro de derechos y obligaciones de la utilización actual de una cosa pública. Después trata de la vigencia administrativa y valor histórico de esta documentación y de la disparidad del derecho hidráulico entre las regionales centrales y periféricas. El Tribunal Supremo ha admitido toda clase de títulos antiguos auténticos (salvo los políticos) expedidos desde el siglo XII hasta el pasado, algunos de los cuales requieren su transcripción y traducción para ser comprendidos. La existencia actual—unida a la justificación antigua de su vigencia—crea a favor del particular la presunción de haber adquirido por prescripción el derecho, a menos que se demuestre lo contrario acreditando el no uso por un período igual. El tracto debe realizarse de modo directo (referido tanto a la finca como al aprovechamiento y a todos y cada uno de los tractos) o abreviado (por los medios establecidos en la Ley Hipotecaria). Señala una de las diferencias más importantes entre los aprovechamientos castellanos y levantinos (cfr. pág. 64). Pasa a estudiar el procedimiento de reconocimiento del derecho adquirido por prescripción basado en títulos antiguos y termina esta parte con el desarrollo de la titulación normal (acta de notoriedad del art. 70 del Reglamento Hipotecario), *vide* páginas 66 y siguientes.

Declarada la notoriedad de la adquisición (de un derecho preferente al aprovechamiento adquirido por prescripción), protocolizada el acta, liquidada del impuesto (sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados), anotada preventivamente en el Registro de la Propiedad y legalizada, en su caso, es el momento de iniciar el procedimiento administrativo de fijación de características, reconocimiento del derecho por la Administración y posterior inscripción en el Registro de Aprovechamientos. En realidad, se trata de un doble procedimiento: administrativo-notarial (ya estudiado) y el típicamente administrativo («declarativo de derechos»). Queda muy claramente expuesto el procedimiento de inscripción en primera decisión (págs. 84 y sigs.) y la revisión del acto administrativo en vía de recurso. El autor constata el Derecho vigente; pero hace mucho más, lo enjuicia y habla de «regulación... confusa (y) tramitación ambigua, anacrónica e ineficaz», y propone sugerencias y modificaciones (pág. 104). Finalmente, desarrolla la inscripción en el Registro de aprovechamiento de aguas públicas y se refiere a los aprovechamientos clandestinos o no inscritos y su régimen jurídico, para tratar—más detalladamente—el Registro «jurídico-administrativo, de carácter obligatorio y declarativo, que cumple principalmente una función preventiva y tiene como objeto la registración de los títulos referentes al nacimiento, modificación o extinción de los derechos a los aprovechamientos especiales de aguas públicas».

Dentro de la prescripción modificativa presta especial atención a la extensión del principio *ne varietur*, aplicable a todas las modificaciones objetivas, y se ocupa de las modificaciones sustanciales y accidentales. Cierra este punto el estudio del Decreto de 30 de diciembre de 1941 (sobre ampliación de zona regable sin aumento de caudal, que se califica como un expresivo canto a la clásica desconfianza del legislador, cfr. pág. 136). Diferencia la prescripción extintiva (o no uso) de los *facta concludentia stricti sensu*, de la caducidad y prescripción de contenido procesal (de plazo más corto), y desarrolla su aplicación indistinta a la concesión y a la prescripción de la prueba y del procedimiento.

Sin duda sea el punto más original y certero el octavo, donde estudia

el «Mito y realidad jurídica de la prescripción» (págs. 159 y sigs., a las que me remito en un todo).

Cierra la parte doctrinal con las «Conclusiones críticas», admitiendo como única forma de adquisición—originaria, modificativa o extintiva—la concesión administrativa, simplificando la tramitación de tales concesiones y dictando unas prudentes normas en base al respeto a los posibles derechos adquiridos. Consecuencia de lo dicho, postula una exacta concordancia entre el Registro de Aguas Públicas y el de la Propiedad, simplificando el régimen de las modificaciones subjetivas de los aprovechamientos y activando la función de policía en la represión de los aprovechamientos clandestinos.

Se cierra la obra con varios anexos de un extraordinario valor. El número I se dedica a bibliografía nacional y extranjera sobre aguas públicas, ordenada por materias, y ocupa 45 páginas de apretadas citas bibliográficas. El anexo II desarrolla la legislación española y extranjera sobre aguas públicas (53 págs.), y el III, la jurisprudencia civil y contencioso-administrativa sobre la materia (33 págs.). En el IV se recoge la doctrina legal del Consejo de Estado en 44 dictámenes, y en el V, la prescripción de aguas públicas en el Proyecto de Reforma de la Ley de Aguas. Se incluye una relación de abreviaturas utilizadas, el índice alfabético de autores y el sistemático.

La primera parte supone un valiente planteamiento en un terreno normativo que urge actualizar; la segunda implica un indispensable material de trabajo para la investigación y la práctica jurídica «en un país en el que la riqueza hidráulica tanto significa».

ELÍAS IZQUIERDO

PÉREZ ROYO, FERNANDO: *Infracciones y sanciones tributarias*. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 1972, 161 págs.

Traza el autor su plan de trabajo dentro de un esquema metodológico bastante sencillo. Comienza estudiando las instituciones del Derecho sancionador «como sustancialmente análogas a las propias del Derecho penal, de las cuales se hallan diferenciadas solamente por rasgos de orden formal».

En la teoría general de la infracción tributaria el estudio se basa en la descomposición analítica por elementos: acción, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad. Después se estudian los tipos de infracciones descritos en la Ley General Tributaria (L. G. T.).

En la segunda parte se trata de las sanciones tributarias: su finalidad, el cuadro de las sanciones tributarias en Derecho español, la aplicación de las sanciones y extinción de responsabilidad por infracción.

Se ha dado preferencia «a los aspectos problemáticos de la regulación» y se ha pretendido «buscar una solución para dichos problemas de acuerdo con los principios que... se consideran correctos».

El autor se plantea con agudeza la naturaleza y carácter de las infracciones y sanciones tributarias, que «pertenecen a la categoría de las infracciones administrativas» (pág. 19), y cuya característica fundamental es la punibilidad (aplicabilidad de una sanción de carácter represivo).

En conclusión, «las infracciones tributarias son ilícitos de naturaleza análoga a las penales», y «la única diferencia estructural... se sitúa en el terreno formal, pero no en el sustancial», de donde se infiere la aplicación de los principios de Ley más favorables, interpretación restrictiva y exclusión de la analogía (pág. 28).

Estudia el «delito fiscal» y su represión en la órbita penal y administrativa. Su juicio crítico nos parece muy certero: «En la realidad ha sucedido aproximadamente lo siguiente: en la mayoría de los supuestos, los textos refundidos de los impuestos han omitido cualquier referencia al tema de infracciones y sanciones, con lo cual la L. G. T. se aplica directamente», y «continúan existiendo las mismas especialidades que en la legislación anterior, pese a los propósitos de la L. G. T. No se ha adelantado prácticamente nada en este terreno».

En orden al estudio de las infracciones tributarias son particularmente interesantes algunos puntos estudiados; por citar sólo algunos: considerar como sujeto activo de la infracción al representante legal del sujeto pasivo de la deuda tributaria (pág. 58) y admitir «la solución favorable a la capacidad de infracción de las personas jurídicas» (pág. 67).

Dentro de la tipicidad estudia el principio de legalidad y la tipicidad *stricto sensu*.

En tema de antijuridicidad se ocupa de «la existencia, en materia de infracciones tributarias, de causas de justificación» (pág. 79).

Diferencia las infracciones meramente culposas y dolosas y hace las mismas observaciones que hizo respecto a la antijuridicidad. «También aquí debe admitirse, en línea teórica, la integración de la L. G. T. por el Código penal, concretamente, por el artículo 8 de dicho texto legal» (página 93).

La punibilidad—elemento indispensable en la estructura de la infracción—no se da en la definición del artículo 77, 1, y hay que buscarlo en la regulación positiva de las infracciones tributarias en nuestro ordenamiento, en el precepto del artículo 86 de la L. G. T. (pág. 98).

En la clasificación doctrinal de las infracciones tributarias utiliza como criterios: 1) la existencia o no de perjuicio económico directo para la Administración; 2) el grado de culpabilidad; 3) el sujeto activo; 4) la modalidad de la conducta del sujeto activo, y 5) el tributo en que se produce la infracción.

En la clasificación legal estudia las simples infracciones, las de omisión y defraudación. Las primeras las reduce al deber de declarar, deberes contables y deber de colaborar. Las de omisión: ocultación intencional del hecho imponible o de la base liquidable y autoliquidación inexistente o defectuosa. Reconoce la dificultad de un estudio sistemático de las defraudaciones y las cataloga así: 1) concurrencia de omisión con simples infracciones; 2) falsa declaración de baja; 3) reincidencia, y 4) mala fe.

Afirma que en el ordenamiento vigente «puede válidamente sostenerse que las sanciones tributarias tienen finalidad únicamente represiva» (página 133).

Establece el cuadro de sanciones según su contenido: privación de libertad, pecuniarias y privación de ciertos derechos o facultades. En orden a los criterios de graduación diferencia las simples infracciones, las de omisión y defraudación. Aunque para las primeras no establece la L. G. T. ningún principio de graduación, el autor aplica los criterios del artículo 83 de la Ley y artículo 2 de la Orden de 7 de junio de 1966 (con referencia al Tráfico de Empresas). Se ocupa del artículo 84 (con referencia a las de omisión y defraudación) y critica la referencia legal a la buena o mala fe, «porque en los supuestos en que se presente dicha buena fe no existirá infracción» (pág. 141).

Dedica un epígrafe a la extensión de la responsabilidad a terceros, problema de gran importancia teórica y práctica y que no ha sido tratado directamente por la L. G. T. Con ponderación se aventura por este tema para «proponer una solución a dicho problema». «La solución que se estima correcta, por aplicación del principio de personalidad de la sanción, es la de que la responsabilidad de la deuda tributaria es independiente

de la responsabilidad en las sanciones. La responsabilidad debe ser, en todo caso, personal» (pág. 149).

Al tratar de la sucesión en la deuda tributaria afirma que «deben jugar en este terreno los principios penales y—más concretamente—el de la personalidad de la sanción» (págs. 151 y 153).

Acaba estudiando la extinción de la responsabilidad por infracción. La prescripción se aplicará de oficio y la condonación se utiliza como «un medio para conseguir la conformidad del contribuyente y de esta manera acelerar el procedimiento de gestión y recaudación», por lo que «constituye una desvirtuación del auténtico carácter de las sanciones tributarias» y «una merma de garantías para el contribuyente», a quien se coloca en la alternativa de aceptar una calificación que puede ser incorrecta, o verse eventualmente obligado a satisfacer una cantidad superior a la que debería pagar si renunciara a la defensa de los criterios propios» (páginas 160 y 161).

En resumen, esta «primera monografía publicada en nuestro país» sobre tal materia debe acogerse con agrado, porque sobre su «coherencia lógica» tiene la valentía de enfrentarse con los problemas y dar su opinión para solucionarlos con honradez de profesional y sabiduría integral de «no especializado» en fiscal, y al buen entendedor...

ELÍAS IZQUIERDO

SANTOS BRIZ, JAIME: *Derecho civil. Teoría y práctica*. Tomo II: *Derecho de cosas*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1973.

Un total de 777 páginas, distribuidas a lo largo de 23 capítulos, integran la presente obra. Son cinco las secciones que en ella podemos contemplar: 1.ª) la posesión; 2.ª) derecho real de dominio; 3.ª) derechos reales de goce; 4.ª) derechos reales de garantía, y 5.ª) derechos reales de adquisición.

Antes de entrar en la sección primera nos ofrece una introducción dedicada, como capítulo primero, a la caracterización general de los derechos reales. Bajo este epígrafe trata de ciertos extremos de verdadera importancia, tales como las transformaciones económico-sociales actuales y el derecho de cosas; principios inspiradores de esta disciplina; teorías sobre los elementos constitutivos del derecho real y diferencia respecto de los derechos de obligación; tendencias modernas de los derechos sobre las cosas y Derecho comparado; derechos reales admitidos en nuestra legislación y práctica; figuras jurídico-reales de contornos indecisos; cerrando el capítulo con el estudio del número cerrado o abierto de derechos reales.

La sección primera, objeto del capítulo II, trata de la posesión. Tras exponer lo concerniente al concepto, naturaleza jurídica, fundamento y especies de posesión, aborda los supuestos de concurrencia de posesiones sobre una misma cosa, la posesión de derechos o cuasiposesión, para después adentrarse en la adquisición y pérdida. Todo ello lo completa, además, con los efectos de la posesión, distinguiendo entre los de buena y mala fe, reflejando también los especiales efectos de la posesión de bienes muebles y destacando, a este respecto, la problemática surgida en torno a la interpretación del artículo 464 del Código civil con las dos teorías o posiciones fundamentales existentes sobre ello: la romanista o tradicional y la germánica o moderna. Igualmente, se refiere a los efectos especiales de la posesión de bienes inmuebles, terminando el completo y detenido estudio que hace de esta importante figura jurídica con el examen de su protección. Diferéncianse, a estos efectos, las acciones pose-

sorias reguladas en las leyes o interdictos posesorios (de retener o recobrar, de adquisición, de obra nueva y de obra ruinoso) de la antigua acción publiciana *in rem*, actualmente embebida en la acción reivindicatoria.

La sección segunda concierne al derecho real de dominio. Dentro de ella pueden contemplarse varios capítulos, dedicados todos a temas relacionados con el derecho de propiedad.

Así, en el capítulo tercero comienza hablando del concepto actual y tendencias actuales sobre el derecho de propiedad, destacando su trascendental función social como nota que comporta limitaciones al dominio por los particulares bajo la forma de obligaciones a observar en casos concretos. Se examinan también las repercusiones del derecho económico en los derechos reales, principalmente en el derecho de dominio, y, por último, se estudian los caracteres y facultades del dominio.

Continuando con el examen de la propiedad entramos en las limitaciones del dominio. El autor, después de subrayar la distinción establecida a estos efectos por la doctrina patria, excluyendo los tanteos y retractos legales, que estudia en el capítulo relativo a los derechos de preferencia o de adquisición, sigue una clasificación más amplia, por entender que aparte de los derechos reales regulados expresamente en el Código civil, que implican también evidentes limitaciones del dominio, éstas tienen actualmente tal amplitud, que su esfera toca ampliamente al Derecho público no menos que al privado, y dentro de éste, a la esfera intervencionista estatal, que se prodiga también en las relaciones entre los particulares, sin que por ello estas relaciones pierdan su naturaleza jusprivatista. En definitiva, la posición del propietario, en principio libre, se ve limitada: *a)* por falta de un interés suyo protegible; *b)* en virtud de interés ajeno preferente, como el estado de necesidad, y *c)* cuando, según la clase y volumen de las limitaciones, éstas afectan a todos los propietarios que se hallen en la misma situación.

Analiza, igualmente, en este capítulo el llamado derecho de vecindad y las limitaciones del dominio por interés público o utilidad social. Dentro de estas últimas, haciendo un examen somero, distingue dos grupos: A) Limitaciones del dominio sobre inmuebles derivadas de disposiciones de Derecho público, que obedecen a diferentes objetivos, según las circunstancias en que los inmuebles se hallen y su naturaleza y destino, tales como las procedentes del tráfico de vehículos o de naves; limitaciones por la intervención de extranjeros; en interés de la agricultura; sobre urbanismo y edificación; sobre objetos histórico-artísticos, etc. B) La expropiación forzosa.

A continuación de las limitaciones se estudian las acciones que protegen el dominio. Distínguense las que persiguen la reintegración del derecho de dominio en supuesto de privación total del mismo a su propietario, y aquellas otras que persiguen o impedir su perturbación mediante declaración solemne de su existencia o prevenir al dominio contra derechos de utilización parcial a título de *jura in re aliena*. En este capítulo, después de remitirse a otros en cuanto al estudio de ciertas acciones, como las posesorias, centra su atención en la llamada acción reivindicatoria, en la declarativa de dominio, muy enlazada y confundida frecuentemente en nuestro Derecho con la anterior, por lo que expone las diferencias entre ambas, terminando con el estudio de la de deslinde.

El capítulo VI y los siguientes tratan de los modos de adquirir el dominio. Tras hablar de las formas de adquisición, y antes de exponer el sistema de adquisición del dominio y derechos reales adoptado por nuestra legislación civil, considera las características fundamentales de otros sistemas seguidos en la legislación comparada.

El artículo 609 de nuestro primer texto legal, con el que se abre el libro III, relativo a los diferentes modos de adquirir la propiedad, coloca a la ocupación en primer lugar entre ellos. Es así como el autor se ocupa,

en primer término de la ocupación, recogiendo los siguientes diversos apartados: *a)* ámbito actual y Derecho comparado; *b)* ocupación de bienes inmuebles; *c)* cosas perdidas; *d)* ocupación de semovientes; *e)* tesoros ocultos, y *f)* objetos marítimos.

La tradición, como modo de adquirir el dominio por medio de la entrega de la cosa y la intención de transferirlo y adquirirlo, respectivamente, por quien transmite su posesión y quien la recibe, también es estudiada por el autor. En torno a ella se examina su naturaleza jurídica, sistemas, elementos, formas, la tradición y el Registro de la Propiedad, la tradición en los contratos traslativos a favor de extranjeros, para terminar hablando de la tradición en el Derecho foral.

Continuando con los modos de adquirir el dominio nos encontramos con la accesión. Sobre ella, tras ofrecernos su concepto, aborda el problema de su naturaleza jurídica y contempla, reflejando los preceptos de nuestro Código civil, las diversas clases de accesión. De esta forma, siguiendo la pauta de nuestro Código, distingue la accesión discreta (frutos y productos de las cosas) y las accesiones de inmueble a inmueble, de mueble a inmueble y de mueble a mueble, con las distintas modalidades de que se ocupa.

Otro de los modos de adquirir el dominio es la usucapión. El autor define la usucapión como un modo de adquirir el dominio sobre cosas corporales y derechos reales de goce por medio de la posesión en concepto de dueño continuada durante el tiempo que señala la Ley. Como fundamento de la misma se señala, como institución de orden público, dar seguridad a la propiedad y derechos reales, es decir, contribuir a la seguridad del Derecho y a la paz jurídica. Se habla también de los sujetos; de los elementos comunes a la usucapión ordinaria y extraordinaria, que son la posesión y el lapso de tiempo; de los especiales de la ordinaria: buena fe y justo título; de la prescripción y el Registro de la Propiedad inmueble; efectos, y, finalmente, de la usucapión en el Derecho foral.

Terminado el detenido y concienzudo estudio que verifica sobre los modos de adquirir el dominio, nos adentramos en el tema concerniente a la comunidad de bienes. Junto al concepto destaca la distinción entre los tipos de comunidad romana y germánica, considerando también los tipos de comunidad no adaptables al condominio romano, los conceptos de sociedad y comunidad y varios de los supuestos en que sobre un mismo objeto recaen diversidad de aprovechamientos económicos.

Dentro de este capítulo dedicado a la comunidad de bienes hace especial hincapié en el estudio de la llamada propiedad horizontal o de casas por pisos o locales, estudiando muy diversos puntos relacionados con esta importante figura jurídica y la posición jurisprudencial respecto a los mismos.

En capítulo aparte figura la copropiedad o condominio. Sobre ello viene a examinar con cierto detenimiento y adornándolos con citas jurisprudenciales todos y cada uno de los preceptos contenidos en los artículos 392 y siguientes de nuestro Código civil en materia de comunidad de bienes.

El último capítulo de la sección segunda concierne a las propiedades especiales. Se nos dice que, a diferencia de la propiedad sobre cosas corporales, que definitivamente puede recaer sobre bienes muebles o sobre bienes inmuebles, las propiedades incorpóreas se consideran por la doctrina, aunque sin base fáctica, como bienes muebles. Nuestro Código civil, atendiendo a un criterio objetivo y no exhaustivo, se limita a regular algunas propiedades especiales en sus artículos 407 a 429, inclusive, comprendiendo en ellas únicamente las aguas, los minerales y la propiedad intelectual. La doctrina suele incluir la industrial y aduce que existen también otras clases de propiedades especiales.

Concretándonos hoy al libro que se reseña, el autor nos ofrece, bajo el título de propiedades especiales, el estudio de la de aguas, minas, intelectual e industrial.

Entramos en la sección tercera, dedicada a los derechos reales de goce, con varios capítulos concernientes a los derechos de usufructo, servidumbres, censos y otros análogos.

Comienza esta sección hablando, en primer término, del usufructo, derecho consistente en usar y disfrutar las cosas ajenas, dejando a salvo su sustancia. Tras su concepto y diferenciación de figuras afines se habla de las clases de usufructo. Son numerosas sus variedades. No obstante, el autor limita su estudio a las clases que prevén los artículos 468 y 469, para después tratar de las modalidades más usuales, sin perjuicio de considerar algunas dentro del estatuto de derechos y obligaciones de los usufructuarios y de los nudo propietarios.

Dentro del contenido del usufructo se examinan los diversos derechos y obligaciones, afectantes tanto al usufructuario como al nudo propietario.

Las causas de extinción del usufructo también son objeto de consideración por parte del autor, en cuanto estudia los artículos 513 y siguientes de nuestro primer texto legal relativos a esta materia.

Junto al usufructo se hallan reflejados los derechos de uso y habitación, siguiendo igualmente la normativa de nuestro Código civil, para terminar con el estudio del usufructo, uso y habitación en el Derecho foral.

Otro de los derechos que el autor recoge es el de servidumbre. Concretamente, son dos los capítulos dedicados a este tema. En uno de ellos trata del concepto y naturaleza jurídica, caracteres en torno a lo cual, y antes de exponer los específicos, resalta que la doctrina más moderna excluye algunos que se les venía atribuyendo. Tales la onerosidad, la accesoriedad y la especialidad. Por ello caracteres propios de las servidumbres dentro de un ordenamiento romanizado, como el español, pueden considerarse, a juicio del autor, los siguientes:

- 1) Predialidad e inherencia, esto es, utilidad que el gravamen ha de rendir al predio dominante, el presupuesto jurídico de que solamente puede ser constituido por el propietario y que ha de constituirse con el carácter de permanencia.

- 2) *Nemini res sua servir*, principio básico en esta materia que enuncia la imposibilidad jurídica de que una servidumbre pueda surgir y subsistir entre dos fundos del mismo propietario.

- 3) Inseparabilidad e inalienabilidad. No se puede transferir la servidumbre a quien no sea propietario del fundo dominante, y no puede ser objeto de relaciones jurídicas independientemente del fundo. Por esto, de la inseparabilidad deriva la inalienabilidad: la enajenación del fundo implica necesariamente la de la servidumbre.

- 4) Utilidad y posibilidad.

- 5) Indivisibilidad.

- 6) Permanencia.

Inmediatamente después recoge la siguiente clasificación de servidumbres: 1) Servidumbres reales o prediales y personales. 2) Continuas y discontinuas. 3) Aparentes y no aparentes. 4) Positivas y negativas. 5) Voluntarias y legales. 6) Otras clases de servidumbres.

Por otro lado, considera el autor los distintos modos de adquirir las servidumbres, el ejercicio, extinción y protección de las mismas.

Siguiendo la reglamentación que en materia de servidumbres contiene nuestro Código civil, va examinando las distintas clases de servidumbres, comenzando con las servidumbres legales de aguas, reguladas en los artículos 552 y siguientes de nuestro Código; posteriormente, las de paso, con sus especiales modalidades (arts. 564 a 570); las de medianería (artículos 571 a 579); luces y vistas (arts. 580 a 585); servidumbre de desagüe de los edificios, a lo que el Código dedica los artículos 586, 587 y 588; limita-

ciones del dominio por razón de distancias y obras intermedias para ciertas construcciones y plantaciones (arts. 589 a 593), y, por último, las servidumbres voluntarias, cuya regulación legal puede contemplarse en los artículos 594 a 604, inclusive; debiendo indicar que nuestro Código civil involucra los conceptos de comunidad y servidumbre de pastos en los artículos 600 a 604, y dentro de la comunidad de pastos mezcla, a su vez, las comunidades sobre terrenos o montes públicos y las existentes sobre montes de propiedad particular, sin señalar en forma inequívoca el régimen de unas y otras. Todo ello y su frecuente aplicación ha originado—dice SANTOS BRIZ—numerosa jurisprudencia, la cual puede decirse que ha aclarado mucho esta heterogénea regulación legal.

Da punto final a su estudio sobre las servidumbres tratando de las mismas en las regiones forales de Aragón, Navarra y Cataluña.

El capítulo XVI trata del derecho real de censo, con apartados varios, que abordan los siguientes puntos: 1) Sentido actual de los censos, en cuanto hoy puede decirse que es debatido si los censos, según la terminología de nuestro Código civil, tienen razón de continuar en el primer cuerpo legal de nuestro ordenamiento o han de ser derogados definitivamente. 2) Regulación en el Código civil español, donde el legislador dedica unas disposiciones generales a todos los censos, de las cuales la doctrina ha deducido los caracteres del derecho real de censo. 3) Censos consignativo y reservativo, de los que las especialidades de regulación que nuestro Código civil establece se contienen, para el primero, en los artículos 1.657 a 1.660, y para el segundo, en los artículos 1.661 a 1.664. 4) Los censos en las regiones forales, refiriéndose brevemente a las especialidades que subsisten sobre los censos reservativo y consignativo y alguna otra forma distinta del censo enfitéutico.

Consideración especial merece el censo enfitéutico, al que dedica el capítulo XVII. Parte del concepto, recogido, por cierto, en el artículo 1.605 del Código civil, continúa con la constitución de la enfiteusis, destacando la exigencia de la escritura pública, que sólo puede recaer sobre inmuebles, y éstos han de serlo por naturaleza; después estudia el contenido, recogiendo la serie de derechos que corresponden al dueño directo, por un lado, y al enfiteuta o titular del dominio útil, por otro; extinción de la enfiteusis, y, por último, se refiere a la subenfiteusis.

En este mismo capítulo considera el derecho real de foro, examinando también una serie de puntos concretos, tales como: la actualidad de esta institución y su regulación en el Código civil y en la Compilación de Derecho civil especial de Galicia de 2 de noviembre de 1963, ofreciéndonos una síntesis de las normas vigentes contenidas en la citada Compilación.

Consideración especial ha merecido también la enfiteusis en Cataluña, regulada en los artículos 269 a 319 de su Compilación. Aunque las investigaciones no son exhaustivas al respecto puede decirse, a juicio de SANTOS BRIZ, que los mismos fenómenos de carácter económico y social que originaron los foros en el noroeste de la Península Ibérica y el censo enfitéutico en otras regiones dieron también origen en Cataluña a la enfiteusis, denominada allí *establiment*. Tras referirse a la constitución recoge el contenido, traducido en derechos y obligaciones del dueño directo y del enfiteuta, hablando también del subestablecimiento o subenfiteusis y de la extinción de la enfiteusis en Cataluña.

Finalmente, en este mismo capítulo recoge la cesión del suelo para plantación de viñedo y afirma que los contratos que tienen por objeto esta cesión revisten diversas formas en el territorio nacional. El más conocido y de mayor importancia social y económica, al menos pretérita, ha sido, indudablemente, el denominado censo a primeras cepas o, en Cataluña, *rabassa morta*.

La cesión del suelo para plantar viñas, regulada en el artículo 1.656 del Código civil con carácter general para toda España, tiene principal

relevancia en Cataluña, refiriéndose a ello el artículo 320 de la Compilación de dicha región para considerarlo incluido en la misma.

Se define la *rabassa morta* como el contrato en cuya virtud el dueño del suelo cede su uso para plantar viñas por el tiempo que vivieren las primeras cepas, pagándole el cesionario una renta o pensión anual en frutos o dinero. Junto a los caracteres se reflejan en la presente obra su naturaleza jurídica, forma y duración, dando fin al capítulo XVIII con el estudio del censo enfiteútico en Baleares.

La sección tercera termina con el estudio del derecho real de superficie, uno de los que en los últimos años ha recibido una revitalización desde el punto de vista económico, hasta ahora—afirma el autor—sin repercusión orgánica en su regulación jurídica, que se manifiesta esporádicamente en la Ley del Suelo u ordenación urbana de 1956, y en el Reglamento Hipotecario, a virtud de la reforma del mismo por Decreto de 17 de marzo de 1959. SANTOS BRIZ, antes de dar una idea de la situación actual del derecho de superficie en nuestro ordenamiento legal, ofrece los rasgos fundamentales que presenta en las legislaciones más avanzadas y las alteraciones que en el derecho de dominio sobre inmuebles han originado las nuevas necesidades urbanísticas.

Nuestro Código civil no contiene regulación alguna del derecho de superficie, aunque puede decirse que hay ciertas líneas rectoras desprendidas de preceptos aislados de nuestro primer cuerpo legal. Sin embargo, esta esporádica e inorgánica regulación de la superficie en el Código civil español, que priva de autonomía jurídica a este derecho real, no ha impedido que el Tribunal Supremo reconozca la sustantividad de la superficie. La insuficiencia de la normación del Código ha ocasionado actualmente una regulación reglamentaria del derecho de superficie al intentar orientarla por la que da el Reglamento Hipotecario en sus artículos 16 y 30.

El derecho de superficie ha recibido nuevos impulsos con motivo de la edificación urbana regulada por disposiciones especiales, principalmente de carácter administrativo, y con la finalidad de fomentar las construcciones, al mismo tiempo que se procura el bien común.

Junto a lo ya expuesto, el autor se refiere también al derecho de superficie sobre plantaciones (art. 30, 3.º, del Reglamento Hipotecario) y al derecho de elevación de plantas de un edificio o de construcciones bajo el suelo (art. 16 del Reglamento Hipotecario).

La sección cuarta de la obra se refiere a los derechos reales de garantía. En nuestro ordenamiento jurídico civil estos derechos se distribuyen en mobiliarios e inmobiliarios. Los primeros, que afectan una cosa mueble al cumplimiento de una obligación, son la prenda, la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento. Los segundos son la hipoteca y la anticresis. Común a ambas es la figura del pacto de reserva de dominio, que se considera con naturaleza jurídica equivalente a los derechos pignoratícios por moderna doctrina científica.

Comenzando por los derechos reales de garantía inmobiliaria, el Derecho español conoce únicamente la hipoteca sobre inmuebles y la anticresis. La exposición que ofrece el autor versa principal y lógicamente sobre el derecho y jurisprudencia españoles, pero sin omitir la mención de las nuevas corrientes en este ámbito.

Antes de entrar de lleno en el estudio de la hipoteca se refiere al fundamento de los derechos reales de garantía, diferenciando a este respecto la prenda posesoria y la hipoteca, aunque también señala ciertas notas comunes que presentan.

Con relación a la hipoteca, en la obra de SANTOS BRIZ pueden verse recogidos los siguientes apartados: a) cosa hipotecada y extensión del gravamen, o sea, objeto sobre que puede recaer y sus accesorios; b) créditos garantizables con hipoteca; c) inscripción de la hipoteca; d) clases

de hipoteca; e) efectos; f) el *ius distrahendi* del acreedor hipotecario, y g) extinción de la hipoteca.

Continuando con los derechos de garantía nos encontramos con los mobiliarios. En la actualidad se muestra exuberancia de formas de garantía mobiliaria. Al lado de la prenda clásica ha surgido la prenda sin desplazamiento, distinguiendo dentro de esta variedad la denominada hipoteca mobiliaria. A su lado, y aparte de figuras o variedades de la prenda de indefinidos contornos (por ejemplo, la prenda de derechos, la prenda irregular, la prenda de dinero, etc.)—dice el autor—, adquieren individualidad otros derechos similares, entre los que figuran, en primer lugar, las cosas transmitidas con reserva de dominio, las situaciones en que la Ley crea un derecho de prenda mobiliaria y, por último, los derechos de embargo de bienes muebles, al menos en ciertos momentos de su biología.

En torno al derecho real de prenda examina su concepto y formas de constitución, contenido, extinción y ciertos supuestos especiales de prenda, como la legal, la irregular y sobre derechos, completando todo ello con el examen del Derecho foral en materia de prenda.

El capítulo XXII es el último de los dedicados a los derechos reales de garantía. En él, continuando con el desarrollo de los de garantía mobiliaria, se habla de la hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, destacando su sentido y antecedentes legales hasta llegar a su legislación vigente, hoy constituida por la Ley de 16 de diciembre de 1954 y Reglamento de 1955. Con relación a una y otra figura se determinan los bienes que pueden constituir su respectivo objeto y sus correspondientes efectos.

Hecho esto, estudia el pacto de reserva de dominio en su consideración de derecho real de prenda. Por último, se detiene en el derecho real de anticresis, en virtud del cual, y al amparo del artículo 1.881 de nuestro Código, «el acreedor adquiere el derecho de percibir los frutos de un inmueble de su deudor, con la obligación de aplicarlo al pago de los intereses, si se debieren, y después al del capital de su crédito».

De la panorámica del Derecho comparado que nos ofrece resulta que la anticresis aparece como una forma de garantía complementaria de la prenda o de la hipoteca, y así puede estimarse también en la práctica española. Sin embargo, se la configura como derecho de naturaleza autónoma. Sentado que la anticresis es un derecho real, dentro de esta categoría ha de encuadrarse entre los derechos reales de realización de valor, aunque pueda eludirse ese objetivo fundamental y determinante de su constitución a través del disfrute del inmueble sujeto al gravamen presentando ciertas afinidades con la prenda y la hipoteca. La constitución, contenido y efectos completan las consideraciones que el autor hace del derecho de anticresis.

La sección quinta o última de la obra de SANTOS BRIZ trata de los derechos reales de adquisición: tanteo, retracto y opción, de gran interés práctico por la complejidad de formas que presentan y la frecuencia de las mismas en el tráfico jurídico.

Tras unas generalidades y examen de la legislación comparada y del ordenamiento jurídico español entra en el retracto convencional, regulado en los artículos 1.507 a 1.520, inclusive, de nuestro primer texto legal, pasando después al retracto legal, regulado en los artículos 1.521 a 1.525 del citado texto. Dadas las diferencias de enfoque y pese a la identidad esencial que presentan, el autor trata por separado los retractos legales que nuestro ordenamiento jurídico regula. Pueden citarse los siguientes retractos legales o derechos de adquisición preferente establecidos por la Ley, que el autor refleja:

1) Retracto legal de colindantes, recogido en el artículo 1.523 del Código civil, y cuya finalidad es el interés público de evitar el minifundio o excesiva división de la propiedad.

2) Retracto de comuneros o condóminos, regulado en el artículo 1.522 del Código civil, orientándose su finalidad, en lo posible, a evitar el fraccionamiento de la propiedad en sus porciones ideales, extinguiendo o reduciendo, al menos, el número de sus titulares, ya que el estado de indivisión se considera antieconómico y antijurídico por las dificultades y pugnas a que da lugar entre los dueños.

3) Retracto legal de arrendamientos rústicos, recogido en el artículo 16 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos de 29 de abril de 1959.

4) Derechos de adquisición preferente *ministerio legis*, establecidos en la legislación especial de arrendamientos urbanos. Ambas partes de la relación contractual poseen los derechos de tanteo y retracto: el arrendador del local de negocio (arts. 35 y sigs.) y el inquilino y arrendatario de local de negocio (arts. 47 y sigs. también de la Ley de Arrendamientos Urbanos). En torno a este tema examina los supuestos de uno y otro, comenzando por los que se atribuyen al arrendatario. La finalidad de los derechos de tanteo y retracto arrendaticio es facilitar el acceso a la propiedad de la sede del hogar familiar o del negocio que constituye su patrimonio, cumpliendo con ello una función social de gran trascendencia.

5) Retractos legales de coherederos y consocios en base al artículo 1.067 del Código civil.

6) Derechos reales de adquisición preferente derivados de la enfiteusis y derechos de análoga naturaleza. Son numerosas las variedades de estos derechos de adquisición preferente. Dada la similitud de regulación —dice SANTOS BRIZ—, que viene a tomar como patrón la establecida por el Código civil para el censo enfiteúutico, relaciona tanto los previstos en el derecho común como en las leyes civiles forales, tales como el tanteo y retracto enfiteúticos; los derivados del foro; los originados en el llamado censo a primeras cepas; la fadiga del Derecho catalán, que también incluye los derechos de tanteo y retracto, etc.

6) Derechos de preferente adquisición derivados directamente de la función social del derecho de propiedad. Estos derechos, sin carácter exhaustivo citados, son los siguientes: a) el llamado tanteo urbanístico municipal o preferencia adquisitiva de terrenos a favor de municipios y corporaciones públicas para asegurar y facilitar las operaciones de urbanismo; b) tanteos legales en otras materias que implican meras preferencias adquisitivas de carácter administrativo, por ejemplo, el que corresponde a la Delegación Nacional de Sindicatos a través de la Obra Sindical de Colonización; el del Patrimonio Forestal del Estado en los supuestos que se señalan de ventas de predios forestales; los de adquisición preferente reconocidos en determinados preceptos de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, etc.

7) Retracto de créditos litigiosos derivados del artículo 1.535 del Código civil.

También se refiere el autor a los retractos de las regiones forales, tales como el convencional de Cataluña derivado de las ventas a carta de gracia o *empenyament*, y legales, como el gentilicio de Aragón, denominado de abalorio o de la saca; el derecho de saca, modalidad del retracto familiar o gentilicio, de gran aplicación práctica en el Derecho vizcaíno, y cuya finalidad es impedir la disgregación del patrimonio inmueble de la familia vizcaína; el gentilicio de Navarra; el gentilicio de Cataluña o derecho de tornería, que rige sólo en el valle de Arán.

Finalmente, tras hablar de la concurrencia de retractos, refiérese al derecho de opción, de principal consideración desde el punto de vista jurídico obligacional, ya que propiamente no puede concebirse como derecho real al faltarle los dos elementos, interno y externo, que caracterizan a los de esa naturaleza, siendo aislada, a juicio del autor, la declaración de la resolución de la Dirección General de los Registros de 27 de

marzo de 1947 de que las partes pueden configurar el derecho de opción como derecho real.

Damos así por terminada la reseña de esta obra de 777 páginas, muy amenas, por cierto, de indudable interés, tanto desde el punto de vista teórico como práctico, conteniendo no sólo las doctrinas científicas que se han considerado de necesaria aportación para la práctica, sino también en numerosas cuestiones las últimas orientaciones y perspectivas de las instituciones jurídico-reales.

El intento del autor de ofrecer una panorámica lo más completa posible de esta importante parte del Derecho civil, con la idea fundamental de que el profesional del Derecho tenga a mano una cabal orientación de la evolución y situación actual de las instituciones jurídicas reales dispuesta para su utilidad práctica, puede estimarse más que superado.

Es de esperar con agrado, y para utilidad del jurista, que la publicación de los restantes tomos de esta notable obra de Derecho civil que se anuncia pronto vea la luz.

CARLOS MARÍN ALBORNOZ