

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXII ○ Enero Febrero 1986 ○ Núm. 572

100
100

100
100

100

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

CONSEJEROS:

D. Carlos M. Hernández Crespo.
D. Juan-José Benayas y Sánchez-Cabezudo.
D. Pío Cabanillas Gallas.
D. Antonio de Leyva y Andía.
D. José Luis Lacruz Berdejo.
D. Juan Vallet de Goytisolo.
D. Ginés Cánovas Coutiño.
D. Aurelio Menéndez Menéndez.
D. Eugenio Fernández Cabaleiro.
D. José Antonio Nortes Triviño.
D. José María Chico Ortiz.

CONSEJERO-SECRETARIO Y JEFE DE REDACCIÓN:

D. Manuel Amorós Guardiola.

SECRETARIO DE LA REVISTA:

D. Fernando Muñoz Cariñanos.

Dirección: Príncipe de Vergara 72.—28006 Madrid.—Teléf. 411 26 28

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

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

Depósito legal: M. 968-1958

J. SAN JOSE, S. A.—Leganitos, 24.—28013 Madrid

SUMARIO

Págs.

ESTUDIOS:

«La nueva legislación de aguas y el Registro de la Propiedad», por BUENAVENTURA CAMY SÁNCHEZ CAÑETE ...	9
«El principio de la autonomía de la voluntad y el Registro de la Propiedad», por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ ...	59
«El Derecho de la competencia», por ROSARIO SILVA DE LAPUERTA ..	93
«La propiedad de la tierra en el señorío cisterciense de Nuestra Señora de Valldigna entre el antiguo régimen y la revolución burguesa», por ADELA MORA CAÑADA ...	137

VIDA JURIDICA:

«I Congreso Nacional de Sociedades Agrarias de Transformación», por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS ..	165
--	-----

JURISPRUDENCIA:

Resoluciones y sentencias:

II. Sentencias del Tribunal Supremo, por FRANCISCO CASTRO LUCINI y JOSÉ QUESADA SEGURA ...	173
--	-----

LIBROS:

«Los créditos documentarios irrevocables en las Reglas y Uso Uniformes (revisiones de 1974 y 1983) y en el Derecho español», de J. FERNÁNDEZ-ARMESTO, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ ...	191
«La disolución de la sociedad conyugal. Estudio específico de los artículos 1.406 y 1.407 del Código Civil», de V. M. GARRIDO DE PALMA, T. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, C. SÁNCHEZ GONZÁLEZ y J. VÉLEZ BUENO, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ ...	194
«Legislación agraria», de AGUSTÍN LUNA SERRANO y CARLOS J. MALUQUER DE MOTES BERNET, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS ...	196
«La propiedad de la tierra en España: Los patrimonios públicos (Herencia contemporánea de un reformismo inconcluso)», de JOSÉ MANUEL MANGAS NAVAS, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS ...	199
«La guerra de sucesión en Valencia (De bello rústico valentino)», de JOSÉ MANUEL MIÑANA, por MARIANO PESET ...	202
«Fundamentos de Derecho civil», de JOSÉ PUIG BRUTAU, por MANUEL MEDINA DE LEMUS ...	204

ESTUDIOS

La nueva legislación de aguas y el Registro de la Propiedad

LAS AGUAS DE DOMINIO PRIVADO: MODALIDADES QUE PUEDE PRESENTAR SU INSCRIPCION

A) CONSIDERACIONES GENERALES

Dice HEDEMANN (*Tratado de Derecho Civil*, edición 1955, págs. 325 y siguientes del vol. II) que en las aguas se tropieza con una trinidad de intereses:

1. El Estado, como portador de soberanía, que ha hecho evolucionar el concepto de las aguas como un derecho privado hacia una tendencia técnico-administrativa y jurídico-pública.

2. La misma naturaleza, que parece que hace partícipe en las aguas al propietario del suelo. En su terreno está o corre el agua. Puede serle útil o perjudicarlo, por lo que tendrá interés en conservarla o en evaluarla.

3. El resto de la población, que necesita el agua. La necesita para una serie de necesidades vitales: La navegación, la flotación, el consumo de agua potable, los baños, etc.

Esta tríada de intereses nos revela ya el alto interés público de la materia. El que su normación haya estado influida siempre por la idea del interés público preferente, el cual ha llegado a su más alta concepción y aplicación en la nueva Ley de Aguas de 1985. Y el que en ciertas aguas predomine en todo caso ese interés público.

Llegándose en este extremo del preponderante interés del agua en

la vida agrícola a originar el que en algunas regiones del Africa seca se opere jurídicamente con el agua, independientemente de la tierra, que en ellas se considera como *res nullius*.

B) HISTORIA LEGISLATIVA

Son escasas las leyes generales en la materia. Incluso antes de la segunda mitad del siglo pasado eran pocas las normas sobre la misma. Entre ellas encontramos disposiciones sobre aguas: en el Fuero Juzgo (Leyes 30 y 31, título 4.º, libro 8.º), en el Fuero Viejo, en el Fuero de Sepúlveda, en las Partidas (Leyes 10, título 18, Partida 2.ª y 4, 5 y 6, título 31; 15, 18 y 19, título 32, de la Partida 3.ª), en la Novísima Recopilación, en los Derechos Forales de Aragón, Cataluña y Navarra y en las costumbres valencianas, que, en otras cosas, nunca consideró las aguas de los ríos, aunque no fueran navegables y flotables, como propiedad de los ribereños.

Esta escasa y dispersa legislación fue recogida en la primera Ley de Aguas de 3 de agosto de 1866, sustituida a su vez por la de 13 de junio de 1879, la cual, aunque con numerosísimas pequeñas reformas, ha subsistido hasta la presente, que es la de 2 de agosto de 1985, con entrada en vigor el 1 de enero de 1986, según dice su disposición final tercera.

C) NATURALEZA DE LAS AGUAS, PROPIEDAD Y CLASIFICACIONES

La regla general sobre la naturaleza de las aguas en nuestro Derecho es la del inciso final del número 8.º del artículo 334 del Código Civil, expresivo de que son bienes inmuebles «las aguas vivas o estancadas»; siendo muebles todas las que estén recogidas en recipientes también muebles, por aplicación del artículo 335 de dicho Código.

Pero no basta con ello. Desde otro punto de vista, las aguas son continentales o marítimas.

Las marítimas son *res nullius* o bien aguas territoriales, en las cuales, si bien predomina el dominio público de ellas, existen ciertas regulaciones y limitaciones en su uso, en atención a la pesca, a los viveros que en ellas se instalen o a la navegación.

Llegándose incluso a más en esas limitaciones, pues por la Ley y Reglamentos de Puertos Deportivos (de 26 de abril de 1966, 26 de septiembre de 1980) se pueden hacer concesiones de algunos de éstos, dando derecho al concesionario a un uso exclusivo y excluyente de las aguas

marítimas. Concesión administrativa que, al recaer sobre inmuebles, es también inmueble según la norma 10 del citado artículo 334 del Código Civil e inscribible en el Registro de la Propiedad conforme al artículo 31, 1.º, del Reglamento Hipotecario.

Con ello llegamos a las aguas sometidas a su peculiar normación como tales, en el que aún hemos de hacer una distinción en el grupo de las aguas continentales. Dentro de éstas, y según el artículo 1, 4.º, de la Ley de Aguas, no se regulan por ella, sino por su legislación específica, las aguas minerales y termales, las cuales están incluidas entre las sustancias minerales de la sección B) (art. 3.º de la Ley de Minas de 21 de julio de 1973) y se subclasifican en minero-medicinales, minero-industriales y termales (art. 23 de la Ley de Minas).

Finalmente, dentro ya de las aguas sometidas a las normas de esta Ley, habrá que distinguir aguas privadas permanentes, aguas privadas temporales y aguas públicas. Y, dado que en esta Ley predomina el interés público, puede decirse que la regla general es la de que las aguas son de dominio público, siendo la excepción las incluidas en uno y otro de los dos restantes grupos.

Se determinan en la Ley como aguas privadas permanentes, por lo que su aprovechamiento no está sujeto a ningún límite temporal: Las pluviales que discurran por predios de propiedad privada (art. 52, 1, de la Ley de Aguas), a cuyo efecto se declara también como «de dominio privado» los cauces por los que ocasionalmente discurran esas aguas pluviales, en tanto que atraviesen, desde su origen, únicamente fincas de dominio particular (art. 5, 1, de la Ley de Aguas). Las aguas estancadas que existan en esos predios (art. 52, 1, de la Ley de Aguas) y las charcas situadas en los de propiedad privada, las cuales se «consideran como parte integrante de los mismos» (art. 10 de la Ley de Aguas). Los lagos, lagunas y charcas, que al entrar en vigor la nueva Ley tengan extendidas en el Registro de la Propiedad inscripciones de carácter dominical privado (disposición adicional primera de la Ley de Aguas). Y las aguas procedentes de manantiales naturales o de corrientes subterráneas, siempre que se aprovechen en favor del predio en que existan, y que ese aprovechamiento no exceda de un volumen anual de 7.000 metros cúbicos (art. 52, 2, de la Ley de Aguas).

Las aguas privadas temporales es un grupo a extinguir, derivado sólo de cierto respeto a los derechos adquiridos. En ellas, su reconocimiento y protección como tales aguas privadas queda limitado a un plazo de cincuenta años, con derecho preferente a convertirlo a su final en una concesión administrativa de aprovechamiento de aguas públicas. Tienen el carácter de tales las de los manantiales, pozos o galerías en

explotación, que a la entrada en vigor de esta Ley sean de propiedad privada, siempre que durante un plazo de tres años acrediten esa situación y se inscriban en el correspondiente Registro de aguas «como aprovechamiento temporal de aguas privadas» (disposiciones transitorias segunda y tercera de la Ley de Aguas).

Finalmente, hay que determinar si en la nueva legislación existen aguas de «propiedad» particular o sólo existen concesiones de aprovechamientos de aguas públicas, más o menos preferentes.

La frase poco afortunada de la Ley, en la que se determina que todo «uso privativo» de aguas no incluidas entre las privadas, señaladas en el artículo 52, necesitan concesión administrativa. Es lo que *a sensu contrario* parece indicar que lo que no requiere concesión administrativa es sólo el «uso privado de las aguas». Interpretación demasiado literalista que no puede sostenerse a la vista de los otros preceptos de la misma Ley, así como de los principios generales de nuestro ordenamiento jurídico.

En primer lugar hemos de tener en cuenta que, al hablar de estipulaciones contractuales, ha dicho el Supremo (entre otras, 23 de octubre de 1974) que la naturaleza jurídica de los derechos no depende del nombre que se le asigne, sino de lo que realmente constituya su contenido.

Esto así, es evidente que en nuestro ordenamiento jurídico no existe, ni puede existir: ningún derecho real limitativo, como es el de uso, que grave un inmueble en forma perpetua. Estas facultades de perpetuidad sólo son atribuibles al derecho de propiedad. Pero es más, dentro de las aguas señaladas como de propiedad privada permanente en el artículo 52 se comprende las charcas —o aguas estancadas—, respecto a las cuales determina que las situadas en «predios de propiedad privada se considerarán como parte integrante de los mismos», con lo que sobre ellas, pues, recae la misma propiedad privada que ya lo está sobre el predio.

En la disposición adicional primera habla expresamente del «carácter dominical» que ostenten en el Registro las inscripciones de ciertos lagos, lagunas o charcas, determinando su continuidad con tal carácter.

A la vista de todo ello, y teniendo en cuenta que en la disposición derogatoria se deroga, entre otras normas, los artículos 407 a 425 del Código Civil. «pero sólo en cuanto se opongan a lo establecido en esa Ley», hemos de reconocer que no se opone a ella el artículo 408 del Código Civil, expresivo del dominio privado de las aguas, salvo su número 5, hoy comprendido dentro de las aguas de dominio público, la referencia al «agua» que se hace en el párrafo final del mismo precepto.

la cual no se recoge en su homólogo el artículo 47 de la Ley de Aguas, y una concreción en cuanto a su número 2.º

Así pues, son de «dominio» privado (art. 408 del Código Civil):

1. Las aguas continuas o discontinuas que nazcan en predios de dominio privado, mientras que discurran por ellos. Reiterado por el artículo 52, 2, de la Ley de Aguas.

2. Los lagos y lagunas y sus alveos, formados por la naturaleza en dichos predios. Número que hay que precisar hoy, pues los lagos, lagunas y charcas, en el sentido preciso de la palabra, sólo son de dominio privado los que estén inscritos con ese carácter a la entrada en vigor de la Ley de Aguas (disposición adicional primera de la Ley de Aguas). En los demás casos no podrán ser de propiedad privada los lagos y lagunas en sentido estricto (art. 2, c), de la Ley de Aguas), pudiendo serlo, por el contrario, las charcas (art. 10 de la Ley de Aguas) y las aguas estancadas (art. 52, 1, de la Ley de Aguas).

3. Las aguas subterráneas que se hallen en éstos. Corroborado por el artículo 52, 2, de la Ley de Aguas, si bien con límite cuantitativo de 7.000 metros cúbicos por año y con el de que el aprovechamiento se realice por el mismo propietario.

Fuera de ese límite de persona y cantidad, las aguas serán públicas y objeto de concesión administrativa (arts. 57, 1, y 65 a 67 de la Ley de Aguas).

4. Las aguas pluviales que en los mismos caigan, mientras no traspasen sus linderos. Lo cual se reitera por el artículo 52, 1, de dicha Ley.

Es más, el párrafo final de este artículo 408 del Código Civil recoge una enumeración de cuáles elementos de las aguas han de considerarse pertenencias de las fincas que los aprovechen. Por ello dice: «En toda acequia o acueducto, el agua, el cauce, los cajeros y las márgenes serán considerados como parte integrante de la heredad o edificio a que vayan destinadas las aguas»; lo cual reitera el artículo 47 de la Ley de Aguas, salvo que omite en esa enumeración de pertenencias al agua misma, quizá por entender que en el artículo 52 se expresa con suficiente claridad que las aguas consideradas como privadas son sólo aquellas que radiquen en un predio y se aprovechen por su propietario, o sea, que se refiere a aguas pertenecientes a la finca.

D) INSCRIPCIÓN DE LAS AGUAS DE DOMINIO PRIVADO

1.º *Cuestiones generales*

Advertimos que lo que vamos a exponer es la inmatriculación en el Registro de las aguas privadas, pues, una vez inmatriculadas, sus sucesivas inscripciones siguen las normas generales hipotecarias, sin que exista ninguna peculiaridad porque en el folio registral se comprendan o no unas aguas privadas. Y así mismo, que el aspecto registral se basa en lo dicho en las páginas 822 y siguientes del volumen IV, tercera edición, de mi obra *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*.

En esta cuestión hay que tener en cuenta fundamentalmente la distinción antes indicada entre aguas privadas permanentes y aguas privadas temporales. Además, habrá de dejarse fuera de esas dos situaciones las aguas privadas permanentes consistentes en «lagos, lagunas y charcas sobre los que existan inscripciones en el Registro de la Propiedad», las cuales «conservarán el carácter dominical que ostenten en el momento de entrar en vigor» la Ley (disposición adicional primera de la Ley de Aguas); dado que respecto de ellas no existirá inmatriculación, sino continuidad de un folio registral con el carácter jurídico que tenía, sin ser afectado por la posible variación a ser una concesión de aprovechamiento de aguas públicas, de lo que en el mismo —y conforme a la anterior normación— figuraba como dominio privado de unas aguas.

Limitándonos a las demás situaciones de esos dos grupos, habrá que sentar la tesis legal de que la inscripción de ambos grupos está recogida en el artículo 66 del Reglamento Hipotecario (según numeración reformada por Real Decreto de 12 de noviembre de 1982, siendo la anterior el 71); pero habiéndose convertido la idea de la aplicación genérica de él a todas las aguas privadas, en dos grupos de normas diferenciadas, aplicables cada uno al respectivo contenido de aquella clasificación.

2.º *Inscripción de las aguas privadas permanentes*

Las aguas privadas permanentes, según las configura la actual Ley de Aguas, sólo pueden ser las que tengan la cualidad de pertenencias del predio donde existan o nazcan. A su registración inmatriculadora habrá de aplicarse el párrafo 2.º del citado artículo 66, determinante de que «podrá hacerse constar la existencia de las aguas en la inscripción de la finca de que formen parte, como una cualidad de la misma».

No determina el Reglamento las circunstancias descriptivas de las aguas. Podrá así realizarse la descripción en la forma que se estime conveniente, para lo que, en parte, podrá servir de guía lo que a tal

efecto se dice en el párrafo 1.º de ese artículo, que después expon-dremos.

En todo caso, no permitiéndose en la Ley de Aguas más aguas privadas que las enumeradas en su artículo 52, habrá de exigirse para su inscripción como tales los requisitos que para tener esa cualidad se exigen por ese precepto: Que la charca, el manantial, el pozo o la galería radique en la finca en la que vayan a hacerse constar; que ellas se aprovechan únicamente por el propietario, y que si las aguas son subterráneas, se manifieste que no se utilizan más del límite de 7.000 metros cúbicos anuales; pero sin que pueda exigirse prueba alguna de ello, pues el no utilizarse mayor caudal es una circunstancia negativa, a las que según jurisprudencia se las exime de prueba, y asimismo, porque la posible sobreexplotación del acuífero es un hecho que ha de ser declarado por la Administración, según se indica en el citado artículo 52 y se precisa en el 54.

Esa actuación la hemos referido a los casos de inmatriculación de fincas en las que existan como pertenencias aguas privadas. En cuyo caso el vehículo documental para ello será el mismo que sea procedente para originar la inmatriculación.

Si la finca en que existan estas aguas estuviese ya inmatriculada, pero sin que en la misma se hiciese referencia a ellas, prevé la actuación procedente a su constancia registral el párrafo 4.º del repetido artículo 66 del Reglamento Hipotecario. «Cuando en una finca existan aguas no inscritas cuya existencia no figure en la inscripción de propiedad de aquélla o surjan después de practicada ésta, podrán hacerse constar en la misma finca, si el dueño lo solicitase, por medio de una nueva inscripción basada en acta notarial de presencia o por descripción de las aguas en los títulos referentes al inmueble».

En este párrafo no se indica nada en cuanto a la forma de describir-las, por lo que habrá de estarse a lo antes dicho. Se limita a indicar los documentos hábiles para rectificar la descripción de la finca para com-prender en ella las aguas. Como tales recoge aquellos documentos que contengan negocios jurídicos referentes al inmueble, que al originar una inscripción en el folio registral, en cuyo asiento se cumplirá el principio del tracto del párrafo 1.º del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, llevará consigo una rectificación de la descripción de la finca en la que se recòja esta pertenencia del agua privada. Pero, además, prevé que se realice un asiento dedicado sólo a esa rectificación de descripción, exigiendo taxativamente para originarlo «el acta notarial de presencia», para instar la cual es evidente que habrá de tenerse la correspondiente capacidad objetiva registral, pues ese párrafo 4.º del artículo 66 del

Reglamento Hipotecario se refiere expresamente al «dueño», sin dejar resquicio para otras titularidades inferiores, si bien entendemos que deberá asimilarse a él, el usufructuario, el fiduciario, el censatario, el comunero, etc.

3.º *Inscripción de las aguas privadas temporales*

Respecto a las aguas privadas temporales, sin olvidar que sólo se está ante una situación transitoria, en la que en mérito a los derechos adquiridos se mantiene temporalmente el carácter de privadas de aguas que con arreglo a la nueva legislación son públicas, habrá que determinar que esta circunstancia excepcional tiene que ser acreditada ante el Registro en el que se pretendan inscribir, pues en otro caso la aplicación de las restantes normas de la Ley obligarían a denegar esa inscripción como de aguas privadas.

El requisito inicial, no previsto así por la legislación hipotecaria, está recogido en las disposiciones transitorias segunda y tercera de la nueva Ley de Aguas. Conforme a ellas, los titulares de algún derecho sobre aguas procedentes de manantiales, de pozos o de galerías, cuyo aprovechamiento tuviese el carácter de privado según la anterior legislación, y público según la vigente, «podrá acreditar el mismo, así como el régimen de utilización del recurso, ante el organismo de cuenca, para su inclusión en el Registro de Aguas como aprovechamiento temporal de aguas privadas». Siendo así ese certificado de haberse producido esa peculiar registración en el Registro de Aguas, el requisito básico para cualquier inscripción primera de esta especial situación dominical de ellas, y sin el cual no podrá realizarse ninguna actuación por el Registrador, ni aún cuando estas aguas estuviesen inscritas en el Registro, pues es ahora cuando ellas cambian su situación registral de aguas privadas permanentes por la de aguas privadas temporales.

Esta situación transitoria prevista en la Ley de Aguas, pese a la indicación en ella de referirse a manantiales, pozos o galerías, no lo está respecto a cuál sea la titularidad jurídica. Lo cual obligará a admitir tres modalidades: de servidumbre, de propiedad única del manantial, pozo o galería y de comunidad en esos avenamientos acuíferos.

Ahora bien, en los tres casos ha de tratarse de situaciones jurídicas ya existentes, aun cuando no hayan tenido hasta ahora reflejo registral, pues esa previa existencia es la que ha tenido que acreditarse para obtener a su vez la previa registración en el Registro de Aguas a que antes nos referíamos.

a) Servidumbre de aguas.

Si una persona o un predio, éste a través de su titular, tienen derecho a aprovechar algo de otro ajeno que no agote la totalidad de sus posibilidades, dado que en ese caso estaríamos ante un usufructo, un uso o un derecho de habitación con eficacia *erga omnes*, se tratará de una servidumbre o gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño (art. 530 del Código Civil), sin que pueda dársele ninguna otra denominación a esta figura jurídica, sino la genérica de servidumbre de aguas o la específica expresiva de en qué consiste ella, como: servidumbre de saca de agua, servidumbre de abrevadero, servidumbre de aprovechamiento parcial de aguas, etc., ya que si pretendiéramos denominarla, por ejemplo, participación en las aguas de un nacimiento, etc., estaríamos ante una comunidad ordinaria, la cual sería inscribible con los requisitos necesarios para todas ellas, y no ante un derecho de aprovechar en algún aspecto, las aguas, alguna de las posibilidades de una finca ajena.

Así lo ha comprendido la jurisprudencia en reiterados fallos, al decir que son inscribibles los contratos en los que se adquiere, imponga o transmita el derecho a disfrutar, en cualquier concepto, de aguas de predios ajenos. En todos estos casos deben de inscribirse las aguas, junto con la finca en que radiquen, bajo un mismo número, y además como carga de ella, aquellos derechos que afecten a esas aguas (Resolución de 27 de enero de 1864), por tratarse de verdaderos derechos reales en cosa ajena (Resolución de 24 de marzo de 1922); pues si bien el derecho a aprovechar las aguas de fundo propio es inherente al de dominio, si de lo que se trata es de aprovechar las de fundos ajenos en beneficio de otro predio, ese derecho constituye una verdadera servidumbre real (Resolución de 27 de noviembre de 1882), pudiendo incluso pertenecer la totalidad de las aguas de un fundo a persona distinta de su propietario (Sentencia de 6 de diciembre de 1972).

Y reiterando esa idea en cuanto a otros aspectos de su desarrollo, se dijo que no puede estimarse como finca independiente el derecho a aprovechar aguas existentes en fundos ajenos, pues lo inscribible en este caso sería el derecho real que se constituyese a ese efecto en favor de una finca determinada (Resolución de 6 de junio de 1880).

Respecto a sus requisitos registrales, y aparte del básico o inicial del certificado del Registro de Aguas antes indicado, el artículo 66 del Reglamento Hipotecario, si bien denominándolo derecho de las fincas a beneficiarse de aguas situadas fuera de ellas, lo regula en su aspecto registral como una servidumbre, y así dice en su párrafo tercero: «el derecho de las fincas a beneficiarse de aguas situadas fuera de ella,

aunque pueda hacerse constar en la inscripción de dichas fincas como una cualidad determinante de su naturaleza, no surtirá efecto respecto a tercero mientras no conste en la inscripción de las mismas aguas, o, en el supuesto del párrafo anterior, en la de la finca que las contenga».

Pero al tratarse de aguas privadas que hoy se califican de temporales, en el asiento que ahora originen tendrá necesariamente que recogerse esta temporalidad, expresando en él que esa titularidad tendrá un plazo de duración de cincuenta años (disposiciones transitorias segunda, 1, y tercera, 1 de la Ley de Aguas).

Finalmente, hemos de añadir que la única servidumbre que regula nuestro Código como tal servidumbre en materia de aguas es la de saca de aguas y abrevadero, la que pudiendo ser constituida como personal o como predial es siempre servidumbre discontinua, la cual sólo puede así ser adquirida en virtud de título al efecto (art. 539 del Código Civil), pudiendo ser este título simplemente el pacto verbal convenido entre los condueños de una cosa, al cesar la proindivisión entre ellos, como dijo el Supremo en Sentencia de 11 de mayo de 1962; si bien en esta forma no producirá efectos registrales por no estar recogido en uno de los documentos que taxativamente señala el artículo 3.º de la Ley Hipotecaria. Las demás servidumbres reguladas por el Código no son realmente de aguas, o sea de aprovechamiento de aguas, sino que hacen relación a aquéllas.

b) Aguas privadas temporales como finca independiente.

Dado que la Ley no permite las aguas privadas más que como pertenecias de la finca que las aprovecha, esta situación de las aguas, como finca independiente y de propiedad privada, sólo cabe como una de las situaciones transitorias de las que ahora trataremos.

De ella hay que decir que si las aguas existentes en una finca adquieren tal importancia en relación a ella, que sus posibilidades de explotación se confunden con las de las aguas mismas, tendremos lo que prácticamente viene denominándose impropriamente aguas como finca independiente, dado que el sentido literal de la frase sólo es aplicable en cuanto a las cuotas en ciertos aprovechamientos comunes, en tanto que en todos los demás supuestos, el agua, con independencia de la finca donde se contiene, por muy escasa extensión superficial que esta finca tenga, no es concebible.

La jurisprudencia ha dado varios fallos en relación con esta finca especial, indicando que para que un manantial de agua pueda ser inscrito como finca independiente es necesario que esta finca se describa con precisión y se inscriba separadamente y bajo un número propio, con el

consentimiento de quien o quienes estén interesados en su propiedad (Resolución de 17 de junio de 1918).

Igualmente ha declarado que cumpliéndose la descripción de las aguas como finca independiente que exige el párrafo 1.º del artículo 71 (hoy 66) del Reglamento Hipotecario, no puede exigirse también la descripción de la finca total de la que las aguas formaron parte en un tiempo (Resolución de 3 de febrero de 1959).

Para su inscripción, y como todas las demás de este subgrupo, se exigirá con carácter ineludible presentar la certificación del Registro de aguas de haberse realizado su inscripción como aprovechamiento temporal de aguas privadas.

En el orden registral —del Registro de la Propiedad—, las circunstancias que ha de contener la inscripción se determinan por el párrafo 1.º del artículo 66 del Reglamento Hipotecario: «Las aguas de dominio privado que, conforme a lo dispuesto en el número 8.º del artículo 334 del Código Civil, tengan la consideración de bienes inmuebles, podrán constituir una finca independiente e inscribirse con separación de aquella que ocuparen o en que naciere. En la inscripción se observarán las reglas generales, expresándose técnicamente la naturaleza de las aguas y su destino, si fuere conocido; la figura regular o irregular del perímetro de las mismas en su caso, la situación por los cuatro puntos cardinales cuando resultare posible, o, en otro supuesto, con relación a la finca o fincas que las rodeen o al terreno en que nazcan, y cuantas circunstancias contribuyan a individualizar las aguas en cada caso». Precepto en el que es necesario hacer algunas correcciones y aclaraciones.

En primer lugar, no es posible ni necesario jurídicamente el que las aguas constituyan una «finca» independiente de aquella que ocuparen o en que nacieren. Y no es posible, porque el Registro de la Propiedad se lleva por fincas, o porciones deslindadas de la superficie terrestre, y sólo excepcionalmente no ocurre así en contadas ocasiones, como en las concesiones administrativas, porque en ellas no existe finca alguna, ya que el inmueble a que se refiere de una manera indirecta está fuera del comercio. Tampoco supone argumento alguno en pro de la tesis de la inscripción del agua como finca independiente de la tierra que ocuparen o en que nacieren, la referencia al número 8.º del artículo 334 del Código Civil, puesto que en él no se describen fincas, sino bienes inmuebles, de tal forma que, a pesar de que el número segundo del mismo considera como inmuebles los árboles y plantas y los frutos pendientes, mientras estuviesen unidos a la tierra, nadie ha pretendido que pudieran ser inscritas en ningún momento como fincas indepen-

dientes de la heredad a que estén unidos. En este sentido hay que entender el número 8.º de ese mismo precepto civil como limitándose a expresar, no que sean fincas las aguas vivas o estancadas, sino que son inmuebles mientras están en la heredad en que nacen o permanecen estancadas.

De otra parte, tampoco es necesaria esa artificiosa construcción del agua como finca independiente de la heredad que ocupare o en que naciere. Y no es necesario, porque si la finca constituida por el nacimiento, etc., queda limitada en su extensión superficial por la que sea necesaria para las aguas y sus instalaciones accesorias como estanques, pilares, casetas de bombas, etc., no vemos que utilidad de ninguna clase tendría el permitir que se recogiesen en el Registro como finca independiente esta superficie, y en número aparte, con independencia de ella, las aguas que ocupan íntegramente la superficie de aquella otra finca, impidiendo cualquier utilización de ella que no sea la referente a las mismas aguas.

Lo absurdo de esa posibilidad se pone de relieve aún más si analizamos las circunstancias descriptivas, en orden a sus límites, que se expresan por el mismo precepto antes transcrito. Exige determinar la figura regular o irregular del perímetro de las mismas, y esto no puede referirse a las aguas, que por propia naturaleza física adquieren la figura del recipiente que las contiene, en este caso la tierra, la cual, por otra parte, y como cualquier otra finca, puede tener en su perímetro una figura regular o irregular, ya que legalmente no es posible exigir que las fincas tengan una u otra de esas clases de figuras.

Después de determinar que se recoja este inútil dato relativo a la figura del perímetro de la tierra en que se encuentren las aguas, pasa a exigir que se determinen los linderos por los cuatro puntos cardinales. Lo que es normal respecto a todas las fincas, salvo las urbanas. Pero añade que cuando no sea posible esta delimitación se realice ella con relación «a la finca o fincas que las rodeen o al terreno en que nazcan», y esto o constituye una redundancia respecto a la exigencia anterior o es una exigencia impracticable. La descripción de cualquier finca, incluso aunque ésta estuviere ocupada enteramente por aguas, se hace siempre por sus linderos en relación a la finca o fincas colindantes, y ello aunque las irregularidades del perímetro hagan difícil apreciar bien qué parte de ella corresponde a cada punto cardinal. En cuanto a la indicación de la constancia «del terreno en que nazcan», si esto no lo entendemos en el sentido de que son los linderos de ese mismo terreno en el que nazcan las aguas los que debemos de consignar, qué es lo que venimos sosteniendo, resultaría el absurdo de que tuvié-

ramos que expresar los linderos en profundidad de la finca, o sea, que las aguas estaban apoyadas en terrenos de un tercero.

A estas circunstancias del asiento ha de añadirse con carácter necesario la indicación legal de la temporalidad del carácter privado de su propiedad, expresando en el asiento que esa titularidad tendrá un plazo de duración de cincuenta años (disposiciones transitorias segunda, 1, y tercera, 1, de la Ley de Aguas).

c) Aguas privadas temporales en copropiedad.

En esta situación de las aguas, tanto si la comunidad es normal o con fin propio, como si es copropiedad especial con fin subordinado, se exigirá como requisito previo ineludible a su registración el certificado del Registro de Aguas de haber sido inscritas las aguas en él con el carácter de aprovechamiento temporal de aguas privadas (disposiciones transitorias segunda y tercera de la Ley de Aguas). Circunstancia que se hará constar en la inscripción del agua en el Registro de la Propiedad, tanto si se trata de una como de otra comunidad.

Igualmente se hará constar en el asiento de este último Registro, sea cualquiera la comunidad, la indicación legal del carácter temporal del dominio privado del agua, expresando en el mismo que esa titularidad tendrá un plazo de duración de cincuenta años (disposiciones transitorias segunda y tercera de la Ley de Aguas).

Si el pozo o manantial pertenece a varios titulares en comunidad ordinaria, los problemas registrales son los que hemos expuesto en el subgrupo anterior de aguas privadas como finca independiente. Pero si estamos ante una comunidad especial con fin subordinado, la cuestión es más ardua.

Las exigencias de la vida jurídica han ido obligando al legislador a ir admitiendo, en unos y otros casos, la existencia de comunidades cuya finalidad no está en ellas mismas, sino que son medios para la mejor utilización de otras fincas, a las cuales están subordinadas, teniendo que alterarse fundamentalmente la normación jurídica de ellas en el sentido de que habrá que subsistir la comunidad mientras subsista aquella finalidad, quedando excluidas de la acción de división propia de toda comunidad de bienes, así como del retracto de comuneros, a la vez que perdiendo su individualidad o particularidad, cada una de sus cuotas se adscriben inseparablemente, en casi todos los casos, a cada una de las fincas a las que va a servir esa comunidad, yendo ínsita su transmisión en la de la finca a que se adscribe, sin requerirse dualidad de ellas, ni, por tanto, dualidad de asientos registrales que recojan la transmisión de que se trate. Estas comunidades con fin subordinado, que se iniciaron claramente en el aspecto legislativo con la propiedad de casa

por pisos y fueron continuadas con las de los heredamientos, dulas, etc., están necesitadas ya de una regulación genérica que recoja todas las características comunes.

En materia de aguas tuvo un atisbo de esta especial comunidad una resolución de 1922, hoy ya inoperante al publicarse normas legales al efecto, constituyendo la primera normación legal la Ley de 27 de diciembre de 1956 sobre heredamientos de aguas en Canarias, que autorizando su aplicación al resto del territorio nacional por su disposición adicional primera, así lo ha sido, a la vez que se desarrollaba e interpretaba esa Ley, por los cuatro párrafos finales del artículo 66 del Reglamento Hipotecario. Respecto de la cual se declara su plena subsistencia en la actual regulación legal, por la disposición adicional tercera de la vigente Ley de Aguas.

Estas dos normas, en conjunto, constituyen la legalidad vigente en la materia, salvo las especialidades de aquella Ley que sólo pueden ser aplicables al Archipiélago Canario, y son las que van a servirnos para la exposición separada de las distintas cuestiones referentes a esa comunidad con fin subordinado.

1.º *Personalidad de la comunidad y a cuáles se refiere*

La sociedad civil, que si nunca tuvo vitalidad en el orden jurídico, hoy casi podemos considerarla como un conjunto de normas anquilosadas que han perdido todo su vigor frente a las sociedades mercantiles. no se consideró por el legislador como vehículo hábil para recoger las situaciones jurídicas que planeaban estas comunidades con fin subordinado, habiéndose acudido por la Ley de Heredamientos de Aguas en Canarias, a aplicar, un poco forzosamente, la figura jurídica de las asociaciones, respecto a las cuales se decía, como ya hemos visto, que no sería necesaria su inscripción en ningún Registro gubernativo de asociaciones; norma que no ha sido derogada por la Ley de Asociaciones de 24 de diciembre de 1964, pues en su artículo 2.º y bajo su número 4.º declara excluidas del ámbito de aplicación de esa Ley a «cualesquiera otras asociaciones reguladas por leyes especiales».

Esta solución resultaba ya forzada desde el mismo instante de su creación. Lo que importaba en estos especiales bienes no era su personalidad jurídica, sino la peculiaridad de ellos y, sobre todo, su indivisibilidad e inseparabilidad, en su caso, de los predios a los que beneficiaban con sus aguas. Por ello se comprendió después que quizá era llegado el momento de ir iniciando la creación de unas comunidades distintas de las reguladas por nuestro Código Civil, que además de los caracteres de indivisibilidad e inseparabilidad, antes indicados, reunie-

sen la posibilidad de que su vida interna se desarrollase en base a unos estatutos, análogamente a los de las personas jurídicas, pero sin que la representación por ellos regulada lo fuera de una persona jurídica en sí, sino simplemente de una comunidad, en una palabra, de un patrimonio independiente subordinado a un fin predeterminado.

Esta última postura es la que parece ya adoptarse por el Reglamento Hipotecario y la que ha sido adoptada para otra comunidad análoga como la recayente sobre los elementos comunes de un edificio en los casos de propiedad horizontal.

El Reglamento Hipotecario se limita a reconocerla de una manera implícita, al decir que esas aguas se inscribirán «a favor de la entidad correspondiente», expresando así que no se hace a nombre de todos y cada uno de los copartícipes. La Ley de Heredamientos, reconociéndolo expresamente personalidad jurídica a esas «agrupaciones de propietarios de aguas privadas» (art. 1.º), determina que deben organizarse con arreglo a alguna de las figuras legales existentes en nuestro Derecho respecto a las personas jurídicas, pero añadiendo que las que ya vinieren establecidas, así como las que no adopten forma específica de organización, se considerarán como asociaciones de interés particular de las definidas en el número 2.º del artículo 35 del Código Civil (art. 2.º), pero añadiendo que no será necesario que se practique inscripción de ellas en ningún Registro gubernativo de asociaciones (art. 5.º).

Vemos así que se ha realizado un avance más en esta materia, respecto a la vigente para las comunidades de propietarios en las propiedades horizontales, muy imprecisa en este extremo, pero creándose para ello una persona jurídica de tipo asociacional, más imprecisa aún, en vez de tener la decisión necesaria para haberlas calificado y regulado como lo que realmente son, un patrimonio personalizado (Sentencia de 31 de enero de 1959).

La titularidad dominical de estas aguas, tanto si se trata de heredamientos de aguas en Canarias como si se trata de heredades, heredamientos, dulas, acequias u otras comunidades análogas, corresponderá a la asociación o a la comunidad de que se trate. No podemos pretender que, determinándose por el Reglamento Hipotecario que la titularidad de esos bienes se inscribirá a nombre de la entidad correspondiente —término genérico que incluye a las comunidades, pues posteriormente habla de que sus formantes podrán ser bien copartícipes o bien comuneros—, no se aplique ese criterio, haciéndolos de peor condición, a los heredamientos de aguas en Canarias, máxime cuando el artículo 2.º de aquella Ley se expresa, con una generalidad que ampara a cualquier figura legal,

como titular de los bienes y sólo estima la existencia de la asociación cuando no haya adoptado otra forma legal de organización.

Mayor imprecisión aún existe en cuanto a qué copropiedades de aguas puede serle aplicable esta normación, pues con expresiones casi idénticas en aquella Ley y en el Reglamento Hipotecario se determina que podrán registrarse por esas normas las aguas privadas pertenecientes «a heredades, heredamientos, dulas, acequias y otras comunidades análogas», en enumeración que se atiene más a los nombres localistas que al contenido mismo de la comunidad, o mejor dicho a su finalidad. Hubiera sido quizá más conveniente expresar, que esta especial regulación sería aplicable a aquellas copropiedades de aguas privadas que tuviesen como finalidad la utilización de porciones o cuotas del agua por fincas determinadas, o la mejor administración y aprovechamiento de un manantial, individualizando las cuotas en fracciones del caudal de agua, para su uso, cesión temporal o transmisión definitiva.

2.º Forma documental

La legislación hipotecaria no tenía que indicarla, pues ya con carácter general señala en el artículo 3.º de la Ley la forma documental pública para poderse realizar las inscripciones, por el contrario, la legislación sobre heredamientos en Canarias exige expresamente la escritura pública como forma necesaria para constituir las agrupaciones de propietarios, exceptuando a las que ya existen en aquel archipiélago, que podrán acreditarse por acta de notoriedad o por documento judicial o gubernativo de las actuaciones de una u otra en que haya sido reconocida la agrupación de que se trate. Pero en todo caso los estatutos o reglas por que se rija la agrupación habrán de consignarse en instrumento público, sin excepción alguna, y lo mismo su modificación, la cual habrá de ser acordada por asamblea general y por mayoría cualificada, votando en su favor dos terceras partes de las cuotas o intereses agrupados (arts. 3.º y 4.º).

3.º Contenido patrimonial de estas copropiedades

Como tales se consideran por ambas normas legales los siguientes: terrenos en que nazcan las aguas, fuentes y manantiales mientras no se alumbren y dividan, galerías, pozos, maquinaria, estanques, canales de distribución y cualesquiera otros bienes parecidos, destinados al mejor aprovechamiento de dichas aguas por todos los partícipes. Elementos que se declaran indivisibles y de uso común. Y con esta especial peculiaridad han de ser detallados, tanto en la escritura como en la inscripción que aquélla origine en el Registro de la Propiedad.

4.º *Inscripciones comunitarias*

La competencia territorial en orden a la inscripción registral corresponde al Registro en cuyo lugar nazcan o se alumbren las aguas privadas o su parte principal; pero tanto si éstas radicareen en territorio de dos o más Registros como si concurriera esta circunstancia respecto a los elementos accesorios de galerías, estanques, etc., la inscripción en los otros Registros no se realizará en la forma determinada en el artículo 2.º del Reglamento, sino mediante inscripciones de referencia similares a las previstas para las concesiones administrativas.

Puede ocurrir, y de hecho ocurrirá, que las fincas sobre las que surja el nacimiento de agua, o las que se ocupen con los pozos, estanques, canales, etc., aparezcan inscritas con independencia en el Registro en que se inscriban estos nacimientos de aguas, e incluso en varios Registros. En estos casos, entendemos que procederá agrupar estas fincas en una sola comunidad orgánica de explotación, sean cualquiera los Registros a que correspondan, y una vez inscrita esta especial comunidad sobre las aguas cancelar por nota marginal las inscripciones antiguas de cada una de las fincas formantes, con indicación de dónde está inscrita la nueva finca formada por la agrupación. Aunque esta solución parece un poco forzada cuando las fincas correspondan a distintos distritos hipotecarios, entendemos que no puede adoptarse otra solución, dado el criterio reglamentario de una sola inscripción principal y de inscripciones de referencia en las otras secciones, Ayuntamientos o Registros en que están demarcados parte de los componentes de la nueva finca.

En cuanto al contenido de la inscripción principal, se dice virtualmente en forma idéntica por ambas normas legales que además de las circunstancias generales de toda inscripción que puedan serle aplicables se expresará: El volumen del caudal de aguas y circunstancias de los demás elementos inmobiliarios indivisibles y de uso común, accesorias de éste, señalando como tales por vía de ejemplo las galerías, pozos, estanques, maquinaria, canales y arquillas de distribución, consignándose también el número de participaciones o fracciones en que se divide dicho caudal, las cuales entendemos que constituirán las participaciones indivisibles atribuidas a las titulares, bien individualmente o bien por serlo de las tierras a las que aquélla vayan anejas; los datos necesarios para identificar la entidad; los principios básicos de organización y régimen, así como aquellos pactos que modifiquen el ejercicio o contenido de los derechos reales a que la inscripción se refiere, o sea, los estatutos de esta comunidad, cuyo contenido deberá ser, como mínimo, los que a tal efecto señala el artículo 6.º de la Ley citada, y asimismo, y si el agua

estuviera adscrita a fincas determinadas, deberán de reseñarse éstas en forma suficiente para su identificación real y registral.

En ese mismo folio en que se haya practicado la inscripción principal se practicarán todas las demás inscripciones que originen los actos y contratos que afecten al patrimonio de la comunidad en su totalidad, o a esta misma, como, por ejemplo, nuevos pozos o galerías, instalación de maquinaria, etc., así como las alteraciones que se realicen en el régimen u organización de la comunidad, o sea en sus Estatutos. A cuyo efecto hay que tener en cuenta que teniendo la asociación una personalidad distinta a la de sus miembros componentes, tendrá la capacidad jurídica que se determina por el párrafo 1.º del artículo 38 del Código Civil (art. 7 de la Ley Hipotecaria, en Canarias).

5.º *Inscripciones individuales*

La cuota de cada partícipe o comunero constituye, en principio, una finca independiente, que no obstante podrá permanecer estática dentro de la inscripción comunal, mientras no se transmita o no se constituya sobre ella un derecho real.

Por tanto, cada comunero podrá inscribir voluntariamente y como finca independiente la cuota que le corresponde en esa copropiedad, y necesariamente en el caso de que la enajene o la grave como un derecho real; inscripciones estas que reflejarán la peculiar descripción de esta finca, que está constituida por la descripción de la cuota en el agua que le haya sido atribuida al partícipe, así como en los elementos de uso común, precisando el turno, tanda, hora, etc., así como el nombre propio de la entidad del heredamiento, dula, acequia, etc., y remitiéndose en los demás a la inscripción comunitaria, que así será complemento de cada una de estas individuales. En ese instante de inscribirse con independencia la cuota, se hará constar ello por nota marginal en la inscripción comunitaria, expresando dónde lo haya sido y a cuál de todas las que consten en aquella inscripción corresponde la ahora segregada.

Pero cabe también el que las cuotas individuales, separándose de la inscripción comunitaria, no por ello adquieran la individualidad que supone su inscripción en folio independiente, sino que adscribiéndose a fincas determinadas, o sea a aquellas a las que vayan a regar, se inscriban en el folio de ésta, como derecho inherente en ellas, y con las demás circunstancias que antes hemos expresado para la inscripción separada, además de la especial de adscripción de la cuota a la finca, cuyos historiales irán en lo sucesivo unidos hasta que no se efectúe alguna segregación de uno u otro de ambos elementos. En este caso,

como en el anterior, se consignará idéntica nota al margen de la inscripción comunitaria.

Realizadas estas segregaciones, el historial jurídico de cada participación estará formado por el que resulte de dos folios registrales distintos: En primer lugar el folio de la finca de que se trate, o en su caso de aquella a la que estuviese unida la cuota, donde constarán las incidencias jurídicas peculiares de la cuota en sí. Y en segundo lugar el folio general abierto al heredamiento de aguas comunitarias, el cual no quedó anquilosado con la primera inscripción, sino que recogerá en lo sucesivo todo lo que haga referencia a la finca en su totalidad, como, por ejemplo, nuevas fincas que se agreguen a aquélla para la realización de obras de nuevas captaciones, canales, etc., las alteraciones que se realicen en los estatutos, el cambio de adscripción de una cuota comunitaria a otra finca distinta de la que figurase en la inscripción primordial, si así se llevase a efecto y estuviese permitido en los estatutos y, finalmente, la extinción de esta propiedad especial, cuando ello fuere posible legal y estatutariamente.

El Registro en que habrán de realizarse estas inscripciones separadas será el mismo en que conste la inscripción principal, cuando se trate de inscribir las cuotas como fincas independientes. Ahora bien, cuando la cuota se adscriba a la finca que va a utilizarla a los efectos de su riesgo, es evidente que habrá de serlo en la sección o Ayuntamiento en que conste abierto el folio de ella, que podrá serlo otro distinto a aquél en que conste la inscripción de referencia a ella. En este caso, y dado que en el folio principal de la inscripción comunitaria es donde habrá de consignarse todas las notas marginales expresivas de estas especiales segregaciones, entendemos que el Registrador que practique la inscripción en el folio de la finca a la que se adscriba la cuota, deberá oficiar al Registro en que conste el folio registral del heredamiento, para que en éste pueda consignarse la oportuna nota marginal de referencia, cuya constancia es obligada en todo caso, y la que no habría seguridad de que se cumpliera si se actuare de otra forma.

LAS COMUNIDADES DE AGUAS

Con desordenada sistemática en la regulación jurídica anterior a la vigente Ley de Aguas, ésta les ha dedicado un capítulo, aparte de reconocer con reiteración la importancia de las normas consuetudinarias en esta materia, a las que confiere rango de norma legal en algunos preceptos.

Iniciando esta exposición con el problema de la denominación, es de

observar que a todas las comunidades en materia de aprovechamientos de aguas públicas se las denomina genéricamente en esta Ley como comunidades de usuarios, si bien con la adjetivación oportuna para caracterizar el destino del aprovechamiento colectivo (art. 73, 1, de la Ley de Aguas). Excepcionalmente, y según dice el artículo 73 de la Ley, «cuando el destino de las aguas fuese principalmente el riego, se denominarán Comunidades de Regantes». Pero este detallismo no ha sido llevado a su última y ya consagrada conclusión. Al término Comunidad de Regantes se le añadirá la especificación necesaria para individualizarla, como, por ejemplo: Comunidad de Regantes de la Acequia Gorda del Genil. Especificación que no sólo no se opone a ninguna norma de la Ley, sino que, antes al contrario, continúa la idea especificadora de ella.

Su constitución es obligada para los usuarios «de una misma toma o concesión» (art. 73, 1, de la Ley de Aguas), salvo «cuando el número de partícipes sea reducido» o las características del aprovechamiento lo aconsejen, en los que «el régimen de comunidad podrá ser sustituido por el que se establezca en convenios especiales que deberán ser aprobados por el organismo de cuenca (art. 73, 5, de la Ley de Aguas); convenios de riesgos, cuyo modelo informador, pese a haber dejado de ser obligatorio, podrá ser el apartado 3.2 de la Orden de 13 de febrero de 1968. Si en la constitución de la comunidad no se convinieren sus ordenanzas, «vendrán obligadas a presentarlas para su aprobación en el plazo que reglamentariamente se establezcan», cuyo incumplimiento originará que se establezcan coactivamente por el organismo de cuenca, «previo dictamen del Consejo de Estado» (art. 74, 4, de la Ley de Aguas).

Esta obligatoriedad de constitución se refuerza en los artículos 79 y 80 de esta Ley de Aguas, que permite imponerla incluso para usuarios que no lo son de una misma toma o concesión.

La personalidad jurídica de estas comunidades es evidente. El artículo 35 del Código Civil expresa: «Son personas jurídicas». «las corporaciones... de interés público reconocidas por la Ley. Su personalidad empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a Derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas». Y el 74, 1, de la Ley de Aguas establece: «Las comunidades de usuarios tienen el carácter de corporaciones de Derecho público».

Conjunción de preceptos que, interpretados en su sentido literal, pues los términos son claros y no dejan dudas sobre la intención del legislador, han de llevarnos a aquella conclusión. Idea que campea en casi todo el articulado de esta Ley, en los que, por ejemplo, se habla

de «concesiones otorgadas a las comunidades de usuarios» (art. 59, 4, de la Ley de Aguas), frase que se basa indudablemente en la idea de la personalización de estas comunidades. Asimismo, se atribuye a esta persona jurídica la posibilidad de ser beneficiaria de expropiaciones forzosas y del derecho a la imposición de las servidumbres necesarias para el cumplimiento de sus fines (art. 75, 2, de la Ley de Aguas).

Lo dicho no impide, a nuestro juicio, considerar que aún está vigente la doctrina de la Sentencia de 2 de junio de 1941, en la que, determinando la necesidad de cumplirse los requisitos legales para que nazca a la vida del Derecho estas comunidades, expresaba que desde el momento en que haya acuerdo de la mayoría de usuarios en la comunidad voluntaria, se produce una situación interna de hecho, que trasciende a la esfera del Derecho, entre la comunidad naciente y sus miembros, en cuanto éstos vienen obligados a cumplir lo convenido en los actos preparatorios o encaminados a la formación definitiva de aquélla.

Estas comunidades se rigen fundamentalmente por sus estatutos u ordenanzas, que se aprobarán necesariamente, pues para denegarlas por el organismo requerirá éste un dictamen previo del Consejo de Estado (artículo 73 de la Ley de Aguas). No obstante esa aparente libertad de configuración de las normas reguladoras de la vida de estos entes, la Ley de Aguas recoge una serie de supuestos de obligada consignación en los estatutos y ordenanzas. Como pasamos a exponer.

En ellas existirán una junta general o asamblea, una junta de gobierno y uno o varios jurados (art. 76, 1, de la Ley de Aguas).

A la junta general, constituida por todos los usuarios de la comunidad, y que es el órgano soberano de ella, le corresponderán todas las facultades no atribuidas específicamente a algún otro órgano (art. 76, 2, de la Ley de Aguas). Siendo ejecutivos los acuerdos adoptados dentro de esas facultades, en la forma y requisitos establecidos en la Ley de Procedimiento Administrativo, sin perjuicio de su posible impugnación en alzada ante el organismo de cuenca (art. 76, 5, de la Ley de Aguas).

Como órgano ejecutivo se configura a la junta de gobierno elegida por la junta general, la cual tendrá como facultades, aparte de otras que se les atribuyan en los estatutos u ordenanzas, las siguientes:

1.º Vigilar y gestionar los intereses de la comunidad, promover su desarrollo y defender sus derechos (art. 76, 4, de la Ley de Aguas); pero sin que al realizar esa facultad pueda entrar en cuestiones que se relacionen con la propiedad y derecho de un terreno (Sentencia de 1 de abril de 1882).

2.º Dictar las disposiciones convenientes para la mejor distribución

de las aguas, respetando los derechos adquiridos y las costumbres locales (art. 76, 4, de la Ley de Aguas).

3.º Someter a la aprobación de la junta la modificación de las ordenanzas o cualquier otra propuesta que estime oportuno (art. 76, 4, de la Ley de Aguas).

4.º Ejecutar, con cargo al usuario, los acuerdos incumplidos que supongan una obligación de hacer, cobrado el gasto por la vía de apremio (artículo 75, 1, de la Ley de Aguas).

5.º Realizar las obras que ordene la Administración para evitar el mal uso del agua o el deterioro del dominio público hidráulico (art. 75, 2, de la Ley de Aguas).

6.º Ejecutar por la vía de apremio las deudas de los usuarios a la comunidad por gastos de conservación, limpieza y mejoras, así como cualquier otra motivada por la Administración y distribución de las aguas, cuyas deudas gravarán la finca a cuyo favor se realizaron, aun cuando ésta cambie de dueño (art. 77, 4, de la Ley de Aguas).

7.º Ejecutar las multas e indemnizaciones impuestas por los tribunales o jurados de riego (art. 75, 4, de la Ley de Aguas).

Esta facultad de utilizar la vía administrativa de apremio le fue concedida a las comunidades de regantes desde muy antiguo, pues ya la Real Orden de 9 de abril de 1872 le reconoció expresamente que pudiera utilizar el procedimiento de ejecución establecido para el cobro de los débitos por contribuciones, en la Instrucción de 3 de diciembre de 1869. En la actualidad está regida esa facultad, que, como vemos, se reconoce en la actual Ley de Aguas, por el Reglamento de Recaudación de 14 de noviembre de 1968, la Instrucción de 24 de julio de 1969 y la Orden de 28 de febrero de 1974.

Conforme a esas normas, se concede la utilización de la vía de apremio por débitos no tributarios a estas entidades, regulándose incluso la posible coexistencia de procedimientos de apremio de estos entes y del Estado (arts. 173 y 174 del Reglamento de Recaudación y regla 115 de la Instrucción). Se concede expresamente a las comunidades de regantes el que puedan designar agentes especiales, cuyo nombramiento comunicarán a la Dirección General del Tesoro, o el solicitar de esa Dirección autorización para que se realice la recaudación por los órganos ejecutivos de Hacienda (Orden de 28 de febrero de 1974).

Finalmente, para estos entes, y como parte de ellos, se configura un órgano jurisdiccional, que son los denominados jurados o tribunales de aguas, de arraigo en muchas regiones españolas. Arraigo que ha motivado incluso el que esta Ley precise que en esas regiones españolas con-

tinuarán los mismos tribunales o jurados con su organización tradicional (art. 77 de la Ley de Aguas).

Las facultades de estos jurados serán, según esta Ley, las de conocer en las cuestiones de hecho que se susciten entre los usuarios de la comunidad en el ámbito de las ordenanzas e imponer a los infractores las sanciones reglamentarias, así como fijar las indemnizaciones que deban satisfacer a los perjudicados y las obligaciones de hacer que puedan derivarse de la infracción (art. 76, 6, de la Ley de Aguas). Y esa concreción de funciones hace que conserve actualidad el Real Decreto Circular de 7 de mayo de 1901, expresivo de que los sindicatos y jurados de riegos no tienen atribuciones sobre las personas extrañas a la comunidad de regantes, y en el caso de que éstas cometan alguna de las faltas consignadas en sus ordenanzas, la comunidad deberá denunciarlas al tribunal competente.

APROVECHAMIENTO DE AGUAS PUBLICAS

Estos aprovechamientos son muy variados. Incluso separando los referentes a las aguas marítimas o a las aguas mineromedicinales, aún puede realizarse un larga enumeración de los que son posibles.

Limitándonos ahora a las concesiones de aprovechamientos de aguas públicas para riesgos, en ellos hemos de subdistinguir tres grupos: aprovechamientos individuales accesorios de la finca que va a regar, aprovechamiento individual con fines de lucro y aprovechamiento colectivo por una comunidad de regantes. De todos ellos pasamos a tratar, no sin antes determinar una serie de requisitos que son comunes a todos.

A) REQUISITOS COMUNES

La cuestión inicial y básica de esta materia es la de que el derecho al uso privativo, sea o no consuntivo del dominio público hidráulico, se adquiere por disposición legal o por concesión administrativa, pero sin que nunca pueda adquirirse ese uso por prescripción (art. 50 de la Ley de Aguas). Por excepción y en forma temporal, será aún posible en ciertos casos ese modo de adquirir ahora prohibido, como diremos en pregunta posterior.

La siguiente cuestión radica en quién está facultado para otorgar esas autorizaciones. Para ello distingue la Ley dos situaciones: cuencas hidrográficas comprendidas íntegramente dentro del territorio de una Comunidad Autónoma y aquellas otras que excedan del ámbito territorial de una sola Comunidad Autónoma. En el primer caso, y si la Comunidad

Autónoma ejerciese, según los Estatutos de ella, competencia sobre el dominio público hidráulico, serán éstas las otorgantes de aquel título, siéndolo el Estado en los demás caso (arts. 15, *d*), y 16, 1, de la Ley de Aguas).

El tercer requisito, y fuera del caso de que el uso del agua se adquiriera por disposición legal, será necesaria la obtención de la concesión administrativa al efecto. La Ley de Aguas es tajante en ese extremo: «Todo uso privativo de las aguas no incluido» entre los determinados como de propiedad privada por el artículo 52 «requiere concesión administrativa» (art. 57, 1, de la Ley de Aguas).

Esta concesión, que se otorgará con carácter temporal y por un plazo que no excederá de setenta y cinco años (art. 57, 4, de la Ley de Aguas), cuando lo sea de aguas para riegos sólo podrá realizarse en favor de titulares de las tierras a las que vaya a regar el agua, salvo que se trate de los aprovechamientos individuales con fines de lucro o concesiones otorgadas a las comunidades de regantes (art. 59, 4, de la Ley de Aguas), pero sin que tampoco en este último caso se prescinda en definitiva de esa exigencia, pues los formantes de la comunidad serán sólo los titulares de las tierras que las usen...

Su otorgamiento lleva consigo ineludiblemente la adscripción del agua a los usos indicados en el título concesional, sin que pueda aplicarse a otros usos, ni a terrenos diferentes si se tratare de riegos (art. 59, 2, de la Ley de Aguas).

El último de los requisitos comunes es el de la registración de la concesión en el correspondiente Registro de Aguas, lo cual se llevará a efecto de oficio (art. 72, 1, de la Ley de Aguas).

Con esta registración se ultima la actuación administrativa en orden a las concesiones de aprovechamientos de aguas públicas. Con ella se origina un asiento, del que podrá obtenerse una certificación (art. 72, 2, de la Ley de Aguas), que será el medio de prueba de la existencia y situación de la concesión (art. 72, 4, de la Ley de Aguas). Certificación que es de presentación ineludible para la inmatriculación de las concesiones de aguas en el Registro de la Propiedad, como después veremos, y el cual implicará el cumplimiento de todos los requisitos comunes antes indicados, con lo que quedará exento el Registrador de su calificación, a la vez que dicho certificado contendrá las tres circunstancias que completarán la descripción registral de las aguas, cuales son su destino, adscripción y duración.

B) APROVECHAMIENTOS INDIVIDUALES ACCESORIOS DE LA FINCA QUE VA A UTILIZARLA

Si el propietario o copropietario de la finca que va a ser regada, o de aquella en que se encuentra la industria para cuya explotación va a ser aprovechado el salto de agua, pretendiese inscribir en el Registro su derecho al aprovechamiento de aguas públicas, las operaciones registrales y los documentos necesarios para ellas serán los que luego diremos, pero teniéndose en cuenta en todo caso el principio general establecido en el artículo 47 de la Ley de Aguas, modificativo en parte del párrafo final del artículo 408 del Código Civil, de que «en toda acequia o acueducto, el cauce, los cajeros y las márgenes serán considerados como parte integrante de la heredad o edificio a que vayan destinadas las aguas». Estas operaciones serán:

1.º Presentación de los documentos que diremos en el Registro de la Propiedad a que corresponda la finca que va a beneficiarse de las aguas.

2.º Que en el mismo esté inscrita la finca que ha de beneficiarse con aquéllas, bien a nombre del concesionario o bien al de algún causahabiente de él, siempre que del folio registral resulte que el concesionario tuvo la titularidad de la finca, o si ésta fue inmatriculada posteriormente se justifique civilmente que fue causahabiente del actual titular.

3.º El certificado de la inscripción en el Registro de Aguas, en el que constarán los requisitos que hemos enumerado como comunes en el apartado anterior, pues si bien el párrafo 1.º del artículo 64 del Reglamento Hipotecario indica que se presente el documento-título de la concesión y el que acredite la inscripción en el Registro de Aguas, ello ha sido modificado por la Ley de Aguas, que en su artículo 72, 4, dispone: «La inscripción registral será medio de prueba de la existencia y situación de la concesión». lo cual involucra, no ya que existió una concesión, sino que ella está aún vigente, así como la situación en que se encuentra. La publicidad extrarregistral de esa inscripción sólo es posible a través de la certificación determinada en ese precepto (artículo 72, 2, de la Ley de Aguas).

Su falta, y según el párrafo 2.º del citado artículo 64 del Reglamento Hipotecario, originará una anotación por defecto subsanable.

4.º Siendo esta concesión accesoria o pertenencia de la finca a la que va a regar, a la cual se adscribe (art. 59, 2, de la Ley de Aguas), su inmatriculación se realizará en el folio en que conste inscrita la finca

que va a ser regada, como dice el número 6.º del artículo 44 del Reglamento Hipotecario.

5.º La concesión en sí misma no sería viable en muchos casos. Por ello, el artículo 46 de la Ley de Aguas faculta a los organismos de cuenca para imponer la servidumbre forzosa de acueducto, si así lo exigiera el aprovechamiento del recurso (o el de la concesión de evacuación de aguas), y en el mismo supuesto las de estribo de presa, parada o partidior, siendo el predio dominante de ellas el que vaya a utilizar las aguas, en el que así se harán constar esas servidumbres, además de inscribirse en el predio sirviente (art. 13 de la Ley Hipotecaria).

Estas servidumbres que forman parte de la finca regada, juntamente con el cauce, los cajeros y las márgenes del acueducto, si se tratare de ésta (art. 47 de la Ley de Aguas), se recogerán en el folio del predio dominante y como cualidad de él, aparte, repetimos, de su inscripción en el predio o predios sirvientes.

Puede ocurrir que el que podía ser predio sirviente en esas servidumbres fuere también propio del dueño de la finca a regar, con lo que no existiría predio ajeno que fuere el sirviente en la servidumbre. Pero si ello es así, la necesaria adscripción de la parte de finca que sería en otro caso predio sirviente, a la que va a utilizar el agua, ha de realizarse por otro medio jurídico, el cual no puede ser otro que las segregaciones de las porciones ocupadas por el acueducto, estribo de presa, etc., y la agregación —no agrupación— de ellas a la finca que va a ser regada.

También puede resultar en este supuesto que los elementos accesorios formados por el acueducto, estribo de presa, etc., pertenecientes en propiedad al titular de la finca regada, radiquen en territorios de dos o más términos municipales, con lo que al realizar la agrupación formaremos una finca radicante en varios términos municipales, a las cuales se refiere el párrafo 2.º del artículo 2.º del Reglamento Hipotecario. Pese a ello, no creemos que deban aplicársele las normas propias de estas fincas, pues predominando en ese supuesto la idea de la concesión administrativa, en los folios de las fincas radicantes en los otros Ayuntamientos, cuyas fincas se dedican a esta finalidad accesoria a la concesión, de utilización por ella del agua, como es el acueducto, lo procedente es practicar una inscripción de referencia al folio y asientos de la finca principal y no una inscripción normal de finca radicante en varios términos municipales (art. 61 del Reglamento Hipotecario).

Lo dicho no obsta a que no sea obstáculo que impida la inscripción el no describir el curso de las aguas y los terrenos que ocupe el cauce, salvo que se configure una servidumbre sobre fincas ajenas (Resolución

de 3 de junio de 1870), ni a que pueda exigirse la formación de una unidad orgánica de explotación, cuando estando inscrita la concesión se solicite con posterioridad la de los edificios y obras destinadas a la explotación de aquélla (Resolución de 14 de agosto de 1935).

6.º Para la inscripción de esas concesiones, pese a que el párrafo 1.º del artículo 64 del Reglamento Hipotecario se remita al artículo 31 del mismo, no es éste, sino los artículos 60 y 61 de aquél los que han de tenerse en cuenta.

El artículo 31 es de orden general. Determina los asientos posibles en las concesiones administrativas, y para ello lo aplicaremos en su caso. Para la inscripción en el Registro de la Propiedad de la inmatriculación de esta concesión administrativa, son aplicables los artículos 60 y 61, como revela su simple lectura. Pero aún éstos tienen un contenido general, el cual creemos que debe ser completado con algunos datos de los que se indica el párrafo 3.º del artículo 64 del Reglamento, precepto ya más concreto para estas concesiones, cuando ellas lo sean a favor de una comunidad de regantes. De todos éstos, así como de los generales de la legislación hipotecaria, podríamos señalar como datos a reflejarse en el asiento:

a) Descripción de la finca a la que están adscritas las aguas para concordarla con la registral y expresar la identidad entre ambas o expresar las rectificaciones de descripción, siempre que no lleguen a configurar el que las fincas son distintas. Dato que debe constar en la certificación literal de la inscripción en el Registro de Aguas.

b) Servidumbres que hayan podido originarse a estos efectos, las cuales resultarán, bien de escritura con esa finalidad o bien de testimonio del acuerdo del organismo de cuenca que las haya impuesto, así como la circunstancia de las notificaciones al dueño del predio sirviente, las cuales constarán en el expediente de constitución de la servidumbre (art. 46 de la Ley de Aguas).

c) Los datos, cuantía y punto de toma del aprovechamiento.

d) Uso del agua concedida.

e) Plazo de duración de la concesión.

f) Condiciones peculiares que se hallan impuesto para ella.

C) APROVECHAMIENTO INDIVIDUAL CON FINES DE LUCRO

Prevé esta clase de aprovechamientos de aguas públicas el artículo 60 de la Ley de Aguas, exigiendo para esta concesión el que se indiquen por el peticionario las tarifas máximas y mínimas de riego que de-

ban pagar las tierras que hayan de regarse, la cual, y según dice la misma norma legal, sólo podrá otorgarse por un plazo de máximo de setenta y cinco años (art. 57 de la Ley de Aguas), transcurridos los cuales se podrá convertir en concesión a favor de los que han usado del agua mediante el pago de la tarifa al concesionario, los cuales se subrogarán en todos los elementos y derechos integrantes de ella (art. 51 de la Ley de Aguas).

Es característica de esta concesión el que no pueda ser accesoria de finca alguna, por tener carácter personal, originando en el Registro una inmatriculación, con apertura de folio registral, como todas las concesiones administrativas principales.

En segundo lugar, por esa misma causa, además de por la similitud de las otorgadas a las comunidades de regantes de que luego hablaremos, la competencia registral en orden a su inscripción no corresponde al Registro de la Propiedad en que radiquen las fincas que puedan utilizar las aguas, sino aquel «a que corresponda la toma del agua en el cauce público», como indica el párrafo 3.º del artículo 64 del Reglamento que comentamos.

Parece innecesario advertir que en este caso, y además de los requisitos que han de constar en toda inscripción de aprovechamientos de aguas públicas, será indispensable consignar la tarifa o canon que se le autorice a percibir al concesionario, con las demás circunstancias especiales que en cuanto a esta cesión del agua por precio puedan constar en el título de la concesión y las cuales deben de constar en su inscripción, como es regla general para todas las concesiones administrativas.

D) APROVECHAMIENTO COLECTIVO POR UNA COMUNIDAD DE REGANTES

Es peculiaridad de estos aprovechamientos, especialmente respecto a los del apartado B) que antes expusimos, la de que no son accesorios de fincas determinadas, así como el que su titular no es una comunidad en sentido civil, sino un ente que oscila entre las cualidades de público y privado, pues según la Ley de Aguas (art. 74) tiene el carácter de corporación de Derecho público. Como hemos expuesto con más detalle en la anterior pregunta dedicada a las comunidades de aguas.

El aprovechamiento de aguas públicas por una comunidad de regantes, al no ser accesorio de las fincas a las que va o a las que puede regar, sino al constituir una concesión administrativa principal, tendrá su reflejo registral mediante una anotación o inscripción que abrirá

folio independiente, conforme al número 6.º del artículo 44 del Reglamento Hipotecario, con las consecuencias que de ello se derivan.

Pero aparte de esas peculiaridades, se señalan otras por los párrafos 3.º y 4.º del artículo 64 del Reglamento, que, como venimos haciendo, expondremos separadamente:

1.ª La competencia registral se determina por el lugar «a que corresponda la toma de aguas en cauce público», y no por la de la situación de las fincas que rieguen.

2.ª En los asientos que se practiquen, y además de las circunstancias generales de todas las inscripciones de aprovechamiento de aguas públicas, se hará constar lo que se refiera a las normas referentes a la regulación interna de la utilización del agua, especialmente las tandas, turnos y horas en que se divida el agua entre la comunidad, debiendo tenerse en cuenta que todo esto requiere un acuerdo comunitario, el que generalmente irá reflejado en los oportunos artículos de las ordenanzas o bien un acuerdo al efecto de la junta.

3.ª En la misma inscripción o en otra posterior se harán constar las obras realizadas para la toma de las aguas, así como las que también se hayan realizado para su conducción y distribución, tanto principales como accesorias. Y además, como es lógico, las posibles servidumbres a las que nos hemos referido en el apartado B) antes citado.

4.ª En inscripción independiente, pero dentro del mismo folio que se haya abierto para esta concesión, se consignarán los derechos o cuotas de los distintos partícipes en el caudal del agua, siendo título al efecto la certificación expedida por el presidente de la junta de la comunidad de regantes (Real Orden de 30 de junio de 1868, no derogada expresamente por la actual Ley de Aguas, legitimada notarialmente su firma, o ratificada ante el Registrador, si este funcionario lo conoce, en el sentido de este término en el orden notarial, y cuya certificación se habrá librado en relación con los antecedentes que obren en la comunidad.

5.ª Si las fincas que disfrutasen del riego estuviesen inscritas, o en otro caso, sólo respecto a las que lo estén, y en la certificación a que se refiere el número anterior constase la descripción de ellas en forma bastante para que puedan ser identificadas en el Registro, en los folios correspondientes a cada una de ellas se hará constar por nota marginal el derecho a la cuota de agua que le corresponda, la cual constará en la relación a que se refiere el número anterior. Pero si los documentos que originaron la inscripción genérica de las cuotas en el folio de la concesión no reunieren los requisitos para extender estas notas margi-

nales, podrá realizarse ello en virtud de certificaciones concretas al efecto, dadas en la forma y con los requisitos que antes expresamos.

6.^a Aunque no refiriéndose a estos asientos, sino a actuaciones posteriores de la vida de la comunidad de regantes, conviene tener en cuenta que los sindicatos, jurados de riego, etc., no tienen atribuciones sobre las personas extrañas a la comunidad de regantes (Real Decreto C. de 7 de mayo de 1901), pero si respecto de éstos, incluso en orden a utilizar contra ellos el procedimiento ejecutivo regulado para la Hacienda (Resolución de 12 de junio de 1896).

ACTA NOTARIAL ACREDITATIVA DE ADQUISICION DE AGUAS PUBLICAS POR PRESCRIPCION

Estas especiales actas, tan extendidas en la práctica jurídica, han desaparecido hoy, salvo la situación transitoria que veremos.

Su desaparición resulta de que estando ellas previstas sólo para acreditar el que un aprovechamiento de aguas públicas había sido adquirido por prescripción, carecen ya de contenido al haberse prohibido esta forma de adquirir los aprovechamientos de aguas públicas. El artículo 50, 2, de la Ley de Aguas dice al efecto: «No podrá adquirirse por prescripción el derecho al uso privativo del dominio público hidráulico».

No obstante esa situación, se permiten las mismas con carácter transitorio, al decirse en la disposición transitoria primera, 2, de la vigente Ley de Aguas:

«Podrán legalizarse, mediante inscripción en el Registro de Aguas, aquellos aprovechamientos de aguas definidas como públicas, según la normativa anterior, si sus titulares acreditaran por acta de notoriedad, de conformidad con los requisitos de la legislación notarial e hipotecaria y en el plazo de tres años, contados a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, el derecho a la utilización del recurso en los mismos términos en que se hubiera venido disfrutando el aprovechamiento durante veinte años. Las actas de notoriedad que se tramiten durante el citado período de tres años, gozarán de la exención total en el pago del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y de Actos Jurídicos Documentados, así como los de cualquier tasa, canon y arbitrio que en otro caso hubieran de abonar. El derecho a la utilización del recurso se prolongará por un plazo de setenta y cinco años, contados desde la entrada en vigor de esta Ley, sin perjuicio de que la Administración ajuste el caudal del aprovechamiento a las necesidades reales».

A la vista de ello, y aun cuando sea con carácter transitorio, continúa teniendo aplicación el artículo 65 del Reglamento Hipotecario, si bien teniéndose en cuenta que a la concesión así adquirida se le da un plazo específico de duración que habrá de recogerse en el asiento, y que algunas dudas y omisiones que se percibían en ese precepto están hoy resueltas en la nueva Ley de Aguas, la cual lo complementará en esos aspectos. Aparte de ello, y en el aspecto formal, servirán también como complementarios los artículos 209 y 210 del Reglamento Notarial.

Su exposición la realizamos agrupando sus distintas normas y cuestiones en apartados separados, que permitirán un mejor estudio de todas ellas, incluyendo jurisprudencia que, por afectar a uno u otro de los dos títulos que antes eran posibles para reflejar la prescripción, es indiferente el que la decisión haya sido dada en atención a un acta notarial o a una sentencia, ambas en orden a la adquisición de aprovechamientos de aguas públicas por prescripción.

A) NOTARIO COMPETENTE

Siendo necesario en estas actas, como después veremos, una actuación del Notario en los lugares donde se toma el agua del cauce público y donde se realiza el aprovechamiento, si ambos puntos radican en lugar correspondiente a un solo distrito y residencia notarial, no existe cuestión. A él le compete en todo caso la autorización del acta, dado que esta competencia la fija la regla 1.^a del artículo 65 del Reglamento Hipotecario con un carácter territorial.

Bien entendido que si en aquella localidad existieren demarcadas más de una Notaría, el requirente del acta determinará cuál sea el Notario que deba autorizarla, aunque aquél requirente sea una comunidad de regantes constituida o en formación, y salvo siempre que, en atención a la cualidad de la persona que la inste, proceda el turno del documento conforme a lo dispuesto en el artículo 126 del Reglamento Notarial.

El problema de la competencia surge cuando esos lugares radiquen en varios términos municipales, en los que o bien residan distintos Notarios o bien corresponda a distintos distritos notariales incluso pertenecientes a Colegios Notariales también distintos.

La cuestión no está tratada ni por la legislación notarial ni por la hipotecaria, pese a que las recientes reformas de una y otra se han producido cuando por la importancia que han adquirido los regadíos son bastante frecuentes estas actas de aguas.

La regla 1.^a del artículo 65 del Reglamento Hipotecario considera

que «será Notario hábil para 'autorizar el acta' el que lo sea para actuar en el lugar donde exista el aprovechamiento». Es así el lugar donde se utilizan las aguas el determinante de la competencia notarial e incluso de la registral, pues, a mayor abundamiento, la prescripción que se pretende justificar se ha realizado por el uso de ellas, y éste sólo tiene lugar donde se utilicen para el riego o en donde se produzca el aprovechamiento hidráulico. Por excepción, si el aprovechamiento fuere colectivo a favor de una comunidad de regantes, el párrafo 3.º del artículo 64 del Reglamento Hipotecario altera la competencia registral, atribuyéndola al Registro «a que corresponda la toma de aguas en cauce público» y no al que corresponda el lugar del aprovechamiento, y dada la íntima concatenación entre las competencias notariales y registrales en este extremo, esa excepción en esta última ha de aplicarse también a la notarial.

Determinada así la competencia, es necesario dilucidar si el Notario a quien corresponda puede actuar en el territorio de otro, sea el mismo o distinto el distrito notarial, al realizar la inspección personal del cauce y lugar de la toma, en los casos generales o del lugar del aprovechamiento en el supuesto de excepción, o si ha de encargar esa actuación al Notario a quien corresponda, uniendo al acta la copia de la autorizada por aquél en ese extremo concreto. Entendemos que la simple lectura de la regla 3.ª del artículo 65 del Reglamento Hipotecario, que concibe a esta acta como unitaria y especialmente en cuanto a todo lo referente a la inspección personal del Notario, nos debe llevar a la conclusión de que estamos ante una habilitación legal del Notario para realizar esta actuación concreta en lugares en los que legalmente no podría actuar, aplicando con ello principios del procedimiento criminal, en el que se autoriza a que, en ciertos casos, un Juez actúe en territorio de otro, si bien comunicándole por cortesía que lo ha hecho.

B) LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA INSTAR EL ACTA

La regla 2.ª del artículo que venimos comentando establece con norma de contenido muy laxo que «el requerimiento para la autorización del acta se hará al Notario por persona que demuestre interés en el hecho que se trate de acreditar y que asevere bajo juramento la certeza del hecho mismo, so pena de falsedad en documento público». Normación que es casi idéntica a la dada con carácter general para las actas de notoriedad por el número 1.º del artículo 209 del Reglamento Notarial, lo cual nos obligará a acudir a la jurisprudencia o a otros preceptos para resolver los problemas que se presentan en este orden.

Si el aprovechamiento es individual, ha de estarse al artículo 59, 4, de la Ley de Aguas, expresivo de que «cuando el destino de las aguas fuese el riego, el titular de la concesión deberá serlo también de las tierras a las que el agua vaya destinada, sin perjuicio de las concesiones otorgadas a las comunidades de usuarios» y las que se otorguen a particulares con fines de lucro.

En los aprovechamientos colectivos todos los que riegan con esas aguas tienen «interés» en que se acredite su adquisición por prescripción, pero sin que baste «sólo» ese interés evidente para que puedan requerir la actuación notarial.

Ha dicho la jurisprudencia que no es válida el acta autorizada en cuanto a una de las cuotas en el aprovechamiento de aguas derivado por una comunidad de regantes, pues aparte de ello estaría en pugna con los artículos 228 y 229 de la Ley de Aguas (la antigua), que regulan los aprovechamientos colectivos en una misma toma, de admitirse esa actuación individual se dejaría al arbitrio de uno de los regantes, con independencia de los demás, el que hiciese el cómputo del riego y la división del caudal (Resolución de 8 de noviembre de 1955).

Siendo, pues, un aprovechamiento colectivo, pese al interés que en su legalización tengan todos los que disfruten de él, hemos visto que no puede solicitarlo cada uno de los regantes para sí y respecto a su cuota. Debiendo determinar ahora si puede hacerlo en beneficio de todos o si se requiere el concurso de todos los regantes para solicitar la autorización del acta.

En los aprovechamientos colectivos es hoy necesario para todos ellos la constitución de una comunidad de regantes a favor de la cual se aprobará la adquisición del aprovechamiento por prescripción, y estas comunidades, que son cuerpos que ejercen funciones públicas en parte administrativas y en parte judiciales (Sentencia de 13 de mayo de 1887), son representadas por su presidente (Sentencia de 1 de abril de 1882). Las mismas, aunque para su actuación hayan de estar constituidas conforme a los modelos e instrucciones de la Real Orden de 25 de junio de 1884, pueden antes de ese instante actuar en los «expedientes de aguas» (Sentencia de 15 de marzo de 1933), y asimismo del contenido de los artículos 189 y 228 y siguientes de la Ley de Aguas (anterior) se deduce también implícitamente que la solicitud del aprovechamiento de las aguas públicas pueden instarse por la comunidad de regantes antes de tener constancia oficial.

Finalmente, el artículo 75, 4, de la Ley de Aguas determina que las deudas a la comunidad «gravarán la finca» a cuyo favor se realice, incluso concede a la comunidad el que para su cobro pueda utilizar la

vía administrativa de apremio, y teniendo esas consecuencias reales la concesión y por ende la solicitud de ella, por parte del conjunto de usuarios, no es posible concebir el que pueda constituirse este gravamen potencial de una finca por quien no tenga el dominio de ella, pues en otro caso se incidiría en el *nemo dat, quod non habet*.

La prescripción de que tratamos se adquiere por el uso de las aguas durante veinte años sin oposición de la autoridad o de tercero (artículo 149 de la L. A. antigua), cuya oposición será la que haya conseguido impedir la utilización y obtenido decisión judicial a ese efecto, y no aquella infundada que no obtuvo esa interrupción, legal o de hecho, del uso del agua. Pero si el requirente del acta ha de ser interesado en la prescripción, si por tratarse de aprovechamientos individuales a favor de fincas determinadas o de industrias también de esta clase, sólo hemos de calificar de interesado al que sea titular de un derecho sobre la cosa a cuyo favor se va a utilizar la prescripción, y si a la vez ha de prestar juramento de la certeza de ese uso, la legitimación activa para el requerimiento se mueve en círculos más limitados. Así hemos de considerar que la tiene el propietario de la cosa, aunque su dominio pueda estar afectado de una resolución de orden convencional o legal, como ocurriría con el fiduciario, el reservista, etc., el nudo propietario; el usufructuario, dado que su derecho lleva anejo el uso de todos los elementos integrantes de la finca y, por lo tanto, el de las aguas, y cualquiera de los comuneros, cuando la propiedad esté *pro indivisa*, pero, como es lógico, instándola a favor de la finca en su totalidad. o sea, de la comunidad, ya que como la base de la prescripción es el uso, éste ha tenido que realizarse con el consentimiento, expreso o tácito, de todos ellos, a mayor abundamiento, el artículo 1.933 del Código Civil así los dispone expresamente. Habiendo de indicarse que es obvio que cualquiera de los que hemos enumerado puede actuar bien por sí o bien mediante alguna de las formas de representación de las que en cada caso procedan.

Fuera de los antes indicados no vemos qué otras personas podrían tener ese interés que exige la legislación para practicar el requerimiento y que a la vez pudieran prestar el juramento antes indicado, pues si bien un acreedor hipotecario del usuario tendrá interés en legalizar el uso de las aguas en favor de la finca hipotecada, no concebimos que pueda prestar un juramento de la certeza de un hecho que él no ha realizado, y del que difícilmente tendrá otro conocimiento que el de vulgar noticia, por más exacta que ésta pueda ser.

De los requisitos expuestos para que el uso permita la adquisición dominical, ya se deduce que aquel uso ha de ser virtual o potencial-

mente permanente, no teniendo ese carácter ni pudiendo así basar una prescripción el eventual (Sentencia de 21 de enero de 1971), sin que se pueda calificar de eventual un uso por no poderse realizar durante los períodos en que carezca de agua el cauce, siendo así que se aprovechan cuando el agua existe (Resolución de 8 de octubre de 1984).

C) CIRCUNSTANCIA DE HECHO DEL ACTA

Se dedica a esta materia la regla 3.^a del referido artículo 65, conforme a la cual, iniciada el acta, el Notario, constituido en el sitio del aprovechamiento, consignará, en cuanto fuere posible, en la misma, según resulte de su apreciación directa, de las manifestaciones del requirente y de dos o más testigos vecinos y propietarios del término municipal a que corresponda el aprovechamiento, las circunstancias siguientes: Punto donde se verifica la toma de aguas y situación del mismo, cauce de donde se derivan éstas, volumen del agua aprovechable, horas y minutos y días en que, en su caso, se utilice el derecho, objeto o destino del aprovechamiento, altura del salto, si lo hubiere, y tiempo que el interesado llevare en posesión en concepto de dueño, determinando el día de su comienzo a ser posible.

Los testigos justificarán tener las cualidades expresadas en el párrafo anterior, presentando los documentos que lo acrediten, a menos que le constaren directamente al Notario, y serán responsables de los perjuicios que puedan causar con la inexactitud de sus manifestaciones.

Ahora bien, faltan en ella algunas circunstancias que se sobreentenden, y aún de las que en ella se indican, es necesario determinar cuáles son las esenciales y cuáles otras sólo se consignarán «en cuanto fuere posible», como dice textualmente el precepto.

Las circunstancias personales del requirente serán las normales de toda comparecencia en las escrituras públicas, como asimismo, si actuase en representación del interesado, será necesario también el que consten las circunstancias de éste en la forma ordinaria. No obstante hay que precisar que si la representación es voluntaria no bastará un poder al efecto para que se inicie la actuación notarial, pues dado que el apoderado tendrá que aseverar bajo juramento la certeza del hecho, so pena de falsedad en documento público, esta actuación, que puede involucrar un delito en el representado, no es posible hacerla sin una autorización expresa en el poder, aunque sería quizá lo más procedente, que la hiciere el poderdante en el mismo poder, a la vez que concede el apoderamiento para esta actuación.

También se sobreentiende en ese precepto que el requirente habrá de expresar cumplidamente todos los elementos que luego van a ser objeto de la inspección notarial, referentes tanto a la finca como al agua, así como a las circunstancias de la utilización de ésta, no debiendo olvidarse que cuando se trate de aprovechamientos en favor de finca o industria determinada, como éstos son anejos inseparables de la finca a favor de la cual se realizan y en ella se inscribirá después la adquisición por prescripción si se estima acreditada, será necesario describir la finca en la forma procedente para que luego pueda realizarse la anotación e inscripción correspondiente. Únicamente en los aprovechamientos colectivos a favor de una comunidad de regantes no será indispensable el que la descripción de las fincas reúnan aquellos requisitos, ya que este aprovechamiento se inscribirá como concesión administrativa independiente, en folio propio y distinto al que pueda estar abierto a favor de las distintas fincas que vayan a ser regadas.

De lo expuesto, así como de la circunstancia de que esta adquisición por prescripción requiera el que previamente sea anotada en el Registro de la Propiedad para poder ser inscrita en el de Aguas, se deriva la consecuencia de que en los aprovechamientos individuales ha de estar inscrito el derecho del interesado que lo inste y, en otro caso, entendemos que el Notario deberá solicitar que se acredite documentalmente esa titularidad mediante documentos que reúnan los requisitos para poderse practicar esa inscripción como previa a la anotación de que antes hemos hablado.

De las circunstancias señaladas por la regla 3.^a como objeto de la apreciación directa por parte del Notario, se han destacado como esenciales e ineludibles por la jurisprudencia las siguientes:

1.^a Que la inspección ha de hacerse necesariamente por el Notario, pero acompañado de los interesados y de los testigos, por lo que la falta de alguno de ellos origina un vicio del acta (Resolución de 8 de noviembre de 1955).

2.^a Que respecto al caudal de las aguas que se utilicen, su fijación compete en todo caso a la Administración, y al hacerse por ésta esa fijación no se vulneran los derechos de los regantes, salvo que el caudal que se asigne sea insuficiente para fertilizar las tierras (Sentencias de 13 de noviembre de 1899, 27 de septiembre de 1969 y 21 de marzo de 1970).

Por ello la no acreditación del caudal al otorgarse el acta de adquisición por prescripción del aprovechamiento de aguas públicas no impide su anotación en el Registro de la Propiedad, pues cuando llegue el instante de la inscripción habrá de tomarse ese dato de la certificación

del Registro de Aguas que se acompañe (Resolución de 8 de noviembre de 1955).

3.^a Aunque la frase «en cuanto sea posible» que utiliza el artículo 65 del Reglamento Hipotecario deja cierta flexibilidad al Notario para prescindir de alguno de los datos que en él se indican, ello no puede autorizar a omitir las circunstancias esenciales de las horas, minutos y días, en su caso, que se utilicen las aguas, así como el tiempo que el interesado las haya poseído en concepto de dueño, circunstancias que han de constar por la apreciación directa del Notario y de los testigos (Resolución de 2 de mayo de 1958). Y siendo la base de esta adquisición por prescripción el uso de las aguas, es necesario fijarlo con toda precisión, pues éste es el que va a delimitar las facultades y los deberes, tanto del prescribiente como del Estado, que estará obligado a soportarlo en la misma forma en que haya sido realizado durante el tiempo de la prescripción, pero no en otra distinta (Sentencia de 17 de noviembre de 1964).

4.^a Para la adquisición por prescripción es necesario, conforme al artículo 149 de la Ley de Aguas antigua, el disfrute durante veinte años sin oposición de la autoridad ni de terceros, lo cual es similar a la posesión jurídica que se determina en el ordenamiento civil, por lo que faltando ésta no se habrá realizado aquella adquisición (Resolución de 8 de junio de 1966).

D) PUBLICIDAD DE LA ACTUACIÓN A TERCEROS Y OPOSICIÓN POR PARTE DE ÉSTOS

Dedica a ello el Reglamento Hipotecario que comentamos las reglas 4.^a y 5.^a de su artículo 65, y si bien en el terreno del derecho constituyente estamos conformes con quienes propugnan que, al ser una publicidad idéntica a la que luego va a realizar la Administración para la inscripción del aprovechamiento en el Registro de Aguas, debían de ser resumidas ambas en una sola, en el terreno del derecho constituido no requiere aclaración la regla 4.^a referente a la publicación de los edictos en el tablón de anuncios del Ayuntamiento y en el *Boletín Oficial* de la provincia.

Sólo hemos de destacar que concediéndose un plazo de treinta días hábiles a los posibles perjudicados con el aprovechamiento para que puedan oponerse a la terminación del acta, contados esos días desde el siguiente a la publicación de los edictos, salvo en el supuesto de que ambas publicaciones de edictos lo fueren en el mismo día, aquellos treinta días hábiles habrán de ser contados desde el siguiente al de

aquella de ambas publicaciones, en tablón de anuncios o en el *Boletín Oficial*, que se hubiese efectuado en fecha, posterior, pues, en otro caso, en cuanto a ella no habrían transcurrido esos treinta días hábiles que como período ineludible para la reclamación se establece por la legislación; criterio corroborado por el inciso final del párrafo 3.º de la regla 2.ª del artículo 312 del Reglamento Hipotecario, que para un caso similar determina como fecha para ese cómputo la de la última de ambas publicaciones.

La oposición puede realizarse de dos maneras distintas. En primer lugar, por comparecencia ante el mismo Notario autorizante del acta, ante quien alegarán sus derechos los perjudicados, probándolos o al menos intentando probarlos. Actuación en la que, como dice LA RICA (página 38, 1.ª parte, Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario), «se atribuye a este funcionario facultades que rozan el orden judicial, puesto que ha de formular un juicio para determinar si es o no admisible la oposición» y, por ende, si en vista de ello estimará o no acreditada la prescripción que se propugna.

En segundo lugar, puede realizarse esta oposición mediante juicio declarativo ante Tribunal competente, lo cual se acreditará ante el Notario para que suspenda la tramitación del acta hasta que recaiga la ejecutoria. Pero esta escueta declaración del Reglamento Hipotecario es insuficiente. En este extremo hemos de tener en cuenta y aplicar en su caso lo dispuesto en el número 5.º del artículo 209 del Reglamento Notarial, después de la reforma del Decreto de 22 de julio de 1967, expresivo de que: «La instrucción del acta se interrumpirá si se acreditase al Notario haberse entablado demanda en juicio declarativo con respecto al hecho cuya notoriedad se pretenda establecer. La interrupción se levantará y el acta será terminada a petición del requirente cuando la demanda haya sido expresamente desistida, cuando no se haya dado lugar a ella por sentencia firme o cuando se haya declarado caducada la instancia del actor». Y esta petición del requirente, encaminada a levantar la interrupción del acta, deberá ir acompañada del oportuno documento judicial que acredite estarse en uno u otro de los tres supuestos previstos por aquel precepto notarial.

E) TERMINACIÓN DEL ACTA Y PROTOCOLIZACIÓN

Si la oposición al acta se hubiera entablado judicialmente y la ejecutoria condenare al demandado, la interrupción que la acreditación de aquella demanda originó se convertirá en definitiva y el Notario cerrará el acta y la protocolizará con todo lo actuado hasta ese instante.

En todos los demás casos, una vez practicadas las diligencias a que antes hemos aludido, así como «las pruebas que estime convenientes para la comprobación de los hechos, hayan sido o no propuestos por el requirente» (regla 6.^a, art. 65 del Reglamento Hipotecario), entre las que puede ser característica, en sentido positivo, la certificación catastral de figurar la finca como de regadío, el Notario «dará por terminada el acta» (regla 6.^a, art. 65 del Reglamento Hipotecario), haciendo constar si, a su juicio, incluso a la vista de las alegaciones y pruebas presentadas por los oponentes si hubieran comparecido ante él, está o no suficientemente acreditada la adquisición por prescripción del derecho a aprovechar aguas públicas (regla 6.^a, art. 65, del Reglamento Hipotecario).

Además, dado el carácter excepcional en la actualidad de estas actas, deberá el Notario indicarlo así, además de hacerlo del plazo de duración especial que se señala para estas concesiones, que será el de setenta y cinco años, cuyo plazo no se contará desde la fecha del acta, sino desde la de entrada en vigor de la Ley, o sea el 1 de enero de 1986 (disposición transitoria primera, 2, de la Ley de Aguas).

Cerrada así el acta con el juicio notarial al efecto, procederá su protocolización, respecto a la cual se dice por el artículo 210 del Reglamento Notarial después de la reforma antes indicada: «Las actas de notoriedad no requieren unidad de acto ni de contexto y se incorporarán al protocolo en la fecha y bajo el número que corresponda en el momento de su terminación. Cuando se interrumpiere su tramitación, en supuesto del número 5.º del artículo anterior, se incorporarán asimismo al protocolo, sin perjuicio de que puedan transmitirse, si procediere, en fecha y bajo número posterior».

F) ACTUACIONES REGISTRALES POSTERIORES

La regla 7.^a del ya citado artículo 65 del Reglamento Hipotecario desarrolla esta cuestión, si bien con algunas omisiones que quizá da por sobreentendidas.

Terminada el acta con la manifestación por el Notario de que la adquisición del aprovechamiento de las aguas públicas por prescripción está suficientemente acreditada, «la copia total autorizada de dicha acta será título suficiente» para la práctica de los asientos registrales que procedan.

Presentado ese documento en el Registro y si se hubiese realizado la oportuna liquidación del impuesto que proceda, hoy las declara exentas, será sometido a la calificación registral, de la cual resultará: que

reúne todos los requisitos intrínsecos y extrínsecos necesarios, que contiene algún defecto subsanable, o que el defecto que se atribuya sea insubsanable. En el último caso no podrá practicarse asiento alguno, aparte del de presentación ya realizado. Si el defecto atribuido fuere subsanable, podrá extenderse un asiento de suspensión del de anotación que en su caso procedería, cuyo asiento no autorizará a poderse realizar el expediente correspondiente para el Registro de Aguas, sino solamente ganar prioridad registral, dado que la existencia de un defecto subsanable o insubsanable en el acta de notoriedad implica que la declaración de prescripción consignada en ella no tiene aún el carácter de una declaración plena y perfecta. Finalmente, si en la calificación jurídico-registral no se atribuyere ningún defecto al acta presentada, ésta originará en el Registro una anotación preventiva por plazo de cuatro años, que realmente es una inscripción, supeditada a la inscripción en el Registro de Aguas, y cuya anotación permitirá el que se recoja también en esa forma la posible transmisión de la concesión ganada por prescripción, salvo cuando sea accesoria de la finca, en cuyo caso la transmisión de ésta implicaría la del derecho al agua. Anotación que podrá prorrogarse por otros cuatro años a instancia del interesado (artículo 86 de la Ley de Aguas antigua).

Inscrita la prescripción de que tratamos en el Registro Administrativo de Aguas que corresponda, y acreditado ese extremo mediante el oportuno certificado que se presentará en el Registro juntamente con la copia del acta que originó en su día el asiento de anotación, si éste está vigente se convertirá en inscripción aquella anotación, en tanto que si ya hubiere caducado procederá un asiento normal de inscripción del aprovechamiento de aguas públicas (regla 7.^a, art. 65 del Reglamento Hipotecario). Debiendo de tenerse en cuenta en el caso de conversión que el asiento de ella no se limitará a elevar a inscripción el anterior asiento de anotación, sino que recogerá además la indicación del caudal de aguas que haya sido concedido por la Administración y el cual constará en el asiento del agua en ese Registro Administrativo.

OTRAS CONCESIONES REFERENTES A AGUAS

Las concesiones de aprovechamientos de aguas públicas recogidas en la Ley de Aguas, de las que hemos venido tratando, aunque lo hayamos hecho casi sólo en base a las concesiones para riegos, son, según el artículo 58, 3, de la Ley de Aguas:

1.º Abastecimiento de poblaciones, incluyendo en su dotación la necesaria para industrias de poco consumo de agua situadas en los núcleos de población y conectados a la red municipal.

2.º Regadíos y usos agrarios.

3.º Usos industriales para producción de energía eléctrica.

4.º Otros usos industriales no incluidos en los apartados anteriores.

5.º Acuicultura.

6.º Usos recreativos.

7.º Navegación y transporte acuático.

8.º Otros aprovechamientos.

A todos estos usos de las aguas continentales le serán aplicables lo dicho en las preguntas anteriores para las concesiones de aprovechamientos de aguas públicas.

Pero todas esas concesiones no agotan la lista posible de ellas, especialmente respecto de las aguas marítimas y de las mineras, como pasamos a exponer:

En primer lugar hay que precisar que a los efectos del Registro de la Propiedad no interesan, de una parte, las simples licencias de usos que no excluyan la utilización del recurso por terceros, o sea, que no exista ese uso exclusivo y excluyente que caracteriza a las concesiones. Concepto este último quizá más apropiado que el dado por la Sentencia de 1 de junio de 1900, que las consideraba como la decisión unilateral y discrecional, por la que la Administración otorga a una empresa individual o colectiva la explotación de una propiedad de su pertenencia o de un servicio de sus propios fines. Aunque es muy interesante y de mayor precisión hoy, la Ley de Cultivos Marinos de 25 de junio de 1984, en la cual se precisa que es concesión el otorgamiento del derecho al uso y disfrute exclusivo y con carácter temporal, por parte de persona física o jurídica, de terrenos de dominio público, estimando como autorización el permiso otorgado a esas mismas personas de aquella utilización, pero a título de precario.

Sin embargo, no ha de olvidarse que al Registro de la Propiedad no le interesan todas las concesiones administrativas, sino que el artículo 31 del Reglamento Hipotecario concreta ese interés a las concesiones administrativas «que afecten o recaigan sobre bienes inmuebles». En cuyas concesiones con el carácter de bienes inmuebles se distingue a su vez por el número 6.º de su artículo 44, entre las que sean accesorias de una finca o de otra concesión, que se inscribirán en el folio de ella, y las

que tengan sustantividad e independencia propia, que abrirán folio, o sea, que serán inmatriculadas.

Entre estas concesiones con interés registral podemos citar:

A) CONCESIONES GENERALES EN LA ZONA MARÍTIMA

Puede decirse que es básica en todo lo que vamos a exponer la disposición transitoria segunda del Reglamento de Costas de 23 de mayo de 1980, expresivo de que: «En los casos en los que se pretenda la ocupación de terrenos de dominio público todavía no deslindados, el peticionario deberá solicitar el deslinde a su costa simultáneamente con la petición de concesión, pudiendo tramitarse al mismo tiempo ambos expedientes de deslinde y concesión».

Precepto eminentemente lógico, que trata de impedir una invasión estatal en terrenos de propiedad privada.

Las concesiones administrativas han de referirse a los bienes de dominio público, que en la zona costera, y según el artículo 1.º de la Ley de Costas de 26 de abril de 1969, lo son: Las playas, la zona marítimo terrestre, el mar territorial, y el lecho y el subsuelo del mar territorial y el del adyacente al mismo, hasta donde sea posible la explotación de sus recursos naturales. Siendo ineludibles en esas zonas la concesión administrativa, pues se dice en el artículo 7 de la Ley de Costas antes citada: «En ninguno de los bienes declarados de dominio público se podrán ejecutar obras de cualquier clase ni establecer aprovechamientos especiales sin la concesión o autorización pertinentes». Pudiendo verse la distinción entre concesión y autorización en la parte general de esta pregunta.

Tienen como especialidad las concesiones de este grupo, la de que además de las concesiones ordinarias de uso exclusivo y excluyente por tiempo determinado, contempla otras, a través de las cuales puede accederse a un pleno derecho de propiedad de espacios de terrenos que antes estaban incluidos entre los bienes de dominio público, o sea, que esta propiedad no la adquiere el concesionario por adquisición onerosa o lucrativa, sino por el ejercicio de la concesión. Especialidad que se reitera en la legislación de puertos deportivos de que también trataremos.

A nuestros efectos, entendemos que se apreciarán suficientemente las líneas generales de estas concesiones a través de los preceptos siguientes.

Dice el artículo 15 del Reglamento de Costas (de 23 de mayo de 1980) que serán objeto de concesión el otorgamiento para un fin deter-

minado del derecho a la ocupación y utilización o aprovechamiento con carácter temporal privativo y excluyente, de un bien de dominio público referente a la zona costera, y cuyos bienes, según el artículo 1.º de la Ley de Costas (de 26 de abril de 1969), son las playas, las zonas marítimo terrestres, el mar territorial y el lecho y el subsuelo del mar territorial y el del adyacente al mismo.

Además de esas facultades comprensivas de las concesiones marítimas en general, podrá solicitarse también, junta o separadamente de ellas, la propiedad de los terrenos ganados al mar (art. 33, 1, del Reglamento de Costas) territorial fuera de los puertos (art. 5, 3, de la Ley de Costas), entendiéndose por tales zonas aquellas que, emplazadas sobre el lecho del mar territorial, sobresalgan permanentemente de su superficie como consecuencia de obras realizadas y no mediante procesos naturales de cualquier clase, aun cuando fuesen provocados por medios artificiales (art. 10 del Reglamento de Costas).

Las concesiones se otorgarán por el Ministerio que proceda, según los casos, de los enumerados en los artículos 9 al 14 de la Ley de Costas.

B) CONCESIONES DE PUERTOS DEPORTIVOS

Dice el artículo 1.º de la Ley de Puertos Deportivos de 26 de abril de 1969 que se regularán por ella los puertos especialmente construidos o destinados para ser utilizados por embarcaciones deportivas y ciertas zonas en los puertos destinados a la industria y el comercio marítimo.

Y el artículo 15, referente a la petición de ellos por los particulares, precisa que aquélla se realizará al Ministro de Obras Públicas, el cual otorgará la concesión, así como el 10, referente a la petición por las Corporaciones locales y otros entes, determina como otorgante de la concesión al Gobierno, todos los cuales son los posibles concesionarios de esos puertos.

Esta concesión tiene como peculiaridad que, a la vez que la petición de ella que como tal es reversible al Estado en el plazo que se fije al concederla (art. 31 del Reglamento de Puertos Deportivos de 26 de septiembre de 1980), se puede pedir también que se conceda la propiedad de los terrenos ganados al mar al realizar esa concesión, con las limitaciones que en cuanto a su posible petición se recogen en el artículo 30 del Reglamento de Puertos Deportivos en relación con el 18 de esa Ley, respecto a lo cual es perfectamente aplicable la Resolución de 20 de diciembre de 1977, expresiva que en ese supuesto, el derecho real administrativo de goce que toda concesión comporta «se transforma

en propiedad particular mediante la ejecución de la obra», que así viene a constituir un modo de adquirir atípico paralelo a la desafectación del dominio público. Por tanto, en el caso de esta solicitud de concesión mixta, se inmatriculará ella al concederse, y cuando se reciban las obras se inmatriculará en otro folio los terrenos ganados al mar, como terrenos de propiedad privada, los cuales habrán sido determinados en la petición de la concesión, en la cual se habrán determinado y concedido expresamente por la Administración (art. 18 de la Ley de Puertos Deportivos y art. 30 de su Reglamento).

En relación con esta concesión, debe de verse el detallado trabajo de CAYETANO UTRERA RAVASA que, bajo el título «Aspectos registrales de las concesiones de Puertos», fue publicado en las páginas 345 y siguientes de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* de 1983.

C) CONCESIÓN PARA CULTIVOS MARINOS

Estas concesiones, reguladas por la Ley de 25 de junio de 1984, cuyo objeto puede ser el de bancos cultivados, parques de cultivos, viveros, semilleros, granjas marinas y centros de investigación (art. 2 de la Ley de Cultivos Marinos), comprende la instalación, explotación y funcionamiento de cualquiera de esos establecimientos y se otorgará en cada caso por el organismo competente en materia de pesca, salvo que la actividad solicitada implique la realización de obras fijas en el mar en que, además de aquella concesión, se requerirá otra por parte del organismo competente de puertos y costas, conforme el artículo 10, 3, de la Ley de 26 de abril de 1969 (art. 3 de la Ley de Cultivos Marinos).

En la concesión otorgada se especificarán las especies o conjunto de especies de cultivos marinos para las que se otorga (art. 6 de la Ley de Cultivos Marinos), así como los bienes de dominio público a que afecte y si se autorizan obras fijas dentro del mar (arts. 3 y 5 de la Ley de Cultivos Marinos), expresándose en todo caso su período de duración de diez años (susceptible de prórroga hasta cincuenta años) y el que ella se otorga sin perjuicio de tercero (art. 5 de la Ley de Cultivos Marinos).

La transmisión, cesión o gravamen de la concesión requerirá «la previa» autorización del organismo que la haya otorgado, siendo obligatoria la unidad de la concesión, por lo que si son varios los adquirentes, cesionarios o herederos, la transmisión lo será siempre en proindiviso (artículo 17 de la Ley de Cultivos Marinos).

D) CONCESIONES PARA SANEAMIENTO DE MARISMAS

En materia de concesiones administrativas en la zona marítimo terrestre, la legislación de costas absorbe prácticamente esta materia. No obstante, la Ley de Puertos de 19 de enero de 1928 continúa con cierta actualidad en esta materia, a cuyo efecto transcribiremos los artículos que interesan:

Art. 48. «El Ministerio de Fomento concederá las autorizaciones para que sean desecadas, cultivadas o aprovechadas de otra manera las marismas del Estado o del dominio público y las que no pertenezcan a los propios de los pueblos ni a los bienes de aprovechamiento común.

Las marismas de propiedad particular podrán ser desecadas por sus dueños, previa licencia del Gobernador, quien la expedirá después de oídos la Autoridad de Marina y el Ingeniero Jefe de la provincia, si no se irroga perjuicio a la navegación y a la pesca.

Si las obras afectaran a las zonas de un puerto a cargo de una junta de obras, el Gobernador, antes de otorgar el permiso, oirá también el informe del Ingeniero director del puerto.

Para la desecación o saneamiento de los terrenos de marismas que fueren declarados insalubres se seguirán las prescripciones contenidas en la Ley de Aguas respecto a los terrenos pantanosos».

«Art. 51. Las concesiones de marismas se otorgarán sin pública licitación y a perpetuidad, salvo el caso en que algún particular o empresa solicitara la adjudicación por subasta, presentando al efecto una proposición en que se señale adjudicación por subasta, presentando al efecto una proposición en que se señale y ofrezca un tipo de tasación y se garantice con un depósito provisional igual a aquel tipo, que servirá de base para la subasta.

Si el rematante no fuese el autor del proyecto aprobado para las obras de saneamiento, habrá de abonar a éste el importe de dicho proyecto, tasado conforme a las disposiciones que rigen para casos análogos en las subastas de obras públicas o en la forma que determine el Reglamento».

Por último, se dijo por la Dirección General de los Registros en Resolución de 20 de diciembre de 1977, que las concesiones para saneamiento de marismas ofrecen en nuestra legislación una normativa peculiar que la diferencia de las restantes concesiones, peculiaridad que, conforme a la Ley de Fueros de 1928 (arts. 51 y 52) y a la de Costas de 26 de abril de 1969, consiste en conferir como efecto primordial.

la adquisición por el concesionario de los terrenos ganados al mar una vez ejecutadas las obras y cumplidas las cláusulas de la concesión, pues, como han puesto de relieve diversos dictámenes del Consejo de Estado y la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1972, en este tipo de concesiones el derecho real administrativo de goce que toda concesión comporta «se transforma en propiedad particular mediante la ejecución de la obra de saneamiento» que viene a constituir un modo de adquirir atípico paralelo a la desafectación del dominio público.

Estas posibles concesiones creemos que hoy están afectadas por el artículo 103 de la Ley de Aguas de 1985.

E) CONCESIONES PARA EXPLOTAR AGUAS MINERALES

Hay que precisar previamente que no son aguas minero medicinales las que surjan o se capten con ocasión de una explotación minera. Para ellas dispone el artículo 55 de la Ley de Aguas (de 2 de agosto de 1985): «Los titulares de los aprovechamientos mineros previstos en la legislación de minas podrán utilizar las aguas que capten con motivo de las explotaciones, dedicándolas a finalidades exclusivamente mineras. A estos efectos deberán solicitar la correspondiente concesión, tramitada conforme a lo previsto en esta Ley».

«Si existieran aguas sobrantes, el titular del aprovechamiento minero las pondrá a disposición del organismo de cuenca, que determinará el destino de las mismas o las condiciones en que deba realizarse el desagüe, atendiendo especialmente a su calidad».

Las aguas minero-medicinales son las comprendidas en la sección B) de los recursos geológicos. Son tales, según el artículo 5, 1, del Reglamento General de Minería de 25 de agosto de 1978 (basado en los artículos 3.º y 23 de la Ley de Minas de 21 de julio de 1973):

«Pertenecen a la sección B) las aguas minerales, terrestres o marítimas, que comprenden:

Las minero-medicinales, alumbrados natural o artificialmente, que por sus características y cualidades sean declaradas de utilidad pública.

Las minero-industriales que permitan el aprovechamiento racional de las sustancias que contengan.

Las termales cuya temperatura de surgencia sea superior al menos en cuatro grados centígrados a la media anual del lugar donde alum-

bren, siempre que, caso de destinarse a usos industriales, la producción calorífica máxima sea inferior a quinientas termias por hora.

Ahora bien, el que un manantial acuífero sea minero-medicinal, minero-industrial o termal no es cuestión que quede al arbitrio del solicitante de su autorización o concesión. El artículo 39 del Reglamento de Minería dice al respecto: «La declaración de la condición mineral de unas aguas determinadas será requisito previo para la autorización de su aprovechamiento como tales, pudiendo acordarse de oficio o a solicitud de cualquier persona que reúna las condiciones establecidas en el título VII (personas naturales o jurídicas españolas, etc., arts. 113 a 118)».

Resuelta esa calificación, habrá de estarse al artículo 40 del Reglamento de Minería (desarrollo del 25 de la Ley), que dice:

«1. Declarada la condición mineral de unas aguas determinadas, si éstas son de dominio privado, los propietarios de las mismas en el momento de su declaración, tendrán opción, durante el plazo de un año a partir de la notificación de dicha declaración, a solicitar de la Delegación Provincial del Ministerio de Industria y Energía la oportuna autorización de aprovechamiento en la forma y condiciones que se regulan por el presente título o a cederlo a terceras personas que reúnan los requisitos exigidos para ser titular de derechos mineros. De no hacerse uso de este derecho en el plazo citado se seguirán los trámites establecidos en el artículo 42 de este capítulo.

2. Si los manantiales o alumbramientos declarados como minerales son de dominio público, el derecho preferente a solicitar su aprovechamiento corresponderá durante el plazo de un año a partir de la publicación de la expresada declaración en el *Boletín Oficial del Estado* a la persona física o jurídica que hubiese iniciado el expediente, si para ello reúne los requisitos necesarios para ejercer la explotación.

3. Los derechos preferentes anteriormente establecidos se extinguirán al año de haberse efectuado la notificación de la resolución ministerial a que se refiere el punto 4.º del artículo 39 sin haberlos ejercitado».

«Art. 41:

1. Para ejercer los derechos a que se refiere el artículo anterior se presentará la oportuna instancia en la Delegación Provincial correspondiente del Ministerio de Industria y Energía en la que se hará constar el derecho que asiste al peticionario para el aprovechamiento de las aguas, destino que dará a las mismas la designación del perímetro

de protección que considere necesario y su justificación avalada por técnico competente. A la instancia se acompañarán los siguientes documentos:

a) Los que justifiquen su capacidad para ser titular de derechos mineros.

b) Proyecto general de aprovechamiento suscrito por Ingeniero de Minas, Superior o Técnico, según correspondan a la cuantía del presupuesto.

c) Inversiones totales a realizar y estudio económico de su financiación con las garantías que ofrezcan, en su caso, sobre su viabilidad.

2. La Delegación Provincial comprobará y examinará la documentación presentada y de, encontrarla conforme, determinará, previa inspección del terreno por cuenta del interesado, el perímetro que resulte adecuado para garantizar la protección suficiente del acuífero en cantidad y calidad, informando al mismo tiempo acerca del proyecto, inversiones y garantías a que se refieren los documentos b) y c). Remitido el expediente, con su propuesta, a la Dirección General de Minas e Industrias de la Construcción, ésta, previo informe del Instituto Geológico y Minero de España, aceptará la petición u ordenará las modificaciones que estime oportunas.

Aceptada la petición y, en su caso, cumplidas por el peticionario las modificaciones impuestas, se anunciará la solicitud en el *Boletín Oficial del Estado* y en el de la provincia correspondiente, a fin de que los interesados y, en particular, los propietarios de terrenos, bienes o derechos comprendidos en el perímetro de protección, puedan exponer en el plazo de quince días cuanto convenga a sus intereses.

3. Si se trata de aguas minero-medicinales, una vez completado el expediente, se remitirá a informe del Ministerio de Sanidad y Seguridad Social, en orden a la utilización de las aguas para los fines previstos. Este informe tendrá carácter vinculante.

Todo expediente relativo a aguas minerales o termales con anterioridad a la resolución se remitirá a los Ministerios de Obras Públicas y Urbanismo y Agricultura para su informe en relación con otros posibles aprovechamientos que pudieran estimarse de mayor conveniencia para el interés nacional.

Si no existiera unidad de criterio entre los Departamentos citados y el de Industria y Energía, se elevará la oportuna propuesta a resolución del Consejo de Ministros, a fin de determinar cuál de ellos ha de prevalecer.

4. De existir conformidad, la Dirección General de Minas e In-

dustrias de la Construcción otorgará la autorización de aprovechamiento en la que se harán constar los siguientes extremos:

a) La persona o personas físicas o jurídicas a cuyo favor se otorga la autorización.

b) Clase y utilización de las aguas objeto de la autorización y caudal máximo a aprovechar y en su caso condiciones de regulación del mismo.

c) Tiempo de duración de la autorización, en ningún caso podrá rebasar aquel que el peticionario tenga acreditado su derecho al aprovechamiento.

d) Designación del perímetro de protección, con plano de situación.

e) Las condiciones especiales que en cada caso procedan».

Si el propietario de la tierra no ejercita su derecho, se determina por el artículo 42 del Reglamento (es el 27 de la Ley):

«Art. 42:

1. Transcurrido el plazo de un año a partir de la notificación de la condición mineral de unas aguas determinadas sin que se hubiese ejercitado el derecho preferente que establece el artículo 40, o denegada la solicitud previo el oportuno expediente, la persona o entidad que hubiese incoado la declaración mencionada, gozará de un plazo de seis meses para solicitar a su favor de la Delegación Provincial correspondiente del Ministerio de Industria y Energía la autorización de aprovechamiento, en la forma y condiciones que se establecen en el artículo anterior.

El plazo de seis meses se contará a partir del siguiente día al de la notificación que, al efecto, deberá hacerse a quien hubiese incoado la declaración.

2. Pasado este último plazo sin que se presente solicitud, o si ésta se hubiese denegado, el Ministerio de Industria y Energía podrá sacar a concurso público el aprovechamiento en la forma que establece el artículo 53 de la Ley de Minas y 73 de este Reglamento, que será de aplicación con las adaptaciones necesarias para ajustarlos a las características de esta clase de expedientes.

Una vez adjudicado el aprovechamiento, el adjudicatario deberá cumplimentar los requisitos exigidos en los tres primeros apartados del punto 1 del artículo 41.

De igual forma se procederá en todos los casos en que se caduque una autorización de aprovechamiento de aguas minerales.

3. En el supuesto de que las aguas minerales objeto de aprovechamiento se encuentren en terrenos de dominio público y la persona que instó el expediente para su declaración como minerales ejercite el derecho preferente a que se hace referencia el aprovechamiento se otorgará mediante concesión administrativa.

4. En las Delegaciones Provinciales del Ministerio de Industria y Energía se llevará un registro de aprovechamientos de aguas minerales. En la Dirección General de Minas e Industrias de la Construcción se llevará un registro centralizado en el que constarán en extracto las inscripciones formalizadas en cada registro provincial».

Completándose esos preceptos con el 30 de la Ley de Minas (de 21 de julio de 1973), desarrollado por el 43 del Reglamento, expreso de que «las aguas termales que sean destinadas a usos terapéuticos o industriales se considerarán como aguas minerales a todos los efectos».

Del contenido de esos preceptos resulta que sólo se otorga concesión cuando las aguas minerales se encuentren en terrenos de dominio público (art. 42, 3, del R. G. Minería), otorgándose en los demás casos una autorización. Por ello, y conforme a lo que hemos expuesto con anterioridad y en armonía con los artículos 334, número 10, del Código Civil y el 31 del Reglamento Hipotecario, sólo serían inscribibles las concesiones, no las autorizaciones.

Esta solución, de una aparente corrección jurídica, entendemos que no es aplicable a las aguas. Si se trata de concesión de aprovechamientos de aguas, su inscribibilidad no es dudosa. Pero en los demás casos, su registración como cualidad del inmueble la propugna el Reglamento Hipotecario en su artículo 66, párrafo 4.º, y habrá que aplicar ese criterio con mayor razón a las aguas minerales, pues dadas las restricciones a conceder el calificativo de aguas privadas que se ha adoptado por la vigente Ley de Aguas, si no se permitiera esa registración podrían quedar fuera de toda protección registral aguas que, por las características de ellas no estuvieren dentro de las calificadas como privadas por el artículo 52 de la Ley de Aguas, las que tampoco pudieran obtener el carácter de concesión administrativa, inscribible conforme a la legislación minera.

BUENAVENTURA CAMY SÁNCHEZ CAÑETE
Registrador de la Propiedad

El principio de la autonomía de la voluntad y el Registro de la Propiedad*

SUMARIO: I. *El principio de autonomía de la voluntad*: A. Esencia del principio. B. Campos de actuación y límites del mismo: a) Ley. b) Moral. c) Orden público. C. El principio como ensayo metodológico expositivo.—II. *El principio de autonomía y el Registro*: A. Diversos momentos en que se manifiesta: a) Antes de la inscripción y su solicitud: 1) La autonomía en la expresión de la voluntad notarial. 2) Los pactos referentes a la inscripción y en especial el de no inscribir.—B. Simultaneidad del principio con la solicitud de inscripción: a) La solicitud de inscripción. b) Las figuras del presentante e interesado en relación con el desistimiento, la renuncia, recurso, honorarios, alteración de rango y retirada del documento.—C. La voluntad y el contenido del asiento: a) La minuta del asiento. b) El error en el asiento. c) La modificación del asiento.—D. La autonomía en relación con los principios del sistema y los procedimientos: a) Con los procedimientos. b) Con los principios.—E. La prioridad, la calificación y el consentimiento: a) La prioridad. b) La calificación: 1) La creación de nuevos derechos reales. 2) El delito y la autonomía de la voluntad. 3) Cláusulas y condiciones leoninas: en las transmisiones, en las permutas, en la reversión, en las hipotecas, en las condiciones generales de la contratación, etc. c) El consentimiento: 1) Voluntad causal. 2) Voluntad formal. 3) Consentimiento anticipado.—III. *La autonomía de la voluntad en el aspecto formal de la publicidad*.—IV. *La autonomía de la voluntad y el Derecho comunitario europeo*.

I. EL PRINCIPIO DE AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD

A) LA ESENCIA DEL PRINCIPIO

No voy a cometer con vosotros la indelicadeza de explicaros el principio, pero sí quiero partir de unas bases generales en su estructuración y alcance. Se ha dicho acertadamente que el principio de la «autonomía

(*) Conferencia pronunciada en el Centro de Estudios Hipotecarios de Valladolid el día 19 de abril de 1985.

de la voluntad» preside todo el desarrollo de la vida contractual, concediendo al individuo un amplio margen de actuación. La raíz del principio, según demostró DE CASTRO, es preciso buscarla en los tratadistas de teología moral y en los canonistas que preconizan el respeto a la palabra dada o empeñada. Es el *pacta sunt servanda* o lo que llevan consigo esos otros aforismos que todos hemos repetido *standum est chartae*, «hablen cartas y callen barbas»... La escuela del Derecho natural (fundamentalmente GROCIO, que se divulga mediante ROUSEAU y KANT) va a trazar en el siglo XVIII o de la Ilustración la potencia creadora de la voluntad y la omnipotencia del contrato. Estas ideas, dice DE CASTRO (1), se verán consagradas primero en los textos tradicionales, respecto de los contratos y la propiedad y ellas pasarán después a los Códigos francés, austríaco y español. Esta concepción será confirmada científicamente por la primera generación del pandectismo alemán, que se construye en torno a los conceptos de derecho subjetivo y negocio jurídico.

Lo que sucede después prácticamente son vivencias de algunos de nosotros: el liberalismo contractual ha sido desplazado por el intervencionismo contractual. La economía capitalista, al engendrar la gran empresa, puso en peligro el criterio de la «igualdad de las partes», dando paso a las figuras contractuales de los contratos de adhesión, normativos, colectivos, de tarifa, mixtos, etc. Por su parte, las ideas de solidaridad, comunidad y bien común mueven la tendencia político-social que no sólo impide lo que es contrario al interés de la comunidad sino que impone lo que ese interés exige. Es el intervencionismo estatal y lo que ha dado en llamarse «crisis de la autonomía privada».

Los estudios que en torno a esta problemática aparecen son innumerables: JOSSEAND (*Le contrat dirigé*, 1933). MORELL (*Le contrat impose*). SAVATIER (*Le déclin du droit*, 1948). SALEILLES (1901), DUGUIT, BETTI, SALLE, CARNELUTTI, etc. En España, por aquellas fechas, escriben ROYO MARTÍNEZ (*Contratos de adhesión*, ADC II), OSORIO MORALES (*Crisis dogmática del contrato*, ADC. V), DUALDE (*Los imperativos contractuales*, ADC. II), PÉREZ SERRANO (*El nuevo sentido del contrato*, A. J. y Leg.), ANTONIO POLO (*Del contrato a la relación de trabajo*, RDP, 1941), DÍEZ PICAZO (*Los llamados contratos forzados*, ADC, IX), ROCAMORA (*La crisis del contrato*, RCr.D.I., 1942), etc. Dentro de estas citas quiero ahora destacar únicamente tres que se ajustan al tema y cuyos protagonistas son nada menos que DE CASTRO, CASTÁN y nuestro compañero M. AMORÓS. DE CASTRO escribe sobre un tema

(1) DE CASTRO (F.): «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad». ADC, 1982.

íntimamente ligado con la autonomía cuando ingresa en el año 1961 en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Su discurso sobre «Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes» (que luego publica el *ADC* y *Cuadernos Civitas*) es contestado nada menos que por don JOSÉ CASTÁN. DE CASTRO vuelve al tema de la autonomía cuando en 1967 se publica su trabajo monográfico sobre «El negocio jurídico», y, por fin, muy poco antes de morir, en 1982, publica en el *ADC* un trabajo titulado «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad». Todo esto, aunque lo he recorrido paso a paso con los textos en su día subrayados por mí, lo cuenta muy bien M. AMORÓS en su trabajo «Las limitaciones de la autonomía de la voluntad según el pensamiento de Federico de Castro» (*ADC*, 1983).

Así las cosas, es obligado plantearse si la situación del principio de autonomía sigue sumida en su pretendida crisis, si es necesario admitir limitaciones al principio, además de las que señala el artículo 1.255 del Código Civil y si todo esto puede tener relación con la institución registral. Creo que para todo ello esa bibliografía que he citado y, concretamente, los últimos trabajos, es decisiva. En ellos, por supuesto, me apoyo muchas veces para intentar sostenerme en este terreno tan peligroso en que he tenido la osadía de meterme.

B) CAMPOS DE ACTUACIÓN Y LÍMITES DEL MISMO

Dice el artículo 609, 2, del Código Civil que «la propiedad y los derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la Ley, por donación, por sucesión testada e intestada y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición». Entiendo que este artículo es el cauce donde debemos movernos para delimitar el campo de actuación del principio y, por lo tanto, prescindiendo de los supuestos legales y de la sucesión intestada, el principio lo debemos centrar en el negocio jurídico que comprende el total ámbito de la contratación en la cual y conforme el artículo 1.255 «los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público».

Con ello marginamos todas aquellas relaciones que los actos judiciales o administrativos puedan tener con el Registro, ya que en ellas y en sus posibles manifestaciones la voluntad individual está sometida a otros principios distintos del que tratamos. De todas formas entiendo, y eso lo digo luego, cómo esos tres campos, el de la autonomía, el judicial y el administrativo, son una gran tentación jurídica expositiva del Derecho Hipotecario.

La formulación del principio de autonomía en el campo en que la situamos ofrece tres grandes limitaciones: la ley, la moral y el orden público. Salvo la primera, las otras dos son de una gran dificultad en su precisión, aparte de que habría que pensar en otras limitaciones, que, según la terminología de DE CASTRO (2), podríamos considerar «intrínsecas» y en todas aquellas que se derivan de las disposiciones sobre la eficacia general de la norma jurídica en las que se encuentra el «interés, el orden público y el perjuicio de terceros», el fraude, la buena fe y el abuso del derecho.

Debemos arrancar de fórmulas generales, pues la precisión de conceptos resulta difícil por la variedad de circunstancias que en los mismos inciden. DE CASTRO (3) en el trabajo citado recorre diversos itinerarios en los que no descarta el orden público, la naturaleza del contrato, las condiciones generales de la contratación, los pactos leoninos, etc. Sirviéndonos de alguna de sus ideas, podríamos intentar una generalización de las limitaciones que el Código establece, considerándolas en sentido amplio:

- a) *Las que se derivan de las leyes.*—Intentar enunciar los límites que en el ámbito de la contratación tiene la autonomía de la voluntad derivada de las disposiciones legales sería ciertamente un alarde que nunca agotaría materia. El ordenamiento jurídico es un gran campo, un latifundio, donde prospera la norma prohibitiva o condicionante de observar requisitos y circunstancias. Yo quiero citar, como ejemplo, aquel trabajo, base de una conferencia en el Colegio de Registradores, que hizo ESCRIVÁ DE ROMANI sobre «Lo imperativo y lo dispositivo en la propiedad horizontal» (RCr.D.I., 1967) que te dejaba asustado de lo que no podías admitir a inscripción en el ámbito de propiedad horizontal. Solamente con una contemplación del panorama legislativo puede uno darse cuenta de las dificultades de enumeración: campos urbanísticos, agrarios, industriales, de trabajo, extranjeros, de bancos, de hipotecas, de ferrocarriles, de autopistas, etc... Por ello me limito a citar los cuatro artículos del Código Civil que limitan el principio: los artículos 1.458 y 1.459, relativos a la prohibición de comprar, y los 1.858 y 1.884, sobre la prohibición del pacto comisorio. De ellos hablaremos luego.
- b) *Las exigencias de la moral.*—No sé si lo contrario de moral es «inmoral», pero sí creo que dentro del Código y fuera de él la frase se relaciona con las «buenas costumbres». Por ejemplo,

(2) DE CASTRO (F.): *Ob. cit.*

(3) DE CASTRO (F.): *Ob. cit.*

en el artículo 1.116 se entiende nulo el contrato que contenga condiciones opuestas a las buenas costumbres y el 1.275 anula el contrato con causa opuesta a la moral.

Quizá estas formulaciones estén un tanto desfasadas en sociedades que han alterado conceptos clásicos y que por imperio del principio de libertad llegan a desórdenes como el tráfico de drogas, la prostitución o el interés usurario.

Para DE CASTRO es claro que moral y buenas costumbres son conceptos similares, aunque repetidamente hable en varios artículos solamente de buenas costumbres [artículo 792, al hablar de condiciones de la institución de heredero; 1.271, al precisar los servicios que pueden ser objeto del contrato, y 1.316 (anterior), referente a las capitulaciones matrimoniales y sus condiciones], y entiende que el Estado al dar valor de ley privada y fuerza obligatoria a la voluntad, se obliga, por su parte, a hacer cumplir lo convenido mediante su aparato de coacción, pero cuando se le pide que imponga a una parte el hacer algo que resulte inmoral o injusto, que repugne a la conciencia de una persona decente, habrá de abstenerse y no colaborar, declarando la nulidad de lo convenido. De cualquier forma este autor, en su intento de precisión, abre el campo y entiende que las *buenas costumbres* hacen referencia a la moral y, a la vez, a la consideración social, según aquélla, de las conductas. Estamos ante una conciencia social y a lo que ésta permite y tolera.

Lo que sí resulta cierto es que la causa contractual resulta ilícita cuando sea contraria a la moral (art. 12.75) y ese contrato con causa ilícita «no produce efecto alguno». No debemos olvidar que la causa es un elemento que entra en el ámbito de lo que debe calificar el Registrador y que, cuando lo ilícito se muestra bien a las claras —como apunta DE CASTRO— los Registradores habrán de tenerlo en cuenta de oficio y no conceder eficacia negocial al negocio así viciado.

- c) *El orden público*.—Entiendo que es un concepto difícil y muy poco propicio para ser encerrado en una definición. DORAL PAZOS, en nuestro Derecho (4) hizo un amago, pero llegó a la conclusión de que el concepto ofrece un carácter dinámico y de ahí que resista todo intento definidor que haga cristalizar el concepto. No obstante, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 5 de abril de 1966 (recogiendo las de 12 de mayo de 1944 y 21

(4) DORAL PAZOS (J. A.): *La noción de orden público en el Derecho civil español*, Pamplona, 1967.

de diciembre de 1963), entiende que está integrado por aquellos principios jurídicos públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada.

A diferencia de las buenas costumbres y de la moral que pueden dar lugar a una causa ilícita, aquí el orden público no se tiene en cuenta en materia de causa y si, sin embargo, en lo referente al límite contractual. Es decir, aquí el Código Civil español se separa del francés.

A las precisiones que la doctrina hace sobre la distinción entre orden público interno y externo (en relación con el Derecho internacional) es preciso añadir lo que en la terminología de RIPERT (5) se denomina *orden público económico*, que recoge por vez primera la Ley sobre «represión de las prácticas restrictivas de las competencias». De esta forma podría hablarse con DE CASTRO de un orden público jurídico, basado en normas extrapositivas que obligan a rechazar todo aquello que repugne el sentido de lo justo y el económico que se patentiza por mandatos imperativos legales.

Todo ello lleva a DE CASTRO a considerar la existencia de límites intrínsecos que condicionan el principio de autonomía de la voluntad, como pueden ser el rechazo de las cláusulas de exoneración de responsabilidad, las que tratan de desequilibrar la equivalencia de las prestaciones, condiciones leoninas, y todas aquellas que rebasen el esquema institucional típico de cada contrato. Ya veremos luego la fertilidad de estas ideas.

C) EL PRINCIPIO COMO ENSAYO METODOLÓGICO EXPOSITIVO

Es quizá en el panorama doctrinal español el ejemplo de don BIENVENIDO OLIVER (6) el de los pocos que se ha ocupado del método a seguir para exponer el contenido del Derecho Hipotecario. Enumeraba dicho autor el literalista, el analítico o exegetico y el analítico sintético o constructivo, consistente este último en presentar las reglas o disposiciones que componen un cuerpo legal, convertidas o transformadas en institu-

(5) RIPERT (G.): *Le regime democratique et le Droit civil moderne*, París, 1948.

(6) OLIVER Y ESTELLER (B.): *Derecho Inmobiliario español. Exposición fundamental y sistemática de la Ley Hipotecaria*, tomo I, 1982.

ciones jurídicas y agrupadas entre sí en virtud de cierta trabazón interna bajo un plan que responda a la naturaleza de las relaciones jurídicas que se propuso ordenar el legislador, esto es, convertirse en sistema.

Me preocupó mucho y desde un primer contacto con este derecho la forma y manera en que me lo ofrecían los autores consagrados y la verdad es que ellos estaban mediatizados por tener que responder a cuestionarios elaborados bajo la idea de una previa evolución histórica, del conjunto de sistemas, de los principios que informan los diferentes sistemas y de las diferentes clases de inscripciones. Yo creo que hace falta llegar a MARÍN PÉREZ (7) para encontrar un nuevo método expositivo en el que a la tradicional construcción de la relación jurídica se le incorpora todo el contenido del Derecho Hipotecario, método éste que utilicé en mi segundo libro sobre el *Manual del Derecho Hipotecario*, hecho, como sabéis, en colaboración de otros dos compañeros. Luego lo adoptó AMORÓS GUARDIOLA (8), a quien PAU PEDRÓN (9) atribuye como pionero de la idea y su realización.

A mi entender, hay diversas formas de enfocar el método expositivo y quizá el que más me ha llamado la atención sea el que utilizó LACRUZ BERDEJO (10) al hablar de la eficacia ofensiva y defensiva de la inscripción en los sistemas latino y germánico. Hubo otros, como el que ciñe todo el contenido del Derecho Hipotecario a través de la publicidad DÍEZ PICAZO (11), el del comentario del articulado de MORELL y TERRY o de CAMY SÁNCHEZ CAÑETE (12) o el que utiliza CANO TELLO (13) de la cronología de actos y efectos que se producen desde la presentación del documento.

No hace mucho, al tratar de escribir con mucha dificultad un artículo en honor de nuestro compañero TIRSO CARRETERO, se me ocurrió que el principio de la «autonomía de la voluntad» podía ser el eje central para la exposición de todo nuestro Derecho, dejando en los márgenes expositivos los actos judiciales y administrativos que ofrecen, conjuntamente con aquél, un completo método. Entiendo que ese principio es

(7) MARÍN PÉREZ (P.): *Introducción al Derecho registral*. Madrid, 1947.

(8) AMORÓS GUARDIOLA (M.): *Sobre el Derecho Inmobiliario y su posible autonomía* (C. N. de Registradores, 1967).

(9) PAU PEDRÓN (A.): *Elementos de Derecho Hipotecario* (ICAI, Madrid, 1983).

(10) LACRUZ BERDEJO (J. L.): *Lecciones de Derecho Inmobiliario registral*. Zaragoza, 1957.

(11) DÍEZ-PICAZO (L.): *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, Madrid, 1978.

(12) MORELL Y TERRY (*Comentarios a la legislación hipotecaria*, 1925) y CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE (B.) (*Comentarios a la legislación hipotecaria*, 1970).

(13) CANO TELLO (*Iniciación al estudio del Derecho Hipotecario*, Madrid, 1982).

más completo, abarca más, que el de «buena fe» o el genérico de la «seguridad del tráfico jurídico» inmobiliario.

Digo esto porque el principio de autonomía comienza a manifestarse en el momento del otorgamiento de la escritura; escritura que puede haber tenido lo que yo he llamado «calificación anticipada» o «informe doctrinal» como ahora se dice en la última o penúltima reforma reglamentaria. La traducción de la autonomía de la voluntad se patentiza en la voluntariedad de la inscripción y en la admisibilidad o no de pactos que la limiten, la restrinjan o la supriman. La presentación, la retirada del documento, la renuncia a la inscripción, la alteración del rango o del principio de prioridad, la conformidad o no con la minuta del asiento, etc. Igualmente, la calificación, el juego de la autonomía en cuanto a los principios sustanciales del sistema. La cancelación y sus diversas manifestaciones, la publicidad formal, etc., El panorama que se divisa desde este punto es un gran reto, que me gustaría haberlo podido abordar profundamente, pero que dado el límite de tiempo debo dejarlo reducido a un esquema, a rellenar en su día.

II. EL PRINCIPIO DE AUTONOMIA Y EL REGISTRO

Debo hacer una advertencia importante, ya que el Registro de la Propiedad, en mi peculiar interpretación, es solamente una «institución» y, por supuesto, carece de sentido hablar de un «conjunto de libros» y de una «oficina», pues éstos no pasan de ser medios al servicio de la institución. Pero la institución exige, como dice HAURIGU, un triple carácter: 1) La existencia de un conjunto de normas de tipo orgánico, que llevan consigo una organización. 2) Esas normas son de carácter inderogable (*ius cogens* o derecho absoluto); y 3) La voluntad de los particulares solamente tiene un juego de adhesión a ellas.

La admisión de la última conclusión es la que verdaderamente plantea problema, pues no es que la voluntad privada trate de aceptar el juego del servicio público que el Registro presta (el Registro ofrece un servicio público, pero no es servicio público, aún y a pesar de la tesis de LÓPEZ MEDEL), sino que la voluntad se manifiesta en toda su plena formulación siempre que no choque con los límites y determinaciones que la legislación ofrece.

Hecha esta precisión, cabe ya proseguir en ese camino en el que la autonomía de la voluntad se ofrece o manifiesta. Lógicamente hemos de partir del momento de la construcción del acto, de su presentación y del juego que tiene la voluntad en todo ello.

A) DIVERSOS MOMENTOS EN QUE SE MANIFIESTA

- a) *Antes de la inscripción y de su solicitud.*—Prevía a la inscripción y petición de la misma existe el momento de «adaptación de la voluntad de los particulares a la ley en el caso expresamente presentado». Al ser aceptada por nuestra legislación la formación y afirmación de la voluntad de los particulares en un documento público, es preciso que el funcionario que «autorice» el documento en el que la voluntad se plasma, procure adaptar esa voluntad a la legalidad vigente, observando todos los límites que el ordenamiento impone y, sobre todo, respetando la creatividad del derecho real inscribible dentro de los cauces que la Dirección General de los Registros ha establecido al interpretar el principio del *numerus apertus* que parece aceptar nuestro sistema. Igualmente debe tenerse muy en cuenta el juego de esa voluntad en orden a los pactos que puedan imponer una inscripción, prohibirla o mediatizarla.
- 1) *La autonomía en la expresión de la voluntad notarial.*—El documento notarial que recoge la voluntad de los particulares debe ser redactado por el Notario autorizante ajustándolo a la legalidad vigente. La fórmula anterior del Reglamento de 1944 era sencilla, «redactarán los instrumentos públicos interpretando la voluntad de los otorgantes, adaptándola a las formalidades jurídicas para su eficacia», mientras que ahora, con la reforma de 8 de junio de 1984, el artículo 147 exige: «El Notario redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, e informará a aquéllos del valor y alcance de su redacción».

A mi entender, la fórmula no mejora, sino que empeora la anterior. El primer inciso es correcto, pues en él se encierra toda la labor esencial del Notario. La segunda parte en la que se le encomienda al Notario la «información» sobre el valor y alcance de su redacción, tiene el gran riesgo de que si esa información declara «eficaz e inscribible» el documento y luego la calificación registral lo declara defectuoso, puede quedar en entredicho la afirmación notarial, que, por supuesto, no está revestida de ninguna protección. El Notario dice esto, pero el Registrador puede decir lo contrario. Todo queda pendiente del recurso gubernativo.

En el discurso que pronuncié con motivo de mi investidura del Doctor Honoris Causae de la Universidad Notarial argentina (en el año 1981) sobre el tema «Grandeza y servidumbre de la calificación registral» (14) sostuve la idea de una «calificación anticipada» donde la previa consulta notarial, el estudio conjunto del problema y la solución adoptada hacían posible la afirmación notarial de la eficacia de lo pactado al tener la seguridad de su inscripción. La reforma del 21 de diciembre de 1983, al hablar del carácter de «profesional del Derecho del Registrador para la emisión de informes explicativos de la situación registral» no hace más que dar vida a esa práctica que en mi trayectoria profesional practiqué con mucho éxito.

- 2) *Los pactos referentes a la inscripción y en especial el de no inscribir.*—Los ámbitos que se me ocurren en orden a los pactos sobre la inscripción o acceso al Registro los reduzco a estos tres: los que pueden imponer la inscripción, los que la mediatizan y los que la prohíben. Para su posible solución se hace necesario pensar en que las inscripciones son, genéricamente, en nuestro sistema, voluntarias, pero también existen las obligatorias, las estimuladas y, por supuesto, las constitutivas. ¿Cómo funcionan estos pactos en cada una de esas especies? No debemos olvidar tampoco las personas que pueden pedir la inscripción, la figura del presentante y del interesado.

- Hay que rechazar la validez del pacto de «imposición» de inscripción, cuando ésta es voluntaria, puesto que ello es una estipulación contra ley. Lo que sucede es que la inscripción puede imponerse por los cauces del artículo 312 del Reglamento Hipotecario.
- Los pactos que mediatizan la inscripción «condicionando» la existencia del Derecho a la práctica de la misma, entiendo que deben tomarse y entenderse con precauciones, valorando la esencia de la inscripción y precisando en sus justos límites la condición. Es claro que existen ciertas cláusulas inadmisibles en materia de hipotecas en las que la entidad acreedora condiciona la entrega del capital a la práctica de la escritura del préstamo hipotecario y especifica «que la hipoteca caducará si no se inscribe». Lo cual es un contrasentido ante el valor constitutivo de la hipoteca.

(14) CHICO Y ORTIZ (J. M.): «Grandeza y servidumbre de la calificación registral» (publicado en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1982, pág. 1027).

- Los pactos que prohíben la inscripción han sido tratados por BALLESTER GINER (15), quien considera que pueden ser válidos ya que lo son los pactos «de inscribir» (casos del arrendamiento y de la opción, artículos 2, 5.º, de la Ley Hipotecaria y 14 del Reglamento). Creo que no es argumento válido: una cosa es que para inscribir se exija *pacto expreso* y otra es que se admita el pacto de «no inscribir». Por supuesto el pacto no sería válido en los casos de inscripción forzosa u obligatoria ni en la constitutiva y entiendo que en la voluntaria sería un pacto dudoso que podría perjudicar a tercero, ser contrario a las buenas costumbres y atentatorio al orden público. Vincularía a las partes, pero su incumplimiento no podría nunca generar un resarcimiento de daños y perjuicios. El principio de la seguridad del tráfico jurídico se impone en todo caso.

B) SIMULTANEIDAD DEL PRINCIPIO CON LA SOLICITUD
DE INSCRIPCIÓN

- a) *La solicitud de inscripción*.—Quizá esta materia esté un tanto confusa por involucrarse en ella diversos conceptos que hacen referencia a la «legitimación» para solicitar la inscripción, la declaración de voluntad de poner en marcha el procedimiento y el hecho material de la presentación. LACRUZ BERDEJO (16) debe tener algo de culpa y CAMY SÁNCHEZ CAÑETE (17) aprovecha la ocasión para sacar conclusiones difíciles de sostener. MANZANO SOLANO (18) por su parte trata de conciliar situaciones al amparo de la reforma del Reglamento Hipotecario (Decreto de 12 de noviembre de 1982), que distingue entre «presentante» e «interesado».

El artículo 6 de la Ley Hipotecaria claramente diseña diversas figuras que pueden «solicitar o pedir» la inscripción: los que transmiten, adquieren, tengan interés u ostenten la representación de cualquiera de ellos. Y no hablo de legitimación, ya que en ciertas inscripciones existen personas «obligadas» a solicitar la inscripción.

(15) BALLESTER GINER (E.): *El pacto de no inscribir*. Valencia. 1974.

(16) LACRUZ BERDEJO (J. L.): *Ob. cit.*

(17) CAMY SÁNCHEZ CAÑETE (B.): *Ob. cit.*

(18) MANZANO SOLANO (A.): «El nuevo asiento de presentación: su estructura, los derechos conexos inmobiliarios y la interrupción del proceso registral» (*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, mayo-junio 1984).

El que adquiere el derecho, el que lo transmita o el que tenga interés en asegurarlo puede «solicitar la inscripción» por sí o por medio de representante, entendiéndose que lo es, conforme al artículo 39 del Reglamento Hipotecario, quien «presente» los documentos en el Registro. Es muy difícil aceptar, aparte de estas personas, la figura del «simple porteador» (salvo el caso peculiar del cartero que entrega el título en sobre cerrado, aunque en este caso el artículo 418 del Reglamento Hipotecario modificado no lo tiene en cuenta, pues entiende como presentante al solicitante de la presentación o al remitente del documento). Sería monstruoso que al solicitante, al presentante del documento se le exigiese acreditar la representación y sobre todo aceptar la tesis de CAMY SÁNCHEZ CAÑETE, que entiende que si posteriormente se demuestra la inexistencia de representación puede anularse la inscripción practicada, entendiéndose que ésta es provisional y «condicionada» a todo ello. Existiendo la figura de la gestión de negocios ajenos sin mandato y el beneficio que de la inscripción se produce, resulta obligado rechazar esa argumentación que se apoyaba en la Resolución de 19 de junio de 1975.

Lo importante de la cuestión no es tanto quien puede o no solicitar la inscripción, sino quien, frente a esa solicitud, puede ejercitar el principio de autonomía, para poder retirar el documento, desistir de la inscripción solicitada, subsanar los defectos, ejercitar el recurso gubernativo, satisfacer los honorarios, etcétera. Y aquí sí que juegan las figuras de interesados, presentantes y representantes.

- b) *Las figuras del presentante e interesado en relación con el desistimiento, la renuncia, recurso, honorarios, alteración de rango y retirada del documento.*

— La retirada del documento, una vez presentado, es quizá la primera manifestación de la autonomía de la voluntad que modaliza la solicitud de inscripción. Resulta anecdótico destacar cómo el artículo 19 de la Ley Hipotecaria encuentra legitimados para «recoger» el documento a los que «pretendan la inscripción», mientras que el 255 de la misma Ley Hipotecaria parece que sólo legitima al «que lo haya presentado», criterio este último que reafirmaba el artículo 105 del Reglamento Hipotecario al hacer firmar la nota de retirada al presentante o un testigo. Hoy día el artículo 429 del

Reglamento Hipotecario en su redacción no duda en legitimar «al presentante o al interesado» para retirar el documento.

- La subanación de defectos está tratada con diverso criterio por la Ley Hipotecaria, pues en el artículo 19 de la misma se habla de «los que pretenden la inscripción» y en el artículo 66 de la misma se legitima expresamente a los «interesados» que, a su vez, pueden pedir la anotación preventiva de suspensión (arts. 65 y 66 de la Ley). El Reglamento Hipotecario en su última reforma de 1982 no duda en legitimar para todo ello al «presentante o al interesado». Todo esto viene a confirmar que el presentante es reputado como representante del interesado. (Diferencias entre el 111 y el 429.)
- En el recurso gubernativo las cosas cambian y ya no cabe que el presentante esté legitimado para interponerlo, pues conforme al artículo 112, 1.º, del Reglamento Hipotecario es preciso acreditar la representación del interesado. En este caso el Reglamento Hipotecario se ajusta plenamente a los dictados de la Ley Hipotecaria en su artículo 66.
- En materia de honorarios el artículo 614 del Reglamento Hipotecario acepta la posibilidad de que los honorarios se reclamen no sólo de la persona a cuyo favor se inscriba o anote el derecho, sino a la que «haya presentado el documento», salvo que se trate del transmitente o el que tenga interés en la inscripción o sus representantes.
- La figura del desistimiento la defendí en forma pionera hace mucho tiempo, lo que sucede es que me parecía inviable, dado que no había cauce para su constatación registral. Es decir, es una nueva manifestación de la autonomía de la voluntad que ha recogido en el año 1982 la reforma del Reglamento.

La regulación que se ha hecho de esta figura no está plenamente pensada o quizá le falta un desarrollo adecuado. Tanto MANZANO SOLANO (19) como AVILA ALVAREZ (20) citan unos casos que a mi entender no son supuestos de desistimiento; sino modificación en la petición de inscripción: tales como el 108 (amplía la petición), 111 (falta de

(19) MANZANO SOLANO (A): *Ob. cit.*

(20) AVILA ALVAREZ (P.): *Reformas Hipotecarias de 1982-1984*, Centro de Estudios Hipotecarios, 1985.

subsanción), 425 (petición de inscripción reducida), 427 (retirada del documento), 429 (actitudes ante un posible defecto), 434 (que habla de conformidad o desistimiento en los casos de suspensión de inscripción referidos a varias fincas) y, por último, el 433, que es el que verdaderamente regula la figura. No voy a estudiar los diversos problemas que plantea, pero sí a señalar unos puntos concretos:

- a) El presentante o interesado puede, «durante la vigencia del asiento de presentación» (sesenta días), desistir de su petición. Creo que si la inscripción se ha hecho en los quince o en los treinta, entiendo que no cabe el desistimiento. Queda la duda de si el asiento de presentación sigue vigente, aún y a pesar de haberse extendido la nota de las operaciones realizadas.
- b) La exigencia del documento público es utópica. Mientras se otorga y se expide la copia pasan los quince días de plazo para la inscripción. El documento privado con firmas legitimadas parece más viable, aunque discutible, ya que con el desistimiento se provoca una cancelación de un asiento que se hizo en base de una escritura pública. Por ahí debe de andar agazapado el artículo 1.230 del Código Civil, que priva de efectos al documento privado hecho para alterar lo pactado en escritura. Piénsese en una escritura con «solicitud expresa» para su inscripción y que se altera por un documento privado con firmas legitimadas..., con perjuicio de tercero, claro está. Menos mal que el Reglamento prevé el caso y otorga al Registrador una facultad para calificar el posible efecto negativo del desistimiento, lo cual supone una limitación a la autonomía de la voluntad. Igual sucede en el caso de que con el desistimiento se impida la inscripción de otro documento pendiente.

El desistimiento verbal solamente se admite en forma parcial, pero al no exigirse la firma del interesado o presentante, el Registrador carece de una justificación de su existencia.

- c) Legitimados para el desistimiento están el *presentante* y los interesados. A mí me parece un poco fuerte que el presentante que se presume representante de los interesados pueda renunciar o desistir de una inscripción

que supone la privación de eficacia de un derecho sin un mandato expreso, conforme al artículo 1.713 del Código Civil que habla de «actos de riguroso dominio». Aquí, a diferencia de la representación orgánica en la que donde está el órgano que la ejerce quedan comprendidos todos los actos, exige un mandato expreso (21).

— Respecto a la alteración de rango el juego de la autonomía de la voluntad solamente tiene un campo de actuación limitado a lo que se ha denominado «prioridad formal», ya que al que nosotros llamamos *sustantivo*, la voluntad carece de poder para desvirtuarlo. Ya lo veremos más adelante, pues ahora nos limitamos a los tres casos que el Reglamento Hipotecario ofrece en los artículos 421 y 422 fundamentalmente:

- a) Una sola persona presenta varios títulos y la hora de la presentación es la misma. El caso da lugar a lo que se ha denominado asiento de presentación múltiple, lo cual parece otorgar a todos los títulos un rango simultáneo, dejando al arbitrio del Registrador la extensión de ese asiento en casos de títulos contradictorios. De todas formas esa autorización al Registrador choca un tanto con el principio del artículo 248 de la Ley Hipotecaria en el que se impone al mismo «en el momento de la presentación de cada título la extensión de un breve asiento de su contenido». La expresión es terminante: «extenderán», no «podrán», como apunta el Reglamento.
- b) Una sola persona presenta varios títulos al mismo tiempo. El supuesto lo contempla el artículo 422, 1.º, del Reglamento Hipotecario y otorga al presentante la facultad de decidir el «orden» de la presentación. El problema surge cuando el Registrador, al amparo del

(21) En el coloquio que siguió a esta conferencia se planteó el tema de si es viable renunciar a una inmatriculación hecha por documento público y sujeta a la limitación de efectos contra tercero durante los dos años que señala el artículo 207 de la Ley Hipotecaria y que supone un obstáculo para la obtención de un crédito hipotecario. Ello supondría una desinmatriculación de la finca con cancelación del único asiento y la utilización posterior de un expediente de dominio para lograr una inscripción sin limitaciones. Resulta difícil resumir opiniones en un tema tan complejo.

421, 3.º, decide hacer un asiento múltiple y, para AVILA ALVAREZ, en este caso el presentante decide el «orden» dentro de ese asiento. Entiendo que esto choca abiertamente con los artículos 24 y 25 de la Ley Hipotecaria que tienen en cuenta la fecha y la hora para determinar la preferencia... y en los múltiples se parte de que la hora (y, por supuesto, el día) es la misma. Yo creo que la palabra «contradictorios» que utilizaba antes el 426 debe entenderse que subsiste y en caso de títulos contradictorios no cabe el asiento múltiple.

- c) Varias personas presentan títulos al mismo tiempo, sean o no contradictorios. Para mi mentalidad ordenada, que cree en la existencia de colas (y eso que este país no es el de las coca-colas, como el americano, que lo es no porque beban ese compuesto, sino por las colas que hacen) y de ventanillas, se me hace muy difícil el supuesto, pero si se contempla es porque se ha dado o se supone que se da. En este caso no hay asiento múltiple, sino asientos correlativos con la misma hora.

En el párrafo segundo aflora la idea de los títulos contradictorios y en este caso ya el *presentante* no tiene nada que hacer, pues es el *interesado* o interesados los que deciden y si no lo hacen se prevé la anotación preventiva.

C) LA VOLUNTAD Y EL CONTENIDO DEL ASIENTO

- a) *La minuta del asiento*.—Al lado de la norma reglamentaria (artículo 374), que permite al Registrador «ajustarse en lo posible» en la redacción de los asientos a las instrucciones y modelos oficiales, y la del 51, 9, a), que establece e impone al Registrador, que no puede quitar ni añadir ninguna circunstancia ni siquiera con acuerdo de las partes, existe en la misma Ley y en el Reglamento la facultad de solicitar del Registrador minuta del asiento a practicar, para que si notan algún error u omisión importante puedan pedir al Registrador o, en su defecto, al Juez de 1.ª Instancia, que se subsane (arts. 258 de la Ley Hipotecaria y 385 del Reglamento Hipotecario).

El precepto no creo que haya tenido mucha aplicación, pero de cualquier manera supone una intervención de la voluntad en la redacción de los asientos, la cual, sin embargo, queda

limitada ante la independencia del Registrador, que puede aceptar la redacción que se le ofrezca o redactar el asiento como disponga el Juez, pero siempre haciendo constar esas circunstancias.

- b) *El error en el asiento.*—Entiendo que los errores cometidos en los asientos, bien sean materiales o de concepto, deberán en unos casos rectificarse por el Registrador, en otros necesitarán el consentimiento de los interesados y en otros la decisión judicial. Todo ello conforme a lo que disponen los artículos 211 a 220 de la Ley Hipotecaria y los concordantes del Reglamento 314 a 331. La prestación del consentimiento, sin embargo, no supone una proyección de la autonomía de la voluntad, ya que el asiento no se rectifica como la voluntad quiere, sino como aconseja el error padecido. Es decir, la voluntad juega como requisito para la rectificación, no para determinar el contenido de la rectificación. Por eso el artículo 218 de la Ley Hipotecaria, en caso de discrepancia en torno al concepto de error de concepto, ordena dilucidar la cuestión en juicio ordinario.
- c) *La modificación del asiento.*—De los tres elementos fundamentales que revela el asiento a través de la publicidad: el sujeto, la finca y el derecho, pueden alterarse o modificarse en base del juego de la autonomía de la voluntad. Aparte de los cambios de nombres —frecuentes en sociedades— y alteración de apellidos —propios de personas naturales—, es evidente que el negocio jurídico puede provocar el cambio de titularidad y, con ello, la modificación del asiento que se sustituye por otro nuevo. Lo mismo sucede con el derecho y con la finca, siendo esta última la que admite las figuras de la obra nueva, segregación, agregación, división, agrupación, exceso de cabida, reducción de la misma, deslinde, etc.

D) LA AUTONOMÍA EN RELACIÓN CON LOS PRINCIPIOS DEL SISTEMA
Y LOS PROCEDIMIENTOS QUE SE REGULAN

- a) *Con los procedimientos.*—Hay una norma, referida al procedimiento judicial sumario, en el artículo 129 de la Ley Hipotecaria, que dispone: «Sin que ninguno de sus trámites pueda ser alterado por convenio entre las partes», lo cual permite extender la misma a todos los procedimientos que la Ley establece, pues sus reglas suelen ser inderogables, de orden público y ale-

jadas de una posible modulación autonómica. Las partes o la parte podrá o no elegir el procedimiento, pero una vez elegido y pactado no puede desviarse de los trámites establecidos.

Esto sucede en los procedimientos de los artículos 37, 38, 40, 41, 66, 126, 131, 132, 201, 203, 210, etc...

- b) *Con los principios.*—Entiendo que aquí el carácter institucional del Registro se impone frente a la voluntad del particular. No cabe pacto en contra de cada uno de los principios que estructuran el sistema, pues ellos, aparte de representar la traducción del «orden público», significan el principio superior constitucional de la *seguridad jurídica* en su versión de seguridad del tráfico. Quedan, por supuesto, intocables, la publicidad y sus grandes consecuencias jurídicas: la legitimación, la inoponibilidad y la fe pública registral. Igualmente nada puede pactarse para la alteración del principio de trácto sucesivo, con sus normas y sus excepciones o modalidades.

Tampoco puede decirse que la voluntad de los particulares altere o modifique la rogación, aunque juegue, como hemos visto, en sus diferentes modalidades. El principio de calificación supone el límite a la autonomía, la prioridad una posibilidad de juego autonómico y el consentimiento es otro de los puntos que debe tenerse en cuenta para el comentario.

E) LA PRIORIDAD, LA CALIFICACIÓN Y EL CONSENTIMIENTO

- a) *La prioridad.*—He defendido en un trabajo que estaba por publicar (22) en honor de TIRSO CARRETERO la distinción entre prioridad formal y sustantiva, términos no admitidos por H. CRESPO (23).

No es ocasión para poder detenernos en los conceptos y en las razones alegadas, pues sólo quiero destacar cómo la voluntad de los particulares en su autonomía puede alterar lo que se ha denominado «rango hipotecario» provocado por la aplicación del *prior tempore potior iure*. Y de ello surgen las conocidas figuras de la alteración de rango, posposición, permuta y reserva de rango, reguladas en el artículo 241 del Re-

(22) CHICO Y ORTIZ (J. M.): «La prioridad formal y la sustantiva» (*Libro Homenaje a Tirso Carretero*, Madrid, 1985).

(23) HERNÁNDEZ CRESPO (C.): «Certificación registral con reserva de prioridad» (ponencia del II Congreso Internacional de los Seminarios de Extremadura, Valladolid y Salamanca).

glamento Hipotecario y extendidas genéricamente a todos los derechos en el 233 del mismo Reglamento Hipotecario. Aparte de esto, antes hemos visto la determinación del rango por los presentes de los documentos.

Donde, sin embargo, no puede jugar nunca la voluntad de los particulares es en el rango o prioridad sustantiva y, por ello, entiendo que no puede ser admitido ningún pacto que viole el cierre registral a todo acto incompatible con el anotado o inscrito; todos aquellos que intenten alterar el principio de oponibilidad del artículo 32 de la Ley Hipotecaria, el carácter constitutivo de la hipoteca (art. 145, 2, de la Ley Hipotecaria) y, por supuesto, las dos grandes manifestaciones de la prioridad sustantiva del artículo 44 de la Ley Hipotecaria y 198 del Reglamento Hipotecario (anotación preventiva de embargo y de demanda).

- b) *La calificación.*—Debemos entender que la calificación, rodeada de sus caracteres de inexcusable, unipersonal, independiente y con responsabilidad personal, no supone más que un requisito para observar la legalidad vigente y para que lo que se inscriba concuerde con lo que puede inscribirse. Y ahí es donde está la gran lucha entre lo que se dice en el documento y lo que pueden reflejar los libros registrales. Creo que en una forma un tanto esquemática podríamos exponer los tres grandes problemas que tiene planteados frente al Registro la autonomía de la voluntad:

1. *La creación de nuevos derechos reales.*—La famosa teoría del *numerus apertus* que parecen avalar la frase, «y otros cualesquiera derechos reales» (art. 2 de la Ley Hipotecaria), «sino cualesquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza» (art. 7 del Reglamento Hipotecario), está mediaticada por la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros, que no autoriza a la constitución de cualquier relación jurídica con el carácter y efectos del derecho real... que ha de llenar las características externas y aparentes que la hacen trascender a terceros y los requisitos de la inscripción (Resoluciones de la Dirección General desde 11 de abril de 1930 a 27 de marzo de 1947, 31 de mayo de 1951, 1 de agosto de 1959, etc.). Quizá es que falte poder e imaginación para todo ello, como dice G. PALOMINO. Difícil solución tiene la materia, ya que la doctrina tam-

poco está muy unificada en este punto, sirviendo de ejemplo los dos grandes temas que tiene planteados el Derecho Hipotecario: la concesión de «exclusiva» en forma de derecho real que tropieza con la idea del monopolio y el *leasing* inmobiliario, tema del último Congreso Registral.

2. *El delito y la autonomía de la voluntad*.—El antiguo artículo 101 del Reglamento Hipotecario (convertido hoy en el 104) impone a los Registradores la suspensión o denegación de la inscripción del documento del que resulte la existencia de un delito, obligándole a que «dé parte a la correspondiente autoridad judicial», con remisión del documento y haciendo constar todo ello por nota al margen del asiento, el cual no se entenderá «suspendido» ni «prorrogado». ¿Y si el Juez no estima que existe delito y se pierde prioridad? Claro que todo depende de que se haya o no practicado anotación preventiva, que puede ser lo más aconsejable.
3. *Cláusulas y condiciones leoninas*.—En el momento actual es muy difícil pronunciarse sobre lo que podría llamarse «parte débil» del contrato, ya que si bien el carácter de acreedor parece conceder a éste la parte preponderante para la realización del crédito, lo cierto es que el «impago» se ha impuesto en la práctica comercial y esa parte débil sobre la cual pesaban condiciones, requisitorias, amenazas de nulidad, protestos, etc., se ha convertido en la parte fuerte o resistente al incumplimiento. Ante este hecho singular cabe preguntarse, ¿cuál es la parte débil del contrato y hasta qué punto la cláusula pactada puede ser considerada como leonina?

En el año 1978 (14 y 15 de diciembre) se celebraron las II Jornadas de Derecho de Consumo y en ellas actué como uno de los ponentes, amablemente invitado por GARCÍA DE PABLOS, desarrollando el tema «Cláusulas y comportamientos abusivos en las garantías reales, hipotecas, prendas y demás derechos de garantía». Todo ello tuvo una referencia de prensa, pero luego no cristalizó en publicación alguna y ahí debió quedar, pues a mí me ha costado encontrar las notas que sirvieron de base. Pueden servir de arranque para esbozar un esquema. Con ellas podríamos distinguir:

- a) *Cláusulas condicionales en las transmisiones*.—Es el frecuente caso de compraventa con precio aplazado

garantizado con condición resolutoria y la cláusula penal de pérdida de lo entregado por el comprador si deja de satisfacer alguno de los plazos pendientes, aparte de la resolución del contrato. Es decir, estamos ante la situación que regula el artículo 1.504 del Código Civil, en su conexión con los artículos 1.124 y 1.154 del mismo (sobre moderación de la pena).

Creo recordar que mi postura en aquel entonces fue la siguiente: es preciso distinguir el condicionamiento del pago aplazado y su efecto real frente a tercero y la cláusula penal que como pacto celebran las partes en torno a la devolución o no del precio ya cobrado, que como tal pacto puede ser moderado por los Tribunales al ser considerado abusivo o leonino. Creo que el artículo 51, 6.º, del Reglamento Hipotecario autoriza a reflejar las condiciones resolutorias..., pero para nada habla de reflejar registralmente «las consecuencias» de la resolución, que se reducen a lo que dispone el artículo 59 del Reglamento Hipotecario.

Esto es lo que yo decía en aquel entonces y que parece encajar con lo que la Dirección General de los Registros ha mantenido durante mucho tiempo: la resolución de la venta, la cancelación de la inscripción de adquisición y la nueva inscripción a favor del primitivo vendedor, con el cumplimiento de los requisitos legales que se establecen. Es decir, el principio de publicidad y la garantía real que significa el aplazamiento de pago al que las partes dan efectividad real provoca la consecuencia registral dicha. Todo ha sido así hasta la Resolución de la Dirección General de los Registros de 29 de diciembre de 1982, que, como todos sabéis, establece que para que pueda procederse a la cancelación por falta de pago no sólo es preciso haber observado los requisitos y formalidades del artículo 59 del Reglamento, sino que el comprador requerido «no se oponga a la resolución» y se proceda a la consignación decretada en el artículo 175, 6.º, del Reglamento Hipotecario, para practicar la cancelación y reinscribir el inmueble a nombre del vendedor... ¿Será esa la forma de atacar una posible

cláusula abusiva o leonina eliminando la fuerza de la publicidad registral? (24).

- b) *Permuta o cesión de solar a cambio de transmitir en su día uno o varios de los pisos a construir.*—Estamos ante la permuta o cesión de un inmueble por una cosa futura que no existe en la realidad. Los problemas que dicho negocio plantea son muchos, pues lo que se busca a través del contrato es el logro de que el comprador o contratista tenga el solar inscrito a su nombre para que pueda pedir y obtener una hipoteca que le permita la construcción.

PELAYO DE LA ROSA DÍEZ (*La permuta*) entiende que es válido el negocio y que lo apoya el 1.271 del Código Civil sobre cosas futuras. GARCÍA BERNARDO LANDETA (*Piso futuro y viviendas acogidas*) entiende que el promotor adquiere el solar y lo puede inscribir en el Registro de la Propiedad. Mi opinión es que el que transmite no recibe a cambio más que la promesa u obligación del promotor de recibir uno o varios pisos contruidos. Salvo que esa obligación se apoye en una garantía o en una condición resolutoria el contrato no podría inscribirse. Caso de existir condición resolutoria habría que acudir a la figura de la posposición de garantías para la obtención posterior del crédito.

MARTA FONTÁS E. (*Venta de solares en la modalidad de permuta*) y MUÑOZ DE DIOS G. (*Aportación en solar y edificación en comunidad*) escriben sobre la materia. Posibles figuras a utilizar: el derecho de superficie, poder para enajenar los pisos y locales valorando el solar y repartiéndose ganancias (¿sociedad?), negocio fiduciario, etc.

- c) *Renuncia o cesión del derecho de reversión.*—La reversión es para mí una figura que cariñosamente he estudiado, pero que siempre me es difícil de dominar. Cada vez que la contemplo me ofrece una cara diferente.

He visto en una escritura una cesión anticipada o

(24) Otro caso curioso que se planteó en el coloquio fue el del poder solidario otorgado a dos personas para vender y comprar uno a otro, salvando expresamente el problema de la autocontratación. Como derivación del mismo se trató el del poder mancomunado.

renuncia traslativa del derecho de reversión. La cosa es muy difícil de admitir, ya que la reversión no pasa de ser un posible derecho expectante que puede existir si el fin de la expropiación deja de ser necesario. Todo depende del encuadramiento del momento en que la reversión nace y de quién tiene derecho al mismo: el dueño y sus causahabientes o el dueño o sus causahabientes. La cláusula que no comprendí muy bien se refería a una expropiación de terrenos en una autopista y para el caso de que los terrenos reviertan a sus dueños, dichos dueños ceden sus derechos en la reversión a la Constructora XXX y los cedentes apoderan a la misma empresa para que en su nombre pueda realizar los actos y firmar los contratos con la sociedad concesionaria, aun cuando se produzca la figura de la autocontratación.

JOSÉ MARÍA SAS LLAUDARO y JESÚS SOLCHAGA LOITEGUI, en los *Anales* de la Dirección General de lo Contencioso, mantienen la tesis de la posibilidad de la cesión, ya que se trataba de un caso en que la reversión había nacido (Sentencias de 30 de noviembre de 1965, 25 de junio de 1957 y 18 de diciembre de 1950). También ALFONSO PÉREZ MORENO trata del tema (*La reversión en materia de expropiación forzosa*), configurándolo como un derecho potestativo.

- d) *Cláusulas en materia de hipotecas.*—Existen varios trabajos en el *Boletín del Colegio* y, por eso, me limito a una enunciación de cláusulas que no pueden tener acceso al Registro en base a diversas razones y cláusulas que merecen un estudio especial por su difícil contenido: el pacto comisorio y las cláusulas de interés variable y moneda extranjera.

— *Cláusulas que no deben inscribirse.*—Ya creo que cité al principio aquella cláusula de vencimiento anticipado de hipoteca si la escritura no fuera inscribible, lo cual puede suponer o la «condensación de una idiotez» o el encubrimiento de la verdadera naturaleza constitutiva de la inscripción en materia hipotecas. Pero aparte de esa cláusula, caben citar las siguientes:

- a) Las que prohíben al hipotecante enajenar, arrendar, otorgar contrato alguno inscribible, precipitan el vencimiento de la hipoteca o suponen condición resolutoria si se realizan (artículo 27 de la Ley Hipotecaria, Resoluciones de 6 de julio de 1917, 26 de julio de 1928, 9 de junio de 1914, 25 de noviembre de 1935, 16 de abril de 1936, 4 de noviembre de 1968, etcétera).
- b) Fijación de cantidad global para pago de intereses, costas y gastos (Resolución de 14 de febrero de 1935); pacto de compensación de frutos con intereses (Resolución de 17 de octubre de 1945); convenio de renuncia a la cancelación parcial cuando el acreedor haya aceptado el pago fraccionado del crédito (Resolución de 25 de noviembre de 1935).
- c) Todos los que se refieren a una posible alteración de trámites en los procedimientos de ejecución (art. 129 de la Ley Hipotecaria) y los que supongan vencimiento anticipado de la obligación por enajenación forzosa de la finca en procedimiento de apremio (arts. 131 y 133 de la Ley Hipotecaria de derecho necesario).

— *El pacto comisorio.*—La figura aparece enmascarada mediante la concesión de una *opción de compra* hecha al acreedor en caso de impago o incumplimiento de una obligación. Lo que se trata de garantizar con ello no es el cumplimiento de la obligación, sino el no perjuicio ante el incumplimiento. La opción de compra lleva consigo —en el caso real de que se trataba— de la intención de sustituir el cobro de un crédito por la adquisición de una finca.

El tema queda claro que no cabe incrustarlo en un crédito garantizado con hipoteca, prenda o anticresis, ya que el mismo es nulo conforme al artículo 1859 del Código Civil. Cabe, sin embargo, preguntarse si puede ser estipulado, al amparo del 1.255 del Código Civil, como «garantía» de una deuda. Al mismo parecen oponerse el posible enri-

quecimiento injusto por el juego de valores en los diferentes momentos y la destrucción de la naturaleza de todo derecho de garantía que lleva consigo la realización del valor de la cosa, mientras que aquí no se convierte la cosa en dinero, sino que lo que se produce es una adjudicación en pago de deuda. También se aduce que con ello las partes pactan una ejecución «extrajudicial» por trámites privados. El recurso, ganado en la Audiencia, está pendiente en la Dirección.

- *Las cláusulas de interés variable y moneda extranjera.*—He de confesaros que si incluyo esta materia es por mera cita, pues ante estas cláusulas me encuentro disminuido, sobre todo después de la opinión de JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA (*Las cláusulas de interés variable en las hipotecas*) que amablemente me dedica su separata y en su página 13 entiende que yo en ese punto he alcanzado mi mayor grado de incompetencia, pues dice: «Otro autor que se ha ocupado (lo que no dice es que fui el primero que se ocupó de todo ello y sobre la base de mi estudio o notas CALIXTO GARCÍA defendió parte de su recurso plasmado en la Resolución de 12 de septiembre de 1972) de estas cláusulas es JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ, tan agudo y ocurrente en otros temas, pero que en este punto no acaba de ser muy convincente, pues, al hacer la distinción entre «parteš» y «terceros», atribuyendo a la Resolución lo que no dice, ha podido provocar cierto confucionismo en relación con el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, que nada tiene que ver con nuestro caso». Luego cita mis obras, pero no el artículo «pionero» en que se basa parte de la Resolución.

Comprenderéis que ante esto yo no me atreva en estos momentos improvisar una posible solución, pues el tema exigiría tiempo y tiento y a mí me habiéis avisado para dar esta charla hace escasamente veinte días. De todas formas tengo entendido que la opinión de J. MANUEL GARCÍA no es aceptada plenamente en Cataluña. Una vez que salgan

todos los trabajos y ponencias del Congreso habrá que pensar en hacer algo sobre esta materia, ya que allí hay dos o tres aportaciones importantes. De todas formas os diré que la postura de J. MANUEL GARCÍA se basa en estos puntos:

1. Para el desarrollo de su tesis distingue entre el «interés inicial» que variará posteriormente, el «tipo de referencia» que se tiene en cuenta para la variación del interés, el «interés preferencial» que la entidad concede a clientes de trato preferente, la «diferencia» de puntos existentes entre el interés inicial pactado y el de referencia, el «período de interés», el «máximo de responsabilidad hipotecaria» y la figura discutida del «tercero».
2. Necesidad de que el tipo de referencia sea objetivo y no subjetivo o el «preferencial» de la entidad.
3. Necesidad de que se fije un máximo de responsabilidad hipotecaria entre partes y respecto de terceros y aunque la hipoteca del capital sea ordinaria.
4. Necesidad de pactar la forma de acreditar el interés variable para poder inscribir la referencia al procedimiento judicial sumario, necesidad de notificar al prestatario las variaciones de interés y pactar la llamada cláusula de rescisión con ocasión de cualquier subida de interés.

He visto hace poco una cláusula de interés variable que ocupaba dos folios con letra apretada y me sentí incapaz de descubrir lo que el deudor debería pagar al vencer el crédito. También rechacé hace tiempo una hipoteca en la que la devolución del capital —y creo que también de los intereses— se haría en pesetas al cambio que éstas tuvieran con relación al dólar... y sin señalar máximos de responsabilidad.

- e) *Cláusulas generales de la contratación.*—En la elaboración del anteproyecto de ley sobre «condiciones gene-

rales de la contratación», del que fueron ponentes JUSTINO F. DUQUE y FERNANDO RODRÍGUEZ ARTIGAS, formé parte como Vocal permanente de la Comisión General de Codificación, y en el mismo —al hilo de lo que hemos visto estos días en el «Curso sobre Derecho Comunitario Europeo»— se recogió una recomendación contenida en la Resolución del Consejo de Europa de «prever un sistema de control apropiado contra las cláusulas abusivas» que provocan el desequilibrio inicial del contrato. Merecería la pena adentrarse un poco en la Exposición de Motivos de dicho anteproyecto y en su desarrollo, pero aquí sólo tenemos tiempo de enumerar el catálogo de cláusulas concretas que son consideradas ineficaces:

1. No cabe la reserva de un plazo excesivamente largo para aceptar o rechazar una oferta contractual, ni reservarse la facultad de interpretar los términos del contrato.
2. No cabe la reserva del derecho a determinar si la prestación se ajusta a lo determinado en el contrato, ni la facultad de modificar unilateralmente el contrato, ni la de resolverlo, salvo que el contrato se prolongue en el tiempo. Si entra en juego el 1.124 del Código Civil en caso de «retraso culpable en el cumplimiento de las prestaciones» está prohibido el pacto que impide la compensación de créditos.
3. En materia de vicios y defectos ocultos se mantiene la posibilidad del desistimiento o disminución proporcional del precio. No caben ciertos pactos: la sustitución de responsabilidad por la exclusiva de otra persona.
4. No cabe la exclusión o limitación de la responsabilidad por dolo o culpa, ni el traslado de responsabilidad a un tercero.
5. Se prohíbe el pacto de indemnización «no razonable» en caso de incumplimiento, resolución o denuncia, ni el pacto de una cantidad global excesiva en relación con los daños previsibles. Sólo cabe la cláusula penal sustitutiva de la indemnización.

6. No cabe la sumisión o Juez «no competente», ni a Derecho extranjero.
7. Para comunicaciones y notificaciones: forma escrita o carta certificada, sin que puedan exigirse más formalidades. No cabe notificación en lugar distinto del domicilio, ni cambio de éste a esos efectos.
8. Se tienen por no puestas las cláusulas que alteren las reglas de la carga de la prueba.

De la repercusión que todo ello puede tener en los actos inscribibles lo dejo a vuestra imaginación, pero quedan excluidos los contratos administrativos, los de trabajo, los de sociedad, los que regulan relaciones familiares y los contratos sucesorios.

c) *El consentimiento*.—El principio del consentimiento, en sus dos aspectos, formal y sustantivo, ofrece singulares proyecciones en relación con la autonomía de la voluntad y en el constante juego de la vida futura del asiento y el principio de la salvaguardia de los Tribunales. De cómo admitamos el principio y sus clases veremos sus posibles repercusiones en orden a esa voluntad anticipada cancelatoria, a esa voluntad formal de cancelación y de esa voluntad suplida a veces, aparte de la causal. Brevemente tocaremos estos puntos, muchos de los cuales están resueltos por la Dirección General de los Registros en diversas resoluciones:

1. *La voluntad causal*.—Volver a lo que todos hemos aceptado en aras de una amplitud del principio de calificación es, sin duda, una torpeza. La causa, aunque se presuma su existencia y validez, es preciso someterla a calificación y de ahí que todo consentimiento, como manifestación de voluntad, debe estar asistido de una causa. Díez PICAZO, ROCA SASTRE, ZUMALACÁRREGUI, etc., aciertan al exponer estos puntos.
2. *La voluntad formal*.—Toda la temática del principio del consentimiento está o reside en el llamado consentimiento formal, su posibilidad en el Derecho español, las condiciones que ha de reunir, la posibilidad de un consentimiento anticipado, etc.

El tema se centra en el artículo 82 de la Ley Hipotecaria, que dice: «en el cual preste su consentimiento para la cancelación la persona a cuyo favor se haya hecho la inscripción o sus causahabientes o representantes legítimos...». Es norma parecida a la que contiene el BGB alemán (artículo o párrafo 875), pero que es dudoso pueda suponer un consentimiento formal, aséptico, sin causa. Otros artículos exigen el consentimiento: 103, 174, 175, 178, 179 y 193 del Reglamento Hipotecario, y es preciso, siguiendo a ZUMALACÁRREGUI, rechazar que en esos casos exista un «acto de disposición» (ya que el consentimiento se limita a cumplir una obligación, que es la de facilitar el ajuste entre Registro y realidad), tampoco hay «acto unilateral» (ya que existe otro interesado que es el del supuesto del artículo 82, 3, que se refiere al que la cancelación «perjudique») y debe contener «una causa» (ya que los artículos 79, 80, 99 y 103 de la Ley Hipotecaria así lo exigen: contener la causa de la extinción total o parcial del asiento de que se trate).

3. *Consentimiento anticipado.*—Hay dos Resoluciones de la Dirección General que abordan la problemática del consentimiento anticipado para la cancelación. Una es la de 22 de agosto de 1978, referida a la cancelación de hipoteca, y la segunda es la de 28 de noviembre de 1978, que admite la cancelación de condición resolutoria con consentimiento anticipado y una vez transcurrido el término legal o voluntario establecido.

La primera de ellas plantea (según leo en mis comentarios a la misma en el *ADC*) la interpretación de la frase empleada por el representante de la entidad acreedora, que dice: «Da carta de pago, es decir, declara estar reintegrado del préstamo... y, en consecuencia, cancela la hipoteca», es suficiente como expresión del consentimiento del acreedor exigido por el artículo 82 de la Ley Hipotecaria. Según la Dirección, basta que esté clara la constancia en la correspondiente escritura de «la voluntad del acreedor de extinguir o poner fin a la garantía hipotecaria», sin que sea precisa una forma sacramental que recoja la expresión del consentimiento. Yo entendí que el «consentimiento» es requisito sustancial, no como fórmula a emplear. Y, por supuesto, acepté, que prestado el consentimiento para la

cancelación y hecha la misma entra en juego el artículo 97 de la Ley Hipotecaria. Lo que me resistía a aceptar es que la Dirección General diga que se puede inducir un consentimiento de una manifestación de voluntad de cancelar, lo cual podría permitir una inducción más atrevida: de un consentimiento formal podría inducirse una causa cancelatoria.

TIRSO CARRETERO, que también comentó esta Resolución, entendía que: 1) La simple cláusula de carta de pago, sin referencia a la hipoteca ni a su extinción, debe estimarse insuficiente. 2) El consentimiento formal tampoco es suficiente. 3) La que contenga cláusula de consentimiento material, con expresión de un principio de causalización, aunque sea escaso, debe reputarse suficiente, aunque el consentimiento formal resulte meramente implícito. Yo discrepé de todo ello, ya que solamente en los supuestos de indeterminación del titular (títulos endosables o al portador, hipoteca cambiaria) se admite la justificación del pago para la cancelación, pero en los demás se requiere el consentimiento. Por eso estimaba inscribible la escritura con simple consentimiento formal, sin perjuicio de que si se demostrase la inexistencia de la causa debería rectificarse a efectos de rectificar la presunción del artículo 97 de la Ley Hipotecaria.

La Resolución de 28 de noviembre de 1978 admite la validez del consentimiento formal cancelatorio anticipado para cancelar la condición resolutoria del artículo 1.504 del Código Civil por caducidad o vencimiento del plazo de vigencia. La Resolución era complicada, tenía diversos reconvocos y antecedentes en a de 11 de diciembre de 1974 y se basa en que al admitir el Registrador a inscripción determinadas cláusulas, debe inevitablemente admitir la del consentimiento cancelatorio anticipado. No creo que el hecho de que en un acta notarial se justifique estar en poder del comprador todas las letras que implican parte del precio pueda ser una causa de extinción de la condición, ya que ello no pasa de ser un hecho justificativo del pago, exigiéndose por el artículo 82 el consentimiento para entender extinguida la condición. Aparte de que conforme a los artículos 23 de la Ley y 56 y 177 del Reglamento se establece un procedimiento y forma para hacer constar el cum-

plimiento de la condición. ¿Se consiente en la cancelación de la inscripción o en el derecho a resolución?

Otro gran tema que suscita esa Resolución es si cabe o no poner un plazo de caducidad a la facultad resolutoria: transcurrido ese plazo la misma queda extinguida. TIRSO CARRETERO, con gran agudeza, decía que eso significaba introducir la problemática del negocio abstracto en uno de los elementos accidentales y al desconectar aquélla de su causa (garantizar el pago del crédito), cortando la resolución y el impago, ocasiona una cláusula contradictoria y una condición ambigua. Considera dicho autor que dicho plazo de caducidad no afecta a las relaciones «inter partes» y solamente se refiere a posibles terceros.

Por supuesto que dicha Resolución ha planteado más problemas cual es el de si cabe aplicar la doctrina del artículo 355 del Reglamento Hipotecario, y FÉLIX RODRÍGUEZ LÓPEZ («El pacto comisorio temporal. Su cancelación por la vía del artículo 355 del Reglamento Hipotecario», *RCDI*, 1981) abordó el tema y entendió que el artículo 355 se refiere a «derechos que hayan caducado con arreglo a la Ley Hipotecaria», no aludiendo a los que caduquen por voluntad de los particulares, aparte del juego de los artículos 3, 6, 79, 99, 254 de la Ley Hipotecaria y 97, 1.º, y Resolución de 1974.

III. LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN EL ASPECTO FORMAL DE LA PUBLICIDAD

Hay que partir del principio de que el Registro es público y que existen diversas maneras de poder consultar su contenido, aparte de considerar que la certificación registral es el único medio para acreditar la libertad o gravamen de las fincas. La temática es descubrir cómo juega la voluntad de los particulares en orden a esa averiguación de contenido registral. Los requisitos, condicionamientos o, si queréis, principios que rigen esta materia pueden concretarse de la siguiente forma:

- a) Hay que distinguir entre el principio de publicidad y la legitimación de las personas para su logro. Sólo el que tenga «interés conocido» a juicio del Registrador puede averiguar el contenido registral.
- b) De las tres formas de hacer público el Registro (manifestación,

nota simple y certificación) entiendo que la voluntad del particular sólo juega en la petición de la última, ya que en las anteriores el Registrador puede decidir que sea exhibición o nota simple, pero nunca puede obligar a la certificación (art. 332 del Reglamento Hipotecario).

- c) La voluntad del particular juega en la clase de certificaciones y en esa serie de modalidades que ha introducido la reforma del Reglamento de 21 de diciembre de 1983, con «información continuada», con «informe no vinculante», etc.

IV. LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD FRENTE AL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO

Los techos del Derecho han sido siempre una preocupación filosófica que dio vida a esa asignatura que todos hemos estudiado llamada de la «Filosofía del Derecho». Cuando el Derecho legislado se agota hay un conjunto de recursos o fuentes subsidiarias a las que se puede acudir para eliminar la problemática de las lagunas del Derecho: unas veces es la costumbre, los usos, los principios jurídicos, la jurisprudencia, etc.

Techos, lo que se dice techos, tendríamos que contemplar todas aquellas teorías que tratan de justificar la justicia del Derecho, es decir, estamos en el campo de los valores, de los principios y de los ideales de justicia. ¿Es el Derecho natural el techo jurídico? Quizá, como también puede serlo en cierto sentido los pronunciamientos universales sobre los derechos del hombre.

Si ROMA dicta por tres veces normas al mundo: una por la unidad de su imperio, otra por la de la Iglesia y otra por haberse aceptado el Derecho romano como común de todos los países, según nos dice IHERING, es evidente que aquella influencia normativa que se plasmó en la época de las codificaciones tiene ahora planteado un auténtico problema de asimilación de ciertos techos jurídicos que rigen o han de regir en una comunidad en la que España parece haber entrado. Esto es como el que adquiere un piso en una comunidad de propietarios y le afectan los estatutos establecidos.

El techo de nuestro Derecho ya no es el ordenamiento jurídico español, sino que lo es la normativa que puede quedar vigente al amparo de la que existe en esa Comunidad Europea. Nuestra norma, constitucional o inconstitucional, deberá adaptarse a esa normativa que parte de dos principios alentadores: la libertad de circulación de individuo y la de la persona jurídica, pero que a la hora de hacerse realidad se ve coartada por un conjunto de normas que convierten los principios en idea-

les a conseguir: sirvan de muestra el mercado hipotecario y las sociedades anónimas, que están afectadas por esos controles de auditorías, directrices y limitaciones en las que la voluntad individual ya ni siquiera puede actuar por adhesión, aún y a pesar de prohibirse el monopolio, la exclusiva y figuras similares.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

Registrador de la Propiedad

El Derecho de la competencia^{*}

Las uniones y asociaciones de empresas. Las prácticas concertadas. Abuso de posesión. Las ayudas estatales. Las empresas públicas y los monopolios estatales

SUMARIO: 1. *Introducción.*—2. *Concepto comunitario de competencia.*—3. *Disposiciones en materia de competencia en la CECA.*—4. *Disposiciones en materia de competencia en la CEE.*—5. *El artículo 85 del Tratado CEE:* 5.1. Origen de los actos perturbadores: 5.1.1. Elemento subjetivo: a) Concepto de empresa. b) Asociaciones de empresas.—5.1.2. Elemento objetivo: a) Acuerdos entre empresas. b) Decisiones de asociaciones de empresas. c) Prácticas concertadas.—5.2. Efectos: 5.2.1. Impedir, restringir o falsear el juego de la competencia.—5.2.2. Afectar al comercio entre los Estados miembros.—5.2.3. Dentro del Mercado Común.—5.2.4. Concepto de «Relevant Market».—5.3. Ambito material de aplicación: 5.3.1. Sector bancario.—5.3.2. Sector de los transportes.—5.3.3. Productos agrícolas.—5.4. Acuerdos de importancia menor.—5.5. Acuerdos expresamente prohibidos.—5.6. Supuestos de exención.—6. *El artículo 86 del Tratado CEE, abuso de posición dominante:* 6.1. Elemento subjetivo.—6.2. Concepto de posición dominante.—6.3. Abuso de posición dominante.—6.4. Supuestos de abuso de posición dominante.—6.5. Prácticas abusivas expresamente prohibidas.—7. *La aplicabilidad de las disposiciones en materia de competencia a las empresas públicas.*—8. *Las ayudas estatales.*

1. INTRODUCCION

Conforme a las razones justificadoras del Tratado de Roma que crea la Comunidad Económica Europea expuestas en su preámbulo, los Estados signatarios, alentados por un espíritu de colaboración y solidaridad,

(*) Este trabajo corresponde a la conferencia pronunciada en el Curso de Derecho Comunitario Europeo, celebrado en Madrid durante los días 9 al 12 de abril de 1985 por iniciativa del Centro de Estudios Hipotecarios del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad.

animados por ideales de paz y justicia y movidos por una serie de necesidades e intereses comunes, tales como conseguir mediante una acción común el progreso económico y social, el mejoramiento constante de las condiciones de vida y empleo, la estabilidad dentro de la expansión, el equilibrio en los intercambios y la lealtad en la competencia, el reforzamiento de la unidad de sus economías y del desarrollo armónico reduciendo las diferencias entre las diversas regiones y el retraso de las menos favorecidas y la progresiva supresión de las restricciones a los intercambios internacionales, adoptan solemnemente la decisión de crear una Comunidad Económica Europea.

Tales declaraciones encuentran su traducción y concreción positiva en el artículo 2 del Tratado CEE, en el que se formulan los objetivos económicos fundamentales de la CEE: «Promover un desarrollo armónico de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, una expansión continua y equilibrada, una estabilidad creciente, una elevación acelerada del nivel de vida y relaciones más estrechas entre los Estados que la componen».

Para la consecución de tales objetivos fundamentales este precepto establece dos cauces o medios fundamentales: «El establecimiento de un mercado común y el acercamiento progresivo de las políticas económicas de los Estados miembros». El establecimiento de un mercado común supone la creación de un espacio económico supranacional, común a varios Estados, regido por un sistema de economía de mercado. Y, como se sabe, una economía basada en el mercado (nacional o supranacional) es, básicamente, una economía competitiva asentada sobre el principio fundamental de la libre competencia.

Ahora bien, la aplicación efectiva de este principio de libre competencia a un ámbito de mercado supranacional exige previamente la actuación, por parte de cada uno de los Estados miembros, de una serie de medidas tendentes a la eliminación de las barreras aduaneras y la supresión de toda clase de obstáculos a la libertad de establecimiento y de circulación de personas, bienes, servicios y capitales en el ámbito del mercado comunitario.

La aplicación del principio de libre competencia a un ámbito de mercado supranacional no se limita a exigir, como requisito previo, la desaparición de las barreras aduaneras y la consiguiente ruptura de la tabicación de los mercados interiores de los países miembros de la Comunidad, sino que impone también a todos los empresarios que operen en ésta la prohibición de eliminar, restringir o desvirtuar la libre competencia por medio de acuerdos privados o prácticas concertadas para-

lelas, así como la prohibición de abusar de posiciones de dominio alcanzadas en el mercado.

Así pues, mercado y libre competencia constituyen los elementos fundamentales del modelo económico establecido por el Tratado CEE para la consecución de sus objetivos fundamentales.

Desde el punto de vista económico, la consecuencia lógica y obligada del establecimiento de un mercado común en régimen de libre competencia es el incremento de los intercambios económicos entre los Estados miembros de la CEE; intercambios que al tener que realizarse bajo las mismas condiciones de libertad e igualdad entre los sujetos económicos de los distintos países comunitarios, quedan sometidos a una competencia económica particularmente intensa y eficaz, una vez rotas las barreras proteccionistas con las que las respectivas legislaciones nacionales intentaban salvaguardar los intereses económicos de sus empresarios nacionales frente a la competencia económica, actual o potencial, de los empresarios extranjeros. De aquí que los futuros Estados miembros deban aceptar que las empresas virtualmente sostenidas por medidas proteccionistas ofrecidas por las legislaciones nacionales están llamadas a desaparecer al producirse la adhesión a la Comunidad.

En otras palabras: la política de competencia en la CEE persigue la formación de unidades económicas fuertes y capaces de afrontar la competencia de las empresas extrañas a la CEE. De aquí que si bien, por un lado, se prohíben todos los acuerdos entre empresas que tengan por objeto o produzcan el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia dentro del mercado común (art. 85, 1, T. CEE), por otro, en cambio, se admite, dentro de unos límites razonables, la formación de grandes unidades económicas mediante la técnica de la concentración de empresas de los Estados miembros, a fin de dotar a éstas de una mayor competitividad en el mercado mundial y de incrementar, también, la cooperación dentro de la CEE a través de técnicas de apoyo o colaboración mutua y de mayor racionalización del proceso de producción. Pero adviértase que estas técnicas no pueden implicar, en ningún caso, la implantación de obstáculos o frenos a la libre circulación de personas, bienes, servicios y capitales entre los Estados miembros de la CEE, más allá de lo que sea razonable y necesario.

Aunque en el Tratado CEE no existe una referencia expresa al modelo económico establecido, hay que reconocer, sobre la base de las normas que señalan los fines u objetivos fundamentales de la Comunidad (artículo 2), los medios para alcanzarlos (art. 3) y las libertades económicas reconocidas en la Parte Segunda del Tratado CEE como fundamentos de la Comunidad, que el modelo económico implícitamente con-

sagrado se inspira en el denominado sistema de economía de mercado. En efecto, el Tratado CEE, al instaurar un mercado común y garantizar y exigir el ejercicio de las libertades económicas, concibe implícitamente un modelo económico corporeizado en el mercado y animado por las libertades económicas.

2. CONCEPTO COMUNITARIO DE COMPETENCIA

Enmarcada la política de competencia dentro del sistema general del Mercado Común, procede determinar el significado que el legislador europeo ha querido atribuir al concepto de competencia, porque, en rigor, la competencia es un concepto polivalente que ni económica ni jurídicamente guarda una uniformidad de significado.

A pesar de que la competencia se configura en el artículo 3. f), Tratado CEE como una de las acciones que la Comunidad ha de llevar a cabo para alcanzar los fines fundamentales previstos en el Tratado, acción que primordialmente se articula como un instrumento programático de política comunitaria, no se establece, sin embargo, en todo el ordenamiento jurídico comunitario un concepto o noción de competencia.

Realmente, el ordenamiento comunitario ha adoptado en este punto el mismo silencio legal que las legislaciones de los Estados miembros, en las que tampoco se define la competencia.

En el Tratado CEE la competencia no se concibe como un fin en sí mismo de la Comunidad, sino como un instrumento programático de política comercial; un instrumento que, atendida su significación jurídica, asume además la función de instrumento de orden normativo: aquel que se deriva del «establecimiento de un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado común».

Concebida, pues, la competencia como un instrumento normativo de política comercial, se comprende fácilmente que el legislador europeo no haya querido encorsetar la actuación de las autoridades comunitarias, ni reducir el ámbito de apreciación del juez europeo, con la decantación definitiva de un concepto legal de competencia. Esto nos conduce a apreciar la relatividad del concepto de competencia latente en el Tratado CEE: una relatividad conceptual que, por una parte, permite a las autoridades comunitarias ir programando una política de competencia acorde con las circunstancias de cada momento y que, por otra, legitima al juez para ponderar estas circunstancias en la apreciación de las controversias planteadas. El concepto de competencia latente en el Tratado CEE, desarrollado por la comisión y por el Tribunal de Justicia no se corresponde, en absoluto, con el modelo teórico de la competencia perfecta, pura

o atomista, basada en los postulados de libertad de acceso al mercado, homogeneidad de los productos o servicios, atomismo y transparencia de mercado, ausencia de control sobre los precios, fluidez o movilidad de los factores de producción y finalidad de máximo beneficio, sino antes bien en el modelo realista de la competencia imperfecta, practicable o efectiva (*workable*).

Exige fundamentalmente que el acceso al mercado esté siempre libre, que las alteraciones de la oferta y de la demanda se traduzcan en el precio, que la producción y la venta no estén limitadas artificialmente y que la libertad de acción y de elección de los proveedores, compradores y consumidores no sea puesta en peligro.

Evidentemente, este tipo de competencia únicamente se puede dar si existen empresas económicamente capaces, suficientemente fuertes y bien organizadas, aptas para intensificar la competencia. De aquí que un sistema de competencia practicable o efectiva no esté reñido con una política de concentración de empresas destinada a acrecentar el poder competitivo de las empresas europeas en la lucha económica con las grandes empresas de terceros países.

Realmente la determinación de la idea de la competencia practicable o efectiva para calificar el tipo de competencia operante en el ordenamiento jurídico de la CEE ha sido fruto de la labor del Tribunal de Justicia, el cual mantiene en la sentencia dictada en el asunto 13/60 *Comptoir de vente de la Ruhr* el 18 de mayo de 1962 (Rec. 1.962, página 165) que: «de las disposiciones contenidas en los artículos 65 y 66 del Tratado CEE resulta que no existe oposición a la existencia o a la formación de grandes unidades de producción o venta características del mercado del acero, a condición de que el régimen de competencia imperfecta que se deriva sirva a los fines del Tratado y salvaguarde plenamente en este mercado la dosis de competencia indispensable para que sea respetada la exigencia del artículo 2». Por otro lado, el Tribunal de Justicia ha insistido en que para que puedan aplicarse los artículos 85 y 86 del Tratado CEE, en la medida en que sancionan conductas contrarias a la libre competencia, es necesario que exista previamente una competencia eficaz (*workable competition*). Así, en el asunto 26/76 *Metro contra Comisión*, Sentencia de 25 de octubre de 1977 (Rec. 1977, página 1.875) el Tribunal declaró que «la competencia no falseada a la que se refieren los artículos 3 y 85 del Tratado CEE implica la existencia sobre el mercado de una competencia eficaz (*workable competition*). es decir, la dosis de competencia necesaria para que se respeten las exigencias fundamentales y se alcancen los objetivos del Tratado y,

en particular, la formación de un mercado común único que cumpla las condiciones propias de un mercado interior».

Ahora bien, para que no se consideren aplicables las disposiciones de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE es necesaria una ausencia absoluta y completa de competencia. Si, por el contrario, subsistiese una competencia residual las autoridades comunitarias deben mostrarse especialmente atentas para sancionar aquellas prácticas que atenten contra ella. Tal es el caso del AS. 209/78 Fedetab, Sentencia de 19 de octubre de 1980 (Rec. 1980, pág. 3.125) en el que el Tribunal confirmó la Decisión de la Comisión constatando la existencia de un margen de competencia residual suficiente a pesar de las limitaciones del mercado belga. El Tribunal admitió que los productores no podían hacerse la competencia en cuanto a los precios de venta al detalle, dadas las características del mercado belga, pero sí podían competir en los niveles de los márgenes concedidos a los negocios por los derechos reguladores sobre la parte del precio de venta al detalle que les correspondiese. También debe tenerse en cuenta el concepto de competencia potencial que es especialmente utilizado en el examen de los acuerdos de investigación y de desarrollo en común concluidos entre dos empresas que no fabrican ni comercializan el producto en cuestión y que, por tanto, no limitan la competencia, pero pueden llegar a limitarla. Así, la Comisión en su Decisión de 20 de noviembre de 1974 Rank Sopelem relativa a un acuerdo de colaboración en materia de investigación, desarrollo, fabricación industrial y distribución de productos de alta tecnología, consideró que existía una competencia potencial, dada la amplitud y calidad de los trabajos y la capacidad de producción de dichas empresas.

3. DISPOSICIONES EN MATERIA DE COMPETENCIA EN LA CECA

Las disposiciones que dentro del Tratado CECA regulan la política de la competencia son el artículo 4, *d)*, y los artículos 65 y 66. A ellos hay que añadir el artículo 60, que dentro de la reglamentación de precios prohíbe las prácticas desleales y discriminatorias en materia de competencia.

El artículo 65, 1, dice: «Se prohíben todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que tiendan, directa o indirectamente, a impedir, restringir o falsear el juego normal de la competencia dentro del mercado común y, en particular, los que consistan en:

- a) fijar o determinar los precios;
- b) limitar o controlar la producción, el desarrollo técnico o las inversiones;
- c) repartirse los mercados, los productos, los clientes o las fuentes de abastecimiento.

Las empresas a las que afecta esta prohibición son las definidas en el artículo 80, quien, al lado de las que ejercen una actividad de producción en el campo del carbón y del acero sobre el territorio de la Comunidad, menciona especialmente a efectos de la aplicación de los artículos 65 y 66: «Las empresas y organismos que ejercen habitualmente una actividad de distribución que no sea la venta a los consumidores particulares o a los artesanos».

Pero después de haber declarado la prohibición de los acuerdos, el artículo 65, 2, prevé que: «La Alta Autoridad autorizará para productos determinados acuerdos de especialización o acuerdos de compra o de venta en común si reconociere:

- a) que esta especialización, estas compras o estas ventas en común contribuirán a una notable mejora en la producción o distribución de tales productos;
- b) que el acuerdo de que se trate es esencial para lograr estos efectos sin que tenga un carácter más restrictivo del que exija su objeto;
- c) que tal acuerdo es incapaz de conferir a las empresas interesadas el poder de determinar los precios, controlar o limitar la producción o el mercado de una parte sustancial de estos productos en el Mercado Común o de sustraerlas a la competencia efectiva de otras empresas dentro del Mercado Común».

Esta autorización debe ser suficientemente motivada y publicada. Puede ser condicional y normalmente será temporal. Es renovable, modificable y revocable en función de las circunstancias y de los efectos reales del acuerdo autorizado.

Como se deduce del artículo mencionado, la autorización se encuentra subordinada a tres condiciones:

1. La especialización, compra o venta en común deben contribuir a una mejora notable en la producción o disminución de los productos de que se trate.
2. El acuerdo debe ser esencial para obtener tales efectos, sin tener un carácter más restrictivo del que exija su objeto.

3. Debe no otorgar a las empresas interesadas el poder de determinar los precios, controlar o limitar la producción, ni sustraer a una competencia efectiva a otras empresas dentro de ese mercado.

Los acuerdos y decisiones prohibidos en virtud del apartado 1 del artículo 65 son nulos de pleno derecho y no pueden ser invocados ante ningún órgano jurisdiccional de los Estados miembros.

La Alta Autoridad puede imponer a las empresas que hubiesen celebrado un acuerdo nulo de pleno derecho o hubiesen intentado aplicarlo multas que equivalgan, como máximo, al doble del volumen de negocios realizado con los productos objeto del acuerdo. Si el acuerdo tuviese por objeto restringir la producción, el desarrollo técnico o las inversiones, el máximo de las multas se ve aumentado en un 10 por 100 o un 20 por 100, según los casos.

Por su lado, el artículo 66, 1, establece: «Requerirá la autorización previa de la Alta Autoridad toda operación que en los territorios a que se refiere el párrafo 1.º del artículo 79 y como resultado de la acción de una persona o de una empresa, de un grupo de personas o de empresas, tenga por sí misma por efecto directo o indirecto una concentración de empresas, una de las cuales, al menos, quede sujeta a la aplicación del artículo 80, tanto si la operación se refiere a un mismo producto o a productos diferentes, como si se efectúa mediante fusión-adquisición de acciones o de elementos del activo, préstamo, contrato o cualquier otro medio de control».

La autorización se concederá siempre que la operación contemplada no atribuya el poder de determinar precios, controlar o limitar la producción o la distribución u obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en una parte importante del Mercado Común o de sustraerse a las normas sobre la competencia establecidas por el Tratado CEEA.

Frente a esta regla general, el número 3 del artículo 66 prevé una excepción, permitiendo que la Alta Autoridad exima de la obligación previa a aquellas categorías de operaciones que por la importancia de los activos o de las empresas a que se refieren, considerada en relación con la naturaleza de la concentración, deben reputarse que reúnen las condiciones requeridas para que dicha autorización se conceda.

En el marco actual de la crisis estructural del mercado del carbón y del acero el número de concentraciones que se han autorizado es muy elevado. Del examen de los diferentes casos pueden deducirse las siguientes conclusiones:

- a) las formas de concentración van desde la fusión *stricto sensu* (Decisión de la Comisión de 30 de junio de 1979, Usinor) al control de grupo (Decisión de la Comisión de 11 de noviembre de 1979, Sacilor-Davum);
- b) la concentración se ha desarrollado de forma horizontal y vertical;
- c) al aplicar el artículo 6 del Tratado CECA la Comisión tiene en cuenta lo dispuesto en el artículo 86 del Tratado CEE, que luego examinaremos;
- d) la evolución de los criterios adoptados para definir el concepto de *relevant market* ponen de manifiesto la tendencia a una evaluación amplia de este mercado que tiene como consecuencia restringir el ámbito de aplicación de las prohibiciones y aumentar, en consecuencia, el número de autorizaciones.

4. DISPOSICIONES EN MATERIA DE COMPETENCIA EN LA CEE

Los preceptos del Tratado CEE que se refieren a la competencia y que forman la normativa básica en esta materia se contienen fundamentalmente en el capítulo I del título I de la Tercera Parte del Tratado CEE (arts. 85 a 94). Este conjunto de preceptos tiene por objeto la tutela directa de la libre competencia; así, los artículos 85 a 90 se ocupan de la defensa de la competencia frente a los clásicos actos perturbadores de su libre y normal funcionamiento (a saber: los acuerdos y prácticas colusorias que eliminan, limitan o falsean la competencia y los abusos de posición dominante); el artículo 91 se dedica a combatir las prácticas de *dumping* y los artículos 92 a 94 regulan las ayudas concedidas a las empresas por los Estados miembros, que pueden afectar al libre intercambio entre éstos y suponer una amenaza de falseamiento de la competencia.

De este conjunto de preceptos destacan, por su importancia, los artículos 85 y 86, que contienen normas sustantivas y constituyen los dos pilares básicos sobre los que se asienta la libre competencia en Derecho europeo.

5. EL ARTICULO 85 DEL TRATADO CEE

El artículo 85, 1, del Tratado CEE contiene una norma sustantiva fundamental del ordenamiento jurídico de la CEE para tutelar la libertad

de competencia frente a todos aquellos actos que la perturben en el interior del Mercado Común.

Dispone este precepto que: «Serán incompatibles con el Mercado Común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del Mercado Común».

Los elementos constitutivos agrupados en torno al dato del origen de los actos perturbadores de la competencia son, fundamentalmente, dos: uno, de naturaleza subjetiva, relativo a los sujetos jurídicos a quienes va dirigida la prohibición («empresas» y «asociaciones de empresa»), y otro de naturaleza objetiva o material, concerniente a los instrumentos o medios de realización de las limitaciones o de la competencia que, por ser fruto del concurso de la voluntad de los sujetos jurídicos responsables, se identifican por medio de una serie de figuras peculiares, como son: «acuerdos entre empresas», «decisiones de asociaciones de empresas» y «prácticas concertadas».

Por su parte, el dato o criterio del efecto o resultado de los actos restrictivos de la competencia agrupa, a su vez, en torno a sí, otros tres elementos.

El primero, por orden lógico, es el efecto o resultado susceptible de producirse consistente en «impedir, restringir o falsear el juego de la competencia». El segundo elemento trae causa del anterior: se trata de la verificación real o efectiva del daño producido, esto es, se requiere que los actos restrictivos de la competencia sean susceptibles de ocasionar un perjuicio real al «comercio entre los Estados miembros». Finalmente, el tercero de estos elementos constitutivos se refiere a la localización de tales efectos y supone una de las reglas delimitadoras, *ratione loci*, del ámbito de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE: el efecto o resultado de la limitación de la competencia se ha de dejar sentir o, al menos, ha de ser susceptible de producirse «dentro del Mercado Común».

Ahora bien, este conjunto de elementos constitutivos, expresamente establecidos en el artículo 85. 1, resulta en la práctica insuficiente para la debida identificación de los supuestos de hecho que deben ser sancionados. De aquí que las autoridades comunitarias hayan elaborado por vía interpretativa una serie de criterios para la aplicación de esta norma, mediante los cuales se concretan o, incluso, corrigen los términos genéricos con los que se han formulado estos elementos constitutivos de la prohibición. Y son fundamentalmente dos:

El primero hace referencia a la necesidad de que los efectos restrictivos y perjudiciales de los acuerdos, decisiones o prácticas concertadas se produzcan, o sean susceptibles de producirse, en un área o sector del mercado determinado, que se denomina «mercado relevante» (*relevant market*).

El segundo elemento exige una mínima incidencia restrictiva y perjudicial de los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas sobre el libre juego de la competencia comunitaria y, por ende, sobre el comercio entre los Estados miembros: en otras palabras, hay que constatar la existencia de una limitación sensible de la competencia a la que ya hemos hecho referencia.

5.1. ORIGEN DE LOS ACTOS PERTURBADORES

5.1.1. *Elemento subjetivo*

a) *Concepto de empresa*

Conforme al elemento subjetivo o personal delimitador de la esfera de aplicación del Derecho comunitario de la competencia, el Tratado CEE establece dos series de normas, de diversa naturaleza, destinadas a dos sujetos jurídicos distintos: las empresas (arts. 85 a 91) y los Estados miembros (arts. 92 a 94). Con relación a estos últimos huelga todo tipo de precisiones.

En cambio, con relación a los primeros sujetos jurídicos, las empresas, el comentario es ineludible por la originalidad y variedad de la noción de empresas implícitamente concebida por el ordenamiento jurídico comunitario.

En efecto, destinatarios de las normas comunitarias sobre la competencia son las empresas, mas el Tratado CEE, que se refiere expresamente a las empresas en un número considerable de preceptos (artículos 52, 85, 1, 3, 86, 90, 125, 130), no ofrece un concepto legal de empresa. Tampoco los órganos comunitarios han establecido, en el desarrollo y aplicación del Derecho comunitario de la competencia, un concepto general de empresa. En realidad, las normas sustantivas comunitarias sobre la competencia se limitan a establecer, en garantía y tutela de la libre competencia, una serie de prohibiciones a las empresas. Mas he aquí que los órganos comunitarios, en la producción normativa del derecho derivado de la competencia y en aplicación del mismo, consideran como sujetos jurídicos obligados por esta normativa a determinadas personas, entes o instituciones que queden fuera de los

parámetros conceptuales de la empresa comúnmente admitidos en los distintos ordenamientos estatales de los Estados miembros.

En realidad, el significado del término empresa, utilizado en los artículos 85 y 86 del Tratado CEE, hay que conectarlo inmediatamente con el tema de la imputabilidad de los actos o conductas ilícitas contrarios a las reglas de la competencia. En este sentido, las normas comunitarias sobre la competencia utilizan a la empresa como recurso técnico para operar esta imputabilidad. Esto explica que la noción de empresa tenga en estas normas un sentido eminentemente subjetivo: su función no es otra que la de identificar al sujeto imputable, para lo cual se recurre al titular de una unidad económica organizada denominada a tales efectos «empresa».

La noción de empresa aceptada en el Derecho comunitario de la competencia está formada por elementos de naturaleza económica y jurídica. Generalmente, ni la doctrina, ni la Comisión, ni el Tribunal de Justicia admiten una noción puramente económica de empresa, como organización económica unitaria de elementos personales, materiales e inmateriales, toda vez que organizaciones de esta naturaleza, tales como talleres de montaje, cadenas de distribución, almacenes, filiales o sucursales de ventas... no son empresas en la consideración de las normas comunitarias de la competencia.

Al dato económico hay que añadir el dato jurídico de la personificación, de la capacidad y de la responsabilidad, por la sencilla razón de que la figura comunitaria de «empresa» cumple la función de determinar, desde el punto de vista subjetivo, la imputación de los actos o conductas ilícitas contrarias a las normas que tutelan la libertad de competencia.

En efecto, en el Derecho comunitario de la competencia, la empresa no es simplemente una unidad económica organizada, sino algo más: una entidad económica jurídicamente capaz y económicamente autónoma. En este sentido la empresa se concibe como un sujeto de Derecho, capaz de asumir obligaciones y titular de derechos, con poder autónomo de decisión.

De aquí que sean considerados responsables de los acuerdos prohibidos o prácticas abusivas entes, agrupaciones o asociaciones que, de acuerdo con su Derecho nacional, carecen de personalidad jurídica; así, la sociedad colectiva y la sociedad comanditaria que en algunos ordenamientos, como el alemán, no tienen personalidad jurídica, son consideradas en el Derecho comunitario de la competencia, a los efectos concretos de la aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE, como empresas.

Se evidencia, pues, que la personalidad jurídica no es un atributo integrador de la figura de la empresa en el sentido del Tratado CEE y que, por consiguiente, cabe la aplicación del Derecho comunitario de la competencia a organizaciones económicas dotadas de un mayor o menor grado de personificación.

Obviamente, al ser irrelevante la personalidad jurídica a los efectos de la aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE a las empresas, también lo es la forma tipo que éstas adopten en el mercado. De aquí que la disciplina comunitaria de la competencia se aplique no sólo a las empresas con formas, tipo de sociedades mercantiles, sino también a otras empresas que bajo otros tipos asociativos, de muy diversa naturaleza, persiguen objetivos económicos de forma duradera. Así, por ejemplo, en el As. AOIP/Beyrard, de 2 de diciembre de 1975, la Comisión consideró como empresa al señor Beyrard, «inventor independiente», «dado que al conceder una licencia de sus patentes había comercializado su invención».

También en el As. Reuter/BASF, el señor Reuter se quejaba de la extensión y duración de las cláusulas de no-competencia que había aceptado al ceder un *know-how* y las acciones de una sociedad *holding* de la que era accionista mayoritario y que controlaba un grupo de sociedades que se dedicaban a la fabricación y comercialización de materiales plásticos. En este caso se consideró al señor Reuter como «empresa» porque había conservado ciertos intereses en las sociedades del grupo, al ser consejero de algunas de ellas, y por ser inventor y especialista en la investigación, habiendo explotado el resultado de sus investigaciones en el campo en cuestión.

Igualmente, en una Decisión referente a una solicitud de información de 26 de mayo de 1978 (RAI-Unitel), la Comisión declaró que «los artistas constituyen una empresa en los términos del artículo 85. 1, cuando explotan comercialmente sus prestaciones artísticas».

« En esta misma línea se ha reconocido la condición de «empresa» a las sociedades de autores (Sentencia de 21 de marzo de 1974, Sabam), a los organismos de radiotelevisión (Sentencia de 30 de abril de 1974, Sacchi), a los organismos estatales (Decisión de la Comisión de 21 de septiembre de 1978 respecto del Instituto Nacional de Investigaciones Agronómicas), a los sindicatos (Decisión de la Comisión de 29 de noviembre de 1974 respecto de la Cámara Sindical de maquinaria de alta precisión)... Sin embargo, los representantes o intermediarios comerciales no tienen la consideración de «empresa», dado que se limitan a seguir las instrucciones de sus mandantes o comitentes en concepto

de auxiliares de la actividad de estos últimos (As. 40 a 48 y 114/75, Suiker Unie, Sentencia de 16 de diciembre de 1975, Rec. 1975, página 1.663).

b) *Asociaciones de empresas*

Al igual que sucede con el concepto de «empresa», el Tratado CEE no contiene tampoco una noción de asociación de empresas.

Por asociación de empresas puede entenderse cualquier tipo de agrupación de empresas, con total indiferencia de la forma jurídica adoptada, del atributo de la personalidad moral y del fin de lucro.

Los grupos de sociedades plantean dos cuestiones importantes. La primera, si el grupo de sociedades como tal puede calificarse como empresa a los efectos de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE, aunque carezcan de personalidad jurídica. Y la segunda, si a los mismos efectos las distintas sociedades que integran el grupo pueden ser consideradas como empresas en sus relaciones internas. Además, hay que averiguar si las responsabilidades derivadas de las infracciones cometidas por sociedades filiales pueden o no ser imputadas a la sociedad madre.

El grupo de sociedades, aun careciendo de personalidad jurídica, es considerado como empresa en sus relaciones con sujetos jurídicos extraños al grupo; en tanto que las sociedades filiales componentes del grupo, aun dotadas de personalidad moral, no son empresas en sus relaciones con las demás sociedades del grupo o con la sociedad madre (aunque sí en sus relaciones con sujetos jurídicos extraños al grupo).

Con esto se pone de manifiesto que el dato relevante en el ordenamiento comunitario de la competencia para la calificación de «empresa» no es el de la mera autonomía jurídico-formal del sujeto infractor, sino el de su efectiva autonomía económica y «política», esto es, el constituir un centro autónomo de decisión. En este sentido se han manifestado reiteradamente la Comisión y el Tribunal de Justicia al estimar que los acuerdos establecidos entre sociedades filiales dependientes y controladas por una misma sociedad madre no pueden ser tomados en consideración a los efectos de la aplicación del artículo 85, 1, del Tratado CEE, en la medida en que las partes de tales acuerdos no pueden ser tenidas por «empresas», en el sentido del artículo 85, 1, del Tratado CEE, lo que determina la imposibilidad de realización del supuesto normativo que exige uno o varios acuerdos entre empresas.

Así, en el As. 15/74, Centrafarm (Rec. 1974, pág. 1.147), el Tribunal declara que el artículo 85 «no se refiere a los acuerdos o prácticas concertadas entre empresas que pertenezcan a un mismo grupo como

sociedades madre y filial, si las empresas forman una unidad económica en cuyo interior la filial no goza de una autonomía real en la determinación de su línea de actuación sobre el mercado».

Sin embargo, hay que tener en cuenta que en estos casos no se excluye totalmente la aplicación del artículo 85, dado que el Tribunal limita esta regla a los «acuerdos y prácticas» que «tienen por finalidad establecer un reparto interno de las obligaciones entre las empresas». Por tanto, los acuerdos que tengan otra finalidad quedan sometidos al artículo 85. Como dice el Abogado general TRABUCCHI, el artículo 85, 1, puede aplicarse a los acuerdos y prácticas entre sociedades de un mismo grupo cuando «tienen por objeto regular las relaciones internas con la finalidad de introducir restricciones respecto de terceros, estableciendo obstáculos a sus posibilidades de comercio y de competencia».

En cuanto a las responsabilidades derivadas de las infracciones cometidas por sociedades filiales en relación con sujetos extraños al grupo, cabe la posibilidad de que sean imputadas o no a la sociedad madre.

El Tribunal de Justicia, al tratar esta cuestión, ha declarado que la personalidad jurídica de la sociedad filial no es suficiente para convertirla en una empresa distinta de la sociedad madre; es en todo caso imprescindible examinar en el plano de los hechos si la sociedad filial goza de verdadera autonomía o independencia para programar y desarrollar una política empresarial. Así, la Sentencia de 14 de julio de 1972 sobre el As. 48/69, ICI/Comisión (asunto, materias colorantes), o Sentencia de 21 de febrero de 1973, Continental Can.

Quiere esto decir, pues, que la personalidad jurídica, como expresión de la autonomía jurídica formal de las empresas, no crea por sí misma, en el Derecho comunitario de la competencia, un efectivo centro de las responsabilidades derivadas de las infracciones de las normas comunitarias sobre la competencia por parte de las sociedades filiales pertenecientes a un mismo grupo.

5.1.2. *Elemento objetivo*

a) *Acuerdos entre empresas*

La Comisión y el Tribunal de Justicia han venido interpretando el término «acuerdo» sobre la base de criterios eminentemente pragmáticos y sin pretensiones conceptualistas de tipo alguno, en sentido amplio y flexible, desbordando la concepción estrictamente contractualista.

De la experiencia forjada por la actuación de los órganos de la CEE, cabe señalar que la noción de «acuerdos» en el sentido del artículo 85

del Tratado CEE no viene delimitada por la forma, estructura externa, naturaleza jurídica o finalidad de los mismos.

Por lo que se refiere al carácter jurídicamente obligatorio o no de los acuerdos entre empresas, las autoridades comunitarias han adoptado una decidida posición en favor de la no necesidad del carácter jurídicamente vinculante de los acuerdos, siendo suficiente que de éstos se derive un mero compromiso moral o social (*gentlemen's agreements*).

La prohibición de los «acuerdos entre empresas» restrictivos de la competencia se extiende tanto en sentido horizontal como vertical, esto es, cualquiera que sea el estadio concreto del proceso económico en el que operen las empresas implicadas en un mismo acuerdo, así, la prohibición afecta no sólo a los acuerdos entre empresas distribuidoras (acuerdos horizontales), sino también a los acuerdos entre empresas productoras y distribuidoras (acuerdos verticales).

Por otro lado, el Tribunal de Justicia ha afirmado que un acuerdo entre empresas en los términos del artículo 85, 1, del Tratado CEE no supone necesariamente que deba constar por escrito. Así, en la Sentencia Tepea, de 20 de junio de 1978, declaró que existían acuerdos verbales de distribución exclusiva y de concesión del derecho exclusivo para utilizar las marcas, a pesar de la inexistencia de documentos escritos que regulasen las relaciones entre las partes. lo que podía explicarse en dicho caso por las antiguas relaciones, la confianza comercial y la ayuda concedida al principio de sus invenciones para su posterior distribución.

Por último, deben mencionarse determinados supuestos que pueden plantear problemas como: las condiciones generales de venta y de precios que pueden imponer las empresas a sus revendedores y que la Comisión considera como «acuerdos»: los acuerdos marco que fijan las bases de funcionamiento de un mercado determinado que tienen también carácter de «acuerdos»; los estatutos de asociaciones de empresas que también se califican de «acuerdos» en los términos del artículo 85, 1.

b) *Decisiones de asociaciones de empresas*

La Comisión califica generalmente de «decisiones de asociaciones de empresas» a las decisiones adoptadas por los órganos de dichas sociedades habilitados al efecto (Decisión Haarden-en Kahelhandel, de 3 de junio de 1975), sin que se requiera el consentimiento directo de los participantes. Así puede tratarse de reglamentaciones generales o reglamentos de régimen interior, a los que se someten los miembros de la asociación (Decisiones Centraal Bureau voor de Rijwielhandel, de 2 de diciembre de 1977; Choux-fleurs, de 2 de diciembre de 1975). El mismo principio se aplica a los reglamentos expositivos adoptados por

las asociaciones de empresas, así como las notas, circulares o recomendaciones que emanen de esas asociaciones (Decisión Pabst y Richarz/BNIA, de 26 de julio de 1976; Decisión *Papiers peints de Belgique*, de 23 de julio de 1974; Fedetab, Sentencia de 29 de octubre de 1980).

Cuando las decisiones de asociaciones de empresas forman parte de un contrato celebrado entre un miembro del grupo y uno de sus clientes, constituyen igualmente «acuerdos entre empresas».

Esta situación puede igualmente presentarse cuando dos o más asociaciones de empresas adopten disposiciones que regulen las relaciones de los miembros de la asociación entre sí. Así, en el asunto Furbo (Decisión de 25 de julio de 1974), la Comisión consideró que las disposiciones del acuerdo concluido entre dos asociaciones de empresas, concretamente una asociación de importadores y una asociación de mayoristas de agrios frescos y manzanas de origen no europeo, vinculaban, de hecho, directamente, a las empresas que participan en las subastas de Rotterdam y que se trataba, por tanto, de un acuerdo entre empresas. Ante el Tribunal de Justicia, los demandantes alegaron en su defensa que no podía tratarse de un acuerdo entre empresas porque no «creaba realmente obligaciones exigibles entre las empresas afiliadas», dado que en el caso en cuestión solamente las asociaciones partes en el acuerdo podían obligar a sus afiliados a ejecutar las obligaciones que el acuerdo imponía. El Tribunal, en su Sentencia de 15 de mayo de 1975, declaró que el artículo 85, 1, se aplica a las asociaciones en la medida en que su actividad o la de las empresas que se adhieren tienda a producir los efectos que dicho artículo prohíbe. (Igualmente Sentencia de 29 de octubre de 1980, Fedetab.)

Por último, en el caso en que se concluya un acuerdo como consecuencia de las negociaciones en las que participen los propios interesados y sus asociaciones profesionales respectivas y se materialice en un intercambio de cartas entre estas asociaciones que actúan en nombre de sus miembros, la Comisión los considera «acuerdos entre empresas» (Decisión *rodamientos de bola japoneses*, de 29 de noviembre de 1974).

c) *Prácticas concertadas*

Sobre la base de una cuidadosa observación de la práctica comunitaria sobre este punto cabe entender como «práctica concertada» todo comportamiento o conducta uniforme común a varias empresas, conscientemente coordinada y llevada a cabo con la intención de limitar o falsear la competencia. La diferencia fundamental entre las «prácticas concertadas» y los «acuerdos» o «decisiones» estriba en la ausencia de regulación convencional de esa coordinación de conductas comunes uniformes o paralelas de las empresas implicadas. Las «prácticas concer-

tadas» no nacen, pues, como un hecho fortuito o casual, sino en todo caso como un hecho causado por la efectiva coordinación espontánea, aunque consciente e intencionada de las conductas de dos o más empresas.

La «práctica concertada», prohibida por el Tratado, se caracteriza por tres notas; dos de método: la coordinación y la cooperación, y una de resultado: la alteración sensible de las condiciones de la competencia sobre el mercado en consideración. Las dos primeras notas se recogen en la Sentencia del asunto 48/69, Imperial Chemical Industries Ltd. contra Comisión (Rec. 1972, pág. 619), con la siguiente fórmula: «Es contrario a las normas de competencia del Tratado que un productor coopere con sus concurrentes, de la forma que sea, para determinar una línea de acción coordinada relativa a los movimientos de precios y para asegurar el éxito mediante la eliminación previa de toda incertidumbre en cuanto al comportamiento recíproco relativo a los elementos esenciales de esta acción, tales como tipos, objeto, fecha y lugar de tales movimientos».

Estos dos caracteres se vuelven a encontrar en la jurisprudencia posterior que precisará la naturaleza en un análisis que es conveniente reproducir: «Estos criterios de coordinación y de cooperación, lejos de exigir la elaboración de un verdadero plan, deben comprenderse a la luz de la cooperación inherente a las disposiciones del Tratado relativas a la competencia y según las cuales todo operador económico debe determinar de manera autónoma la política que piensa seguir sobre el Mercado Común incluida la elección de los destinatarios, de sus ofertas y de sus ventas. Si es exacto que esta exigencia de autonomía no excluye el derecho de los operadores económicos a adaptarse inteligentemente al comportamiento comprobado o a zafarse de sus oponentes, se opone rigurosamente a toda toma de contacto directa o indirecta entre dichos operadores, que tenga por objeto o por efecto bien influenciar el comportamiento sobre el mercado de un concurrente actual o potencial, bien de desvelar a un tal concurrente el comportamiento que se ha decidido o que se piensa adoptar sobre el mismo mercado» (As. 40 a 48, 50, 54 a 56, 111 a 113 y 114/73, Suiker Unie. Rec. 1976, pág. 1.663).

Como dice esta misma sentencia, «la práctica concertada constituye una forma de coordinación entre empresas que sin haber llegado a la realización de una convención propiamente dicha constituye una operación práctica entre ellas, poniendo en peligro la libre competencia y desembocando en condiciones de competencia que no se corresponden a las normales del mercado».

5.2. EFECTOS

5.2.1. *Impedir, restringir o falsear el juego de la competencia*

Los acuerdos deben tener por objeto «impedir, restringir o falsear el juego de la competencia» para que puedan considerarse prohibidos en base al artículo 85 del Tratado CEE. No basta que exista el acuerdo, es necesario que el mismo produzca como efecto el impedir, restringir o falsear la competencia.

Tanto el Tribunal de Justicia como la Comisión han determinado el alcance de esta afirmación, estableciendo los siguientes principios:

1. No es necesario que estos acuerdos se apliquen, basta con que tengan por objeto una restricción de la competencia para que se consideren prohibidos (As. Aluminium brut, Decisión de 15 de julio de 1975).
2. Un acuerdo no pierde su carácter restrictivo por el hecho de que haya sido incumplido reiteradamente por una o varias de las partes (As. Céruse, Decisión de 12 de diciembre de 1978).
3. El mero hecho de participar en las discusiones que tengan por objeto lograr acuerdos sobre fijación de precios, aunque éstos no se lleguen a aplicar, constituye una infracción del artículo 85, 1 (As. Parchemin vegetal, Decisión de 23 de diciembre de 1977).
4. Un acuerdo puede tener un objeto real y sinceramente querido por las partes y totalmente ajeno a los problemas de la libre competencia, pero puede también significar una restricción de dicha competencia (As. Anseau-Navewa, Decisión de 17 de diciembre de 1981).

5.2.2. *Afectar al comercio entre los Estados miembros*

Para que la prohibición se imponga no basta con apreciar que los «acuerdos» o «prácticas» persiguen un objetivo o producen realmente un efecto contrario a la libre competencia, sino que, además, es imprescindible constatar que tales actos o prácticas ponen en peligro el juego natural de las relaciones económicas en el seno del Mercado Común, en perjuicio de los intereses comerciales e industriales de los Estados miembros afectados y en detrimento del normal funcionamiento del sistema adoptado.

Si las perturbaciones de la competencia sólo afectan desfavorablemente al libre y normal desarrollo de los intercambios comerciales internos del mercado nacional de uno de los Estados miembros, sin reper-

cusiones de tipo alguno sobre los intereses intracomunitarios, la única legislación aplicable será la propia del país miembro en cuestión, al tratarse de una cuestión exclusivamente de Derecho interno.

Se trata, por tanto, de una norma de reparto de competencia entre el Derecho comunitario y el Derecho interno de los Estados miembros. Esta interpretación, recogida por el Tribunal de Justicia en su Sentencia Grundig-Costen, de 13 de julio de 1966, ha sido confirmada en la Sentencia Hugin, de 31 de mayo de 1979, al declarar que: «La interpretación y aplicación de la condición relativa a los efectos sobre el comercio entre Estados miembros que figura en los artículos 85 y 86 del Tratado, debe tomar como punto de partida la finalidad de esta condición que es determinar, en materia de regulación de la competencia, el ámbito del Derecho comunitario en relación con el de los Estados miembros. De esta forma se encuentran sometidos al Derecho comunitario cualquier acuerdo y cualquier práctica susceptible de poner en tela de juicio la libertad de comercio entre Estados miembros en un sentido que podría impedir la realización de los objetivos de un mercado único entre los Estados miembros, especialmente cerrando los mercados nacionales o modificando la estructura de la competencia en el Mercado Común. Por el contrario, los comportamientos cuyos efectos se localicen en el interior de un solo Estado miembro son competencia del orden jurídico nacional».

Ahora bien, ¿cuándo se puede afirmar que este efecto perjudicial se produce de hecho o es al menos susceptible de producirse? ¿Basta con constatar una reducción en el volumen o ritmo de la circulación de bienes y servicios entre los Estados miembros, o la crisis económica de las empresas afectadas por los «acuerdos» o «decisiones» contrarias a la libre competencia?

En una primera aproximación puede parecer razonable estimar que este perjuicio al comercio intracomunitario es susceptible de producirse cuando los actos o prácticas perturbadores de la libre competencia produzcan o puedan producir una reducción en el volumen o en el ritmo de la circulación de bienes y servicios entre los Estados miembros. Sin embargo, no es este criterio cuantitativo el que debe conducirnos a la solución del problema planteado.

En efecto, como ha mantenido reiteradamente el Tribunal de Justicia, la circunstancia de que a consecuencia de un acuerdo, decisión o práctica concertada contraria al libre juego de la competencia se incremente el intercambio de bienes y servicios entre países miembros, no es suficiente para descartar la existencia de un perjuicio al comercio intracomunitario (As. Grundig-Costen, Sentencia de 13 de julio de 1966; Decisio-

nes de la Comisión de 20 de julio de 1978, As. CSV y de 17 de diciembre de 1980, As. Verre Coulé en Italia).

El único criterio válido para apreciar la existencia de un perjuicio directo o indirecto, actual o potencial al comercio entre los Estados miembros es de orden cualitativo y no cuantativo, sólo cuando un acuerdo o decisión o práctica restrictiva que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear la competencia, se proponga o consiga alterar las condiciones, volumen y ritmo normales o naturales de los intercambios económicos intracomunitarios, resulta posible afirmar la verificación del elemento perjudicial al comercio interestatal y, en consecuencia, actuar el mecanismo de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE.

Ello explica que las prácticas de *dumping* y las ayudas estatales que pueden coadyuvar directa o indirectamente a una intensificación de la circulación de bienes y servicios dentro de los países de la CEE estén prohibidas; la razón estriba en el hecho de que tal incremento de los intercambios económicos intracomunitarios se produce de modo artificial o falseado y no como fruto del juego libre y natural de la competencia.

Por otro lado, la localización económica de las relaciones comerciales perjudicadas es totalmente independiente de la localización de la sede o establecimiento de las empresas responsables de tal perjuicio.

El acuerdo o decisión por los que varias empresas radicadas en un mismo país miembro se comprometan a respetar el precio fijado de común acuerdo en las transacciones comerciales que se realicen en el mercado interior pueden llegar a producir un perjuicio al comercio entre los Estados miembros y, por ende, ser sancionados por el artículo 85.

Un acuerdo que se extiende a todo el territorio de un solo Estado miembro tiene por su propia naturaleza el efecto de consolidar tabicaciones de carácter nacional, obstaculizando así la interpretación económica querida por el Tratado y asegurando ilícitamente una protección a la producción nacional.

En este sentido parece obvio que un acuerdo o decisión que sólo vinculen a empresas de un mismo país miembro y que tengan por contenido fijar un precio determinado para las transacciones en el mercado interior puede inducir a las empresas de este país a reducir el nivel de exportación si el precio prefijado para el mercado interno es suficientemente favorable para ellas.

Esta situación ha sido especialmente clarificada por el Tribunal de Justicia en la Sentencia Brasserie de Haecht, de 12 de diciembre de 1967. En este asunto un fabricante belga de cerveza había concluido con un expendedor de cerveza, también belga, un contrato en el que el primero se comprometía a conceder un crédito especial al segundo, a cambio de

que éste sólo se abasteciera de los productos del fabricante. Es evidente que, en principio, este acuerdo afecta al mercado interior belga, siendo en este caso únicamente aplicable el Derecho interno belga. Sin embargo, el Tribunal, al enjuiciar este asunto, tomó en consideración la situación global creada en el mercado belga a consecuencia de la existencia de una multiplicidad de acuerdos idénticos o semejantes al enjuiciado y consideró que en tales circunstancias el comercio entre los Estados miembros podía resultar perjudicado, en la medida en que se impedía a las empresas cerveceras de los demás países miembros exportar a Bélgica.

Por último, tenemos el caso de un acuerdo que abarque a la totalidad del mercado común. Tal es el supuesto del asunto "Duro-Dyne-Europair", que se trataba de una exclusiva de venta otorgada por un productor americano a un único distribuidor para todo el mercado común. La Comisión decidió, el 19 de diciembre de 1974, que los intercambios de los productos en cuestión se desarrollaban a través de circuitos diferentes de los que hubieran existido sin las restricciones que se derivaban del acuerdo, dado que, de ahora en adelante, los productos sólo podían importarse a la CEE para revenderlos en otros Estados miembros, bien directamente por el concesionario exclusivo y sus propios distribuidores, bien indirectamente por un distribuidor establecido fuera de la CEE.

5.2.3. *Dentro del mercado común*

El inciso final del artículo 85, 1, contiene una regla delimitadora, *ratione loci*. Según esta regla, los efectos perturbadores del libre juego de la competencia perjudiciales al comercio intracomunitario se han de dejar sentir «dentro del mercado común».

No se trata de exigir que los actos prohibidos en la norma hayan sido realizados dentro del ámbito espacial de la CEE o que las empresas perjudicadas tengan su sede en territorio comunitario, sino más bien en constatar o apreciar la naturaleza específicamente comunitaria tanto del bien jurídico dañado como de los intereses perjudicados o susceptibles de serlo. En otras palabras, lo que la regla del artículo 85, 1, exige como elemento constitutivo de la prohibición y, por tanto, como factor determinante de la aplicación de ésta, es que los acuerdos, decisiones o prácticas concertadas alteren o mediaten, actual o potencialmente, la estructura y la dinámica del sistema económico establecido en el Tratado para organizar el mercado común.

En este sentido, y según jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia y de la propia Comisión, las disposiciones de los artículos 85 y 86 pueden aplicarse a empresas cuya sede se encuentre fuera de la

Comunidad (por ejemplo: As. 27/76, United Brands, Sentencia de 14 de febrero de 1978; As. 102/77, Hoffman-Laroche, Sentencia de 13 de febrero de 1979).

Varias son las causas que pueden dar lugar a la aplicación de las disposiciones del Tratado a las empresas extranjeras. Así, se puede condenar a una empresa extranjera porque ella misma haya cometido dentro del territorio de la Comunidad infracciones al Tratado. También porque su comportamiento haya producido sus efectos dentro del territorio de la Comunidad. Y, por último, una empresa extranjera puede ser condenada por el comportamiento de sus sociedades filiales cuando dichos comportamientos pueden imputársele en virtud de la teoría comunitaria de los grupos o sociedades (*entity theory*).

Ahora bien, si las autoridades comunitarias son competentes para reprimir las infracciones cometidas contra las disposiciones del Tratado por empresas extranjeras cuando sus efectos se han producido dentro del territorio de la Comunidad es necesario, sin embargo, determinar qué medidas puede adoptar al respecto de estas empresas extranjeras. Pues bien, el Tribunal de Justicia y la Comisión han admitido que se impongan multas a empresas extranjeras para sancionar un comportamiento contrario a la libre competencia (ver Sentencia de 14 de julio de 1972, Imperial Chemical; Sentencia de 6 de marzo de 1974, CSC/ICI; Sentencia de 13 de febrero de 1979, Hoffmann-Laroche; Decisión de la Comisión de 30 de enero de 1978, Cêruse).

5.2.4. Concepto de «relevant market»

Mantiene la doctrina que la cuestión de saber si una limitación de la competencia incurre en la prohibición del artículo 85 debe analizarse en función del mercado concreto en que se producen los efectos restrictivos que se denomina «mercado relevante».

El «mercado relevante» se determina por medio de dos elementos: su delimitación geográfica y la identificación de los productos que lo componen.

Desde un punto de vista geográfico no es posible una definición unitaria del mercado. En efecto, los distintos precedentes indican que, en ciertos casos, se ha asimilado al mercado común en su conjunto y, en otros casos, al mercado mundial. Por el contrario, en determinados supuestos los mercados se han identificado sobre una base más limitada, correspondiendo con el territorio de los Estados nacionales o con partes sustanciales o importantes de la Comunidad.

En cuanto a los productos, la práctica comunitaria manifiesta una gran amplitud de interpretación. Baste mencionar algunos ejemplos de la

terminología utilizada: «productos a los que se refiere el contrato», «productos idénticos o considerados como similares por el usuario en base a sus propiedades, su precio o su uso», «productos similares en el mismo estadio de la distribución a los del concesionario en exclusiva», «productos cubiertos por la misma marca»...

Por tanto, para decidir si un acuerdo, decisión o práctica concertada limita la competencia ha de examinarse si los bienes o servicios ofrecidos por las empresas colusionadas, a los que se refieren los actos o prácticas colusorias, quedan o no sustraídos a las condiciones normales o naturales de competitividad del mercado en cuestión.

Basta añadir, finalmente, que la intercambiabilidad de los bienes y servicios pertenecientes a un mismo mercado puede venir determinada por una serie de factores diversos: el precio, propiedades del producto, las garantías, la publicidad, las prestaciones gratuitas, los servicios de post-venta, etc.

5.3. AMBITO MATERIAL DE APLICACIÓN

Existen determinados sectores dentro de la Comunidad respecto de los que aparece como problemática o por lo menos discutida la aplicabilidad de las normas de la competencia.

5.3.1. *Sector bancario*

Por su Sentencia de 14 de julio de 1981. *Züchner contra Bayerische Vereinsbank* (comisiones bancarias), el Tribunal se pronunció, dentro de un procedimiento prejudicial, sobre si los artículos 85 y 86 del Tratado CEE eran aplicables a los bancos. Siendo parte en el procedimiento ante los Tribunales nacionales un banco, mantenía que los artículos 85 y 86 no se aplicaban a estas instituciones, por lo menos a la mayoría de sus actividades, dado el papel que jugaban en la transferencia de capitales que hacía que se les considerase como encargados de la gestión de servicios públicos de interés económico en los términos del artículo 90, apartado 2 del Tratado. El Tribunal rechazó esta interpretación en la medida que no quedaba probado que los bancos estuviesen encargados de las transferencias internacionales de capitales en virtud de un acto del poder público y con misión de gestionar un servicio de interés económico general.

Con ello se confirma la postura adoptada por la Comisión, para quien el sector bancario se encuentra sometido a las normas comunitarias de la competencia, aun cuando en diversos Estados miembros se encuentren sustraídos a la aplicación del derecho interno de la competencia.

5.3.2. *Sector de los transportes*

La aplicación de las disposiciones del Tratado en materia de competencia ha planteado especiales problemas respecto del transporte aéreo.

Resulta de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de abril de 1974, Comisión contra Francia, que en principio las disposiciones del Tratado se aplican a los transportes aéreos y marítimos. Estos solamente se encuentran excluidos de la aplicación de las disposiciones del Título IV, en virtud de lo dispuesto en el artículo 84, apartado 2, mientras que el Consejo no haya adoptado las medidas de aplicación previstas por esta disposición. Por el contrario, mantiene el Tribunal, teniendo en cuenta los objetivos del Tratado, el resto de sus disposiciones le son plenamente aplicables al transporte aéreo, incluidas, por tanto, las disposiciones sobre competencia.

Sin embargo, el Reglamento número 17, básico en esta materia de competencia, no le es de aplicación, y el Reglamento 1.017/68, que contiene las normas de procedimiento y de derecho material, afecta exclusivamente al transporte por ferrocarril, por carretera y por navegación interior.

Una tentativa de someter plenamente el transporte a las normas sobre competencia se realizó por Lord BETHELL como representante de una asociación de consumidores, tratando de provocar una investigación por parte de la Comisión en esta materia. La Comisión le respondió poniéndole de manifiesto las dificultades existentes y que el artículo 85 no tenía aplicación en materia de fijación de las tarifas del transporte aéreo, dado que ello es, en la mayoría de los casos, competencia de los Estados miembros. Lord BETHELL, considerando la respuesta insuficiente, interpuso un recurso de anulación contra esa comunicación y otro de inacción. Ambos fueron desestimados por falta de legitimación activa (Sentencia de 10 de junio de 1982).

Otro caso lo tenemos en la denuncia presentada por la empresa de navegación aérea Sterling Airways contra la compañía escandinava SAS por abuso de posición dominante, caracterizada, por un lado, por el establecimiento de precios excesivos en la línea Londres-Copenhague y, de otro, por el cierre del acceso a los mercados de vuelos regulares internacionales y a ciertos vuelos *charter* en base al monopolio concedido a SAS. La Comisión enfocó el asunto en base el artículo 89 del Tratado, considerando que la situación abusiva había desaparecido por la reducción de precios y en cuanto al monopolio de acceso a las líneas internacionales pensó que no debía intervenir, teniendo en cuenta el

artículo 90, apartado 1, del Tratado, las convenciones internacionales en materia de navegación aérea y el poder soberano de los Estados sobre el espacio aéreo que se encuentra encima de sus territorios.

Ante esta situación se ha elaborado un proyecto de Reglamento referente a la aplicación de los artículos 85 y 86 al transporte aéreo (*IOC*, número 291, de 12 de noviembre de 1981), que se encuentra aún pendiente de aprobación por el Consejo. Se trata, básicamente, de un Reglamento de procedimiento que se refiere a las compañías aéreas en la medida en que éstas asumen sus obligaciones en tanto que empresas y que no afecta a las cuestiones que son de la exclusiva responsabilidad de los Estados miembros, así como a las obligaciones impuestas a estas compañías por dichos Estados.

5.3.3. *Productos agrícolas*

En los términos del artículo 1 del Reglamento 26, de 4 de abril de 1962, son aplicables las disposiciones del Tratado relativas a la competencia y sus reglamentos de aplicación cuando estén en causa la producción o el comercio de productos agrícolas enumerados en el anexo II del Tratado, con una doble reserva. Por un lado, el artículo 85, 1, es aplicable a los acuerdos que «forman parte integrante de una organización nacional de mercado». Por otro, este texto es igualmente inaplicable a los acuerdos que sean necesarios para la realización de un objetivo de política agrícola común enumerados en el artículo 39 del Tratado.

Entre los acuerdos de esta última categoría figuran los acuerdos, decisiones y prácticas de agricultores, de asociaciones de agricultores o de asociaciones que agrupen a dichas asociaciones y que pertenezcan a un solo Estado miembro, en la medida en que afecten a la producción o venta de productos agrícolas o a la utilización de instalaciones comunes de almacenaje, de tratamiento o de transformación de productos agrícolas, sin que ello conlleve el establecimiento de precios obligatorios. Se trata, por tanto, de ciertas formas de cooperación entre empresas agrícolas y en todo caso la Comisión puede declarar inaplicable esta exención cuando compruebe que estos acuerdos excluyen la competencia o que los objetivos del artículo 39 del Tratado se encuentran en peligro.

5.4. ACUERDOS DE IMPORTANCIA MENOR

La Comisión ha ido elaborando, en la consideración de los diversos casos que se le han presentado, una serie de criterios para apreciar si el

efecto restrictivo y el perjuicio consiguiente merecen el grado de importancia mínima necesaria para la aplicación del artículo 85.

Sobre la base de la experiencia acumulada, la Comisión ha publicado una Comunicación sobre los acuerdos de importancia menor, de 27 de mayo de 1970, en la que se establecen o recogen con carácter general los criterios básicos para decidir cuándo un acuerdo, decisión o práctica concertada, aun reuniendo todos los elementos constitutivos explicitados en el artículo 85, queda fuera del ámbito de su aplicación en razón a la débil e inapreciable incidencia de los efectos restrictivos de aquellos actos o prácticas sobre los intereses comunitarios.

La Comisión considera que los acuerdos entre empresas de producción o distribución de productos no caen bajo la prohibición del artículo 85, 1...:

Quando los productos a que se refiere el acuerdo no representan, en la parte del mercado común en la que el acuerdo produce su efecto, más del 5 por 100 del volumen de negocios realizados con productos idénticos o considerados similares por el consumidor en razón a sus propiedades, precio, uso y...

Quando la cifra de negocios anual global de las empresas que participan en el acuerdo no supere 15 millones de unidades de cuenta, o cuando se trate de acuerdos entre empresas comerciales de 20 millones de unidades de cuenta.

Tales acuerdos tampoco caen bajo la prohibición del artículo 85, «en el caso en que la cuota de mercado y la cifra de negocios antes indicada sea sobrepasada, en el curso de dos ejercicios consecutivos, en una medida no superior al 10 por 100». Señala igualmente la Comisión que para el cálculo de la cifra global resultante de la suma de las cifras de negocios del último ejercicio no sólo hay que tener en cuenta las cifras de negocios de las empresas colusionadas, sino también las de las empresas controladas por éstas o las de las empresas que controlan a las participantes en el acuerdo o decisión.

Para la verificación de la existencia de este poder de control la Comisión formula cuatro criterios: participación, como mínimo, del 25 por 100 en el capital de la sociedad controlada; disposición, como mínimo, de la mitad de los votos de la sociedad controlada; poder de designación de la mitad de los miembros de los órganos de gestión y vigilancia de la sociedad controlada, y derecho de administrar los asuntos de la empresa controlada.

La comunicación no tiene carácter de norma jurídica de obligado cumplimiento; su valor es meramente indicativo u orientador. Y hay

también que reconocer que a pesar de las críticas fundadas que la doctrina ha formulado a esta comunicación, el Tribunal de Justicia ha seguido en muchas ocasiones sus orientaciones.

5.5. ACUERDOS EXPRESAMENTE PROHIBIDOS

El artículo 85, 1, tras la formulación en su primer párrafo de la prohibición general de los actos o prácticas contrarios a la competencia, recoge en el párrafo segundo una lista, de carácter meramente indicativo, de cinco posibles tipos o categorías concretas de acuerdos, decisiones o prácticas concertadas incursos en la prohibición:

- a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o venta u otras condiciones de transacción;
- b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;
- c) repartir los mercados o las fuentes de abastecimiento;
- d) aplicar, a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
- e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

Resulta indiferente que estos acuerdos, decisiones o prácticas de fijación de precios o condiciones de transacción operen en el plano horizontal (entre empresas pertenecientes a un mismo estadio del proceso económico) o en el plano vertical (entre empresas pertenecientes a estadios diferentes del proceso económico).

5.6. SUPUESTOS DE EXENCIÓN

El artículo 85 en su apartado 3 establece:

«No obstante las disposiciones del apartado 1 podrán ser declarados inaplicables a:

— cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas;

— cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas;

— cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:

- a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;
- b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate».

En base a este artículo, la Comisión, bajo el control del Tribunal de Justicia, ha seguido una política de exenciones, bien individuales, bien por categorías de acuerdos.

Las aplicaciones más frecuentes de esta disposición se han realizado en el ámbito de los acuerdos de especialización, de investigación y de desarrollo en común, así como en el campo de los sistemas de distribución selectiva de licencias de marcas y patentes. Por otro lado, los acuerdos de división del mercado, de intercambio de información, de precios o de exclusivas no pueden de forma alguna beneficiarse de esta exención. Como dice el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 25 de octubre de 1977, Metro: «Las competencias conferidas a la Comisión por el artículo 85, apartado 3, demuestran que la necesidad del mantenimiento de una competencia eficaz puede conciliarse con la salvaguardia de los objetivos de otra naturaleza y que, con este fin, son admisibles ciertas restricciones de la competencia cuando sean indispensables para la realización de estos objetivos y no desemboquen en la eliminación de la competencia para una parte importante del mercado común».

Estos objetivos «de otra naturaleza» pueden ser muy variados: el mantenimiento del nivel de empleo (Sentencia de 25 de octubre de 1977, Metro); la necesidad de asegurar el abastecimiento de energía (Decisión de 23 de diciembre de 1975, United Reprocessor); objetivos culturales, como el desarrollo de los conocimientos lingüísticos (Decisión de 17 de noviembre de 1981, Langenscheidt-Hachette...). El beneficio de la exención sólo puede reconocerse a los acuerdos que son notificados en forma a la Comisión, siendo los requisitos de forma muy estrictos y viniendo recogidos en el Reglamento 17/62.

La Comisión es la única competente, bajo el control del Tribunal en su caso, para declarar la inaplicabilidad del artículo 85, 1, en base al artículo 85, 3. La declaración de inaplicabilidad del artículo 85, 1, tiene

un carácter excepcional y es la Comisión quien debe determinar si las ventajas que se derivan del acuerdo examinado son superiores a los inconvenientes que se derivan respecto de la competencia. En este sentido, las condiciones para la aplicabilidad del artículo 85, 3, deben apreciarse en base a los efectos objetivos del acuerdo en cuestión y no a las ventajas económicas o comerciales que las partes obtengan en su exclusivo beneficio.

Dado este carácter excepcional, la Comisión, de acuerdo con el Reglamento 17/62, somete sistemáticamente sus decisiones a condiciones que le permiten controlar en todo momento si la exención sigue estando justificada (As. Transocean Marine Paint, Sentencia de 23 de octubre de 1974). Además, la exención sólo se concede por un tiempo determinado.

En cuanto a los requisitos para que dichas exenciones se concedan, de acuerdo con el propio artículo 85, 1, son los siguientes:

1. La mejora de la producción o de los productos, o el fomento del progreso técnico o económico, entendida dicha mejora desde un punto de vista objetivo en relación con la situación anteriormente existente o que existiría si no mediasen los acuerdos, así como definida en función de las circunstancias concretas de las empresas en cuestión.
2. Que se deriven ciertos beneficios para los usuarios, entendiéndose por tales «cualquier competidor comercial directo de las empresas que participen en la restricción de la competencia» (As. Triesing Schröter, Hochbaum).
3. Que las restricciones a la competencia sean indispensables para lograr los objetivos de mejora de la producción, distribución o fomento del progreso técnico o económico.
4. Que no se elimine la competencia para una parte sustancial de los productos de que se trate.

Dentro de estos supuestos de exención tiene especial importancia los acuerdos de cooperación entre empresas no suficientemente desarrolladas, a fin de incrementar su eficacia empresarial y dotarlas de un grado superior de competitividad. La Comisión ha hecho pública, el 29 de julio de 1968, una Comunicación sobre acuerdos, decisiones y prácticas concertadas relativas a la cooperación entre empresas.

Esta Comunicación recoge hasta ocho categorías de actos o prácticas de cooperación admitidas por la Comisión:

1. Acuerdos que tienen por objeto:
 - el intercambio de opiniones y experiencias;
 - el estudio común de los mercados;
 - la realización en común de estudios comparados sobre empresas y sectores económicos;
 - la elaboración en común de estadísticas y sistemas de cálculo.
2. Acuerdos que tienen por objeto:
 - la cooperación en materia contable;
 - la cooperación en materia financiera;
 - la cooperación en materia de organización de empresas y en materia de asesoramiento fiscal, por medio de la creación de organismos comunes de consulta.
3. Acuerdos que tienen por objeto:
 - la ejecución en común de proyectos de investigación y desarrollo para la aplicación de los resultados obtenidos por tales empresas;
 - la formulación en común de mandatos o encargos de investigación y desarrollo a terceras personas para la aplicación en común de los resultados de la investigación;
 - la distribución de sectores de investigación y de planes de desarrollo entre las partes del acuerdo.
4. Acuerdos que tienen por objeto:
 - la utilización en común de instalaciones de producción y de medios de almacenamiento y transporte.
5. Acuerdos que tienen por objeto:
 - la constitución de asociaciones temporales de trabajo para la ejecución en común de encargos o pedidos, siempre que las empresas participantes en el acuerdo no estén en sí, con relación a las prestaciones que deben realizarse a los terceros, en situación de competencia, o aún cuando siendo en este terreno competidores no sean capaces de ejecutar individualmente el encargo objeto del contrato con los terceros.
5. Acuerdos que tienen por objeto:
 - la venta en común y los servicios postventa y de reparaciones en común, siempre que las empresas participantes no estén, en relación a los productos o servicios a los que se refiere el acuerdo, en situación de competencia.

7. Acuerdos que tienen por objeto:
 - hacer publicidad en común.
8. Acuerdos que tienen por objeto:
 - la utilización de una marca común para designar productos de una determinada calidad, accesible a todo competidor en las mismas condiciones.

6. EL ARTICULO 86 DEL TRATADO CEE. ABUSO DE POSICION DOMINANTE

Como sabemos, el artículo 86 del Tratado CEE constituye, junto con el artículo 85, el segundo pilar básico que sostiene el armazón sobre el que se vertebra el derecho de la competencia en la CEE.

Establece que: «Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo».

Mientras que el artículo 85. 1. acorde con el interés de impedir toda limitación de la competencia concertada entre las empresas, consagra un sistema protector de la libre competencia concertada entre las empresas, consagra un sistema protector de la libre competencia eminentemente represivo, el artículo 86 se funda en el principio de tolerancia de ciertas limitaciones estructurales naturales y espontáneas de la competencia, en justa correspondencia con el interés en él reconocido de salvaguardar el ejercicio de actividades económicas en posiciones de dominio en el mercado y, por lo mismo, de preservar la licitud de determinadas situaciones de concentración económica empresarial.

En efecto, la posición de dominio en el mercado conseguida por un empresario a consecuencia del libre juego de la competencia es considerada en el ordenamiento de la CEE perfectamente lícita, a pesar de implicar una situación fáctica en la que la competencia o no existe o si existe carece de toda relevancia económica. Efectivamente, la situación de dominio en el mercado se traduce en la práctica en una cierta concentración económica, siempre beneficiosa y deseable para incrementar la capacidad de competencia de la CEE frente a otras organizaciones económicas internacionales o supranacionales.

Lo único que perjudica injustamente a los competidores y a los consumidores, y que, además, lesiona gravemente los intereses de la CEE, es el abuso de una posición de dominio en el mercado.

6.1. ELEMENTO SUBJETIVO

El artículo 86, al igual que el artículo 85, tiene como sujetos jurídicos destinatarios a las empresas, siendo la noción de éstas idéntica en uno y otro supuesto. Cabe, no obstante, apreciar que el artículo 86, al contrario del 85, no hace referencia alguna a las asociaciones de empresas.

Mientras el artículo 85 predica siempre una pluralidad de empresas concertadas por medio de un concurso de voluntades, el artículo 86 ni exige ni excluye esta pluralidad de empresas concertadas como requisito de aplicación del mismo. En efecto, en este precepto se prohíbe la explotación abusiva de una posición dominante en el mercado por parte de «una o varias empresas».

Mas, como se advierte, el artículo 86 no excluye la prohibición que en él se establece, el abuso colectivo de una posición dominante, cometido por varias empresas, bien actúen éstas de forma independiente y autónoma, o de forma conjunta o concertada. Precisamente, en este último caso, esto es, cuando el abuso viene precedido, acompañado o confundido con un acuerdo, decisión o práctica concertada causante bien de la posición dominante bien de la explotación abusiva de esta posición, se plantea la cuestión de saber qué norma es la aplicable, toda vez que, en principio, hay que estimar realizados los elementos constitutivos tanto del artículo 85 como del artículo 86.

La aplicación de una u otra norma comporta una diferencia trascendental: mientras que el acto o práctica prohibida en virtud del artículo 85, 1, puede ser, no obstante, autorizado *a posteriori* por la autoridad de control, tal posibilidad no existe, en cambio, cuando el acto venga sancionado por la vía del artículo 86. La doctrina se ha pronunciado sobre esta cuestión manteniendo tesis contrapuestas; así, mientras que para GOLDMAN el artículo 85 debe ser exclusivamente aplicado en este supuesto, otro sector doctrinal, que se afianza cada vez con más fuerza, niega toda primacía del artículo 85 sobre el artículo 86, o de éste sobre aquél, y admite la posibilidad de la aplicación simultánea de ambos preceptos.

El pretendido conflicto se presenta del siguiente modo: un acuerdo restrictivo de la competencia, incurso en la prohibición del artículo 85, 1, obtiene, no obstante, la exención prevista en el artículo 85, 3, al reunir todos los requisitos exigidos en éste. Como consecuencia de este acuerdo autorizado, una, varias o todas las empresas implicadas en el mismo consiguen en el mercado una posición dominante, de la que se aprovechan para imponer en el tráfico condiciones de contratación abusivas.

Así, mientras el artículo 85, 3, contempla la posibilidad de autorizar acuerdos restrictivos de la competencia que constituyen o desembocan en situaciones fácticas de dominio en el mercado, el artículo 86 no juzga la licitud de estas situaciones, sino que, asumiéndolas, se limita, a partir de ese momento, a regularlas, prohibiendo todo acto o comportamiento abusivo realizado al amparo de estas situaciones fácticas autorizadas.

Esta reducción al absurdo de la hipótesis ahora contemplada nos lleva, siguiendo a esta doctrina, a mantener que cuando a un supuesto acuerdo de posición dominante le resulten aplicables tanto el artículo 85, 1, como el artículo 86, el número 3 del artículo 85 no podrán lógicamente ser aplicados. Así pues, la opción entre el artículo 85, 1, y el artículo 86 no tiene relevancia alguna, puesto que basta que el artículo 86 sea aplicable para descartar radicalmente el beneficio de la exención previsto en el artículo 85, 3.

6.2. CONCEPTO DE POSICIÓN DOMINANTE

La Comisión formula, por primera vez, en su Memorándum de 1 de diciembre de 1965, una definición de posición dominante en los siguientes términos: «El dominio del mercado no puede ser únicamente definido a partir de la parte de mercado dominada por una empresa o de otros elementos cuantitativos de una determinada estructura de mercado. Se trata, en primer lugar, de un poder económico, es decir, la facultad de ejercer una influencia notable sobre el funcionamiento del mercado y, en principio, previsible para la empresa dominante. Esta facultad económica de la empresa en posición dominante influye sobre los comportamientos y sobre las decisiones económicas de otras empresas, sean o no utilizadas en un determinado sentido. Una empresa que puede desplazar cuando lo desee a otras empresas competidoras, ostenta una posición de dominio y puede determinar de manera decisiva el comportamiento de las demás empresas, incluso si la parte de mercado que domina es relativamente poco importante».

En la misma línea, pero con mayor precisión, se pronuncia la Comisión en la importante Decisión de 9 de diciembre de 1971, sobre el asunto Continental Can, según la cual: «Las empresas están en posición dominante cuando tienen la posibilidad de adoptar comportamientos independientes que les permiten actuar sin tener en cuenta a los competidores, compradores o proveedores...; que esta posibilidad no debe necesariamente derivar de un dominio absoluto, permitiendo a las empresas que lo ostentan eliminar toda voluntad por parte de los com-

petidores, sino que basta con que tales empresas sean lo suficientemente fuertes como para asegurarse una independencia global de comportamiento». Concretamente, esta situación se produce cuando en razón a la parte del mercado dominada o de ésta con conexión con la disposición de conocimientos técnicos, materias primas y capitales, tales empresas tienen la posibilidad de determinar los precios o de controlar la producción o la distribución en relación a una parte significativa de los productos en cuestión.

Siguiendo al Tribunal en el asunto Suiker Unie, Sentencia de 16 de diciembre de 1975, la posición dominante se define como aquella que permite a la empresa en cuestión «obstaculizar la competencia efectiva sobre el mercado en cuestión». Basta, por tanto, con una simple posibilidad, sin que sea necesario investigar si la empresa ha hecho o no uso de dicha posición.

El acento se pone sobre la posibilidad que tiene la empresa en situación de posición dominante de determinar sus comportamientos sin deber tener en cuenta las actitudes de otros operadores económicos, bien de forma absoluta, bien en todo caso de una forma casi total. Esta fórmula la encontramos en la Decisión de la Comisión en el asunto Hoffmann-La Roche, de 9 de junio de 1976, al decir que esta empresa dispone «de un grado de independencia global de comportamiento que la pone en posición de obstaculizar una competencia efectiva en el interior del mercado común, confiéndole, por tanto, una posición dominante en este mercado». Igualmente en la Decisión Chiquita, referente al asunto United Brands, de 17 de diciembre de 1975, se define la posición dominante como la posibilidad de «comportamientos que permitan a la empresa actuar sin tener especialmente en cuenta a sus competidores, a los compradores o a los suministradores».

En realidad, para la determinación de la existencia de posiciones dominantes en el mercado, ni existen criterios fijos universales, ni su aplicación puede ser homogénea y monolítica. Para decidir si una empresa goza de una posición dominante es absolutamente esencial delimitar el mercado en el que la empresa ejerce su actividad y explota su posición. Es imprescindible examinar las circunstancias concretas que cada caso particular presenta: estructurales, cuantitativas y de comportamiento.

6.3. ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE

Para que nos encontremos en presencia de una conducta prohibida por el artículo 86 del Tratado CEE no basta que una empresa o grupo de empresas se hallen en una posición dominante en el mercado con arre-

glo a los criterios que hemos examinado anteriormente, es necesario, además, que exista abuso de dicha posición dominante. El concepto de abuso de posición dominante fue elaborado por la Comisión y el Tribunal de Justicia en el asunto Continental Can, Sentencia de 21 de febrero de 1973, habiendo sido confirmado por la jurisprudencia posterior. La Comisión y el Tribunal consideraron que el abuso de posición dominante resulta no sólo de los comportamientos que las empresas en posición dominante puedan tener sobre el mercado, sino también en las modificaciones estructurales que puedan reducir o eliminar una competencia que ya está en peligro por la posición dominante.

Esta concepción se basa en la interpretación teleológica del Tratado: el artículo 86 debe ser interpretado en función de los objetivos fijados por el Tratado y muy especialmente del artículo 3, f). Por ello el Tribunal declara que: «Al prohibir la explotación abusiva de una posición dominante sobre el mercado, en la medida en que puede afectarse el comercio entre los Estados miembros, el artículo 86 se refiere no sólo a las prácticas susceptibles de causar un perjuicio directo a los consumidores, sino igualmente a las que les causan un perjuicio indirecto, atentando contra una estructura de competencia efectiva, tal y como se prevé por el artículo 3, f). del Tratado» (As. Hoffmann-La Roche, Sentencia de 13 de febrero de 1979).

El comportamiento abusivo ciertamente debe afectar a la competencia, para que sea sancionable, pero esta afectación puede ser indirecta y resultar de las modificaciones estructurales sufridas por la competencia.

Son constitutivos de abuso de posición dominante todos los comportamientos que, falseen o restrinjan el juego de la competencia tal y como se desarrollaría normalmente en un mercado en el que se respetase dicha competencia, de manera que se puede encontrar un cierto paralelismo entre las condiciones de aplicabilidad del artículo 85, 1, y el concepto de abuso de posición dominante.

Por otro lado, la jurisprudencia ha declarado la no necesidad de una relación de causalidad entre el abuso y la posición dominante. Así, en el asunto Hoffmann-La Roche la demandante mantenía que el abuso de posición dominante implicaba necesariamente que el abuso procediese de la utilización del poder económico atribuido por la posición dominante y que éste fuera el medio a través del cual se produce el abuso. Sin embargo, el Tribunal, siguiendo a su Abogado general, REISCHL, desestimó esa argumentación declarando que «el concepto de abuso es un concepto objetivo que se refiere a los comportamientos de una empresa en situación de posición dominante que son de tal naturaleza que

pueden influir en la estructura del mercado en que, como consecuencia concretamente de la presencia de la empresa en cuestión, el grado de competencia se ha delimitado y tienen por efecto obstaculizar, recurriendo a medios distintos de los que gobiernan, una competencia normal de productos o servicios sobre la base de prestaciones de operadores económicos, el mantenimiento del grado de competencia existente todavía sobre el mercado o el desarrollo de esta competencia».

Como se deduce de esta definición, el abuso de posición dominante no implica ninguna idea de falta o incumplimiento a la deontología de los negocios, sino el análisis objetivo de un comportamiento, sin que sea necesario demostrar que este comportamiento se deriva del uso del poder económico que caracteriza a la posición dominante.

Por último, recordar que el abuso de posición dominante debe examinarse exclusivamente a la luz del Derecho europeo, no pudiendo una empresa alegar su legislación nacional para justificar un comportamiento abusivo bien porque dicha legislación imponga ciertas situaciones o reglas que den origen a posiciones dominantes, bien porque las autorice.

6.4. SUPUESTOS DE ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE

De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y de los diferentes casos analizados por la Comisión se deduce una multiplicidad de supuestos distintos en los que los organismos comunitarios han apreciado la existencia de abuso de posición dominante. Sin ánimo de ser exhaustivos, podemos mencionar como más corrientes los siguientes:

6.4.1. *La prohibición a los intermediarios de representar o vender los productos de la competencia o la obligación de utilizar un determinado intermediario*

Un ejemplo lo tenemos en el asunto «Sucre», Decisión de 2 de enero de 1973, en el que se consideró que existía abuso de posición dominante al haber prohibido la sociedad cooperativa SZV a sus 17 distribuidores principales el representar a los productos de la competencia en la zona en la que ejercía su actividad esta sociedad. es decir, en el sur de Alemania.

6.4.2. *Negativa de venta*

Así, en el asunto ICI y CSC-Zoja, Sentencia de 6 de marzo de 1974, el Tribunal consideró que existía abuso de posición dominante dado que la firma CSC había decidido cesar totalmente el suministro de ma-

terias primas a terceros para facilitar su propio acceso al mercado derivado, con ello una empresa en posición dominante se reservaba los productos de su propia fabricación para incorporarlos a un producto derivado que iba a fabricar, a fin de eliminar a los competidores que fabricaban el mismo producto derivado a partir de esas materias primas.

6.4.3. *Restricciones al derecho de disponer de un producto*

Tal es el caso del asunto United Brands, Sentencia de 14 de febrero de 1978, en el que el Tribunal, desestimando la demanda, declaró la existencia de abuso de posición dominante por no suministrar la empresa United Brands a los maduradores todos los plátanos que éstos solicitaban, controlando el mercado e impidiendo la creación de un mercado de plátanos verdes en el que pudieran abastecerse libremente los maduradores.

6.4.4. *Compromiso de abastecimiento exclusivo. Cláusula inglesa*

Son muy frecuentes los intentos de las empresas que se encuentran en posición dominante de imponer obligaciones de fidelidad a sus clientes, prohibiéndoles el que se abastezcan en la competencia o limitando su libertad de abastecimiento.

Así, en el asunto Hoffmann-La Roche, Sentencia de 13 de febrero de 1979, el Tribunal comprobó que los contratos celebrados por la sociedad Hoffmann-La Roche con sus compradores de vitaminas conllevaban, bajo formas muy variadas, el compromiso de abastecimiento exclusivo para la totalidad de las vitaminas o para cierto porcentaje de éstas. Además, estos contratos contenían unas cláusulas de rebaja. Por todo ello declaró la existencia de abuso de posición dominante al tender estas cláusulas «a suprimir o restringir la posibilidad de elección en cuanto a las fuentes de suministro y a impedir el acceso al mercado a otros productores».

6.4.5. *Condiciones discriminatorias*

El artículo 86 prohíbe aplicar a los clientes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, imponiéndoles de esta manera un perjuicio en el sistema normal de competencia.

Un ejemplo lo tenemos en la sociedad GVL (Sentencia de 2 de marzo de 1983), encargada, de acuerdo con la legislación alemana, de la gestión de los derechos de los artistas. Esta sociedad aseguraba la protección de los artistas de nacionalidad alemana o domiciliados en Alemania,

negando sus servicios a los artistas extranjeros no domiciliados en Alemania.

El Tribunal consideró que existía un trato discriminatorio basado en la nacionalidad y el domicilio que no podía admitirse.

6.4.6. *Obstáculos al acceso al mercado de otros operadores económicos de la competencia*

Es el caso del asunto SAS, al que ya hemos hecho mención anteriormente. Esta compañía aérea, en base al monopolio concedido por el Gobierno danés, impedía el acceso al mercado de vuelos regulares internacionales en general y en particular a la línea Copenhague-Londres, a otras empresas. Sin embargo, en este supuesto la Comisión no consideró que existía un caso de abuso de posición dominante, dada la materia (transporte aéreo) y la falta de regulación comunitaria en este sector.

6.5. PRÁCTICAS ABUSIVAS EXPRESAMENTE PROHIBIDAS

Al igual que el artículo 85, 1, párrafo segundo, el artículo 86 recoge en su segundo párrafo una lista o catálogo de prácticas abusivas expresamente prohibidas cuando se reúnen las condiciones de aplicación de la norma contenida en el primer párrafo de este precepto.

El artículo 86, en su segundo párrafo, establece:

«Tales prácticas abusivas podrán consistir en particular en:

- a) fijar, directa o indirectamente, precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción;
- b) limitar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;
- c) aplicar a los terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
- d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por otros contratantes de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza, o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos».

Todo acto, práctica o conducta de explotación abusiva de una posición dominante está directamente prohibida por el artículo 86 del Tra-

tado CEE. La prohibición recae, pues, *ope legis*, sobre tales abusos, sin necesidad de una previa declaración de la Comisión al respecto.

Ahora bien, si la intervención de la Comisión no es necesaria para declarar la ilicitud y la consiguiente prohibición de las prácticas abusivas, la imposición de las sanciones que en cada caso correspondan únicamente puede ser decidida y ordenada por los órganos comunitarios (la Comisión y el Tribunal de Justicia). En cualquier caso, sin embargo, la Comisión puede constatar, a instancia de parte o de oficio, la existencia de una violación del artículo 86 por medio de una Decisión.

7. LA APLICABILIDAD DE LAS DISPOSICIONES EN MATERIA DE COMPETENCIA A LAS EMPRESAS PUBLICAS

El artículo 90 del Tratado CEE establece:

«1. Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de aquellas empresas públicas y empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los artículos 7 y 85 a 94, ambos inclusive.

2. Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre la competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas sobre la competencia no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contrario al interés de la Comunidad.

3. La Comisión velará por la aplicación de las disposiciones del presente artículo y, en tanto fuere necesario, dirigirá a los Estados miembros directivas o decisiones apropiadas».

Como podemos ver, el artículo 90 del Tratado CEE establece el principio de igualdad de trato para todas las empresas que ejercen su actividad dentro del mercado común y, en consecuencia, los Estados miembros no pueden adoptar ni mantener respecto de las empresas públicas ninguna medida contraria a las normas del Tratado y especialmente a los artículos 7 (prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad) y 85 a 94 (prohibición de falsear la competencia).

La consagración expresa de este principio fue necesaria en razón de la existencia en la economía de ciertos Estados miembros de un sector público a veces muy importante.

Esta regla general admite, sin embargo, dos excepciones: por un lado las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés general y por otro las que tengan el carácter de monopolio fiscal. En estos dos supuestos las disposiciones del Tratado en materia de competencia sólo son aplicables en la medida en que no impida el cumplimiento, de hecho o de derecho, de la misión particular que le ha sido encomendada. En todo caso debe tenerse presente que en forma alguna pueden verse afectados los intercambios intracomunitarios de tal manera que se atente contra los intereses de la Comunidad.

En relación con estas dos excepciones hay que tener en cuenta que el concepto de empresa debe ser interpretado de una forma autónoma, es decir, en base al Tratado, rechazando una vez más la tentación de recurrir a las teorías de inspiración nacional. En consecuencia, por lo que respecta a la primera excepción, el carácter público o privado de la empresa importa poco, lo que es determinante, por el contrario, es que estén encargadas de la gestión de la clase de servicios ya mencionados y, en consecuencia, de la realización de una misión especial.

La interpretación del concepto de monopolio fiscal, por su lado, parece más sencilla. En efecto, a pesar de la diversidad de fórmulas aplicadas a nivel nacional, el monopolio fiscal presenta dos constantes: el carácter exclusivo propio del concepto de monopolio y la finalidad que consiste en ingresar dinero en el tesoro.

Entre los monopolios fiscales y no fiscales existen, sin embargo, ciertas zonas intermedias, en las que se sitúan los monopolios que tienen por objeto no solamente recaudar dinero para la Administración, sino también asegurar una mejor rentabilidad del servicio, lo que plantea ciertos problemas de calificación.

Por último, es necesario referirse a la transparencia en las relaciones financieras entre los Estados y las empresas.

Tal es el objetivo que se propone la Directiva de la Comisión de 25 de junio de 1980. Esta Directiva se basa directamente en el artículo 90, 3; sin embargo, precisa en sus considerandos que no modifica otras disposiciones del Tratado y especialmente los artículos 90, 2, 93 y 223.

La preocupación que ha inspirado la Directiva tiene su fundamento en la influencia que las autoridades públicas pueden ejercer sobre el comportamiento de las empresas públicas.

La competencia entre las empresas puede verse falseada por la atribución de fondos públicos a las empresas públicas. Estos comportamien-

tos pueden llegar a constituir una violación de las disposiciones del Tratado o, por el contrario, inspirarse en objetivos que justifiquen posibles derogaciones en base al artículo 90, 2; de ahí la necesidad de una vigilancia por parte de la Comisión en materia de concesión de fondos públicos a empresas públicas.

Del texto de esta Directiva debe destacarse:

- a) la adopción de una definición más amplia de empresa pública que la que se basa en la forma jurídica, poniendo el acento en todos los medios de control;
- b) la definición muy amplia del concepto de recursos que incluye la cobertura de las pérdidas;
- c) la notificación a la Comisión de los datos por ella solicitados de forma directa, y
- d) la exención de la obligación relativa al suministro de información dentro de ciertos límites.

8. LAS AYUDAS ESTATALES

El régimen de las ayudas estatales en el Tratado CEE está recogido en los artículos 92 a 94.

El principio general contenido en el artículo 92 es el de la incompatibilidad de las ayudas concedidas por los Estados miembros con el mercado común.

El concepto de ayuda, no definido en el artículo 92, posee un contenido muy amplio y consiste en una ventaja o un beneficio para la empresa que lo recibe. Así, la Comisión ha declarado que la noción de ayuda engloba subvenciones, créditos, en condiciones especiales, exenciones tributarias, bonificaciones de interés, cesiones de terrenos o edificios gratuitamente o en condiciones especiales, cobertura de pérdidas de explotación, prestaciones preferenciales de bienes o servicios, tipos de descuento preferenciales, etc.

Para ser tomadas en consideración estas ayudas deben ser concedidas por los Estados o por medio de recursos estatales.

El mecanismo de concesión de la ayuda no está vinculado a ninguna fórmula jurídica determinada y puede realizarse por vía legal, reglamentaria o administrativa.

Para que estas ayudas incurran en la prohibición del artículo 92 deben reunir ciertas condiciones:

- a) favorecer ciertas empresas o ciertas producciones;
- b) falsear o amenazar con falsear la competencia, bastando con que

exista una amenaza seria y debiéndose tener en cuenta tanto la competencia actual como la potencial;

- c) afectar a los intercambios entre los Estados miembros.

Estas tres condiciones no tienen carácter alternativo, sino acumulativo.

Ahora bien, si esta es la regla general, el propio artículo 92, en su apartado 2, establece ciertas excepciones. Así declara que «serán compatibles con el mercado común:

- a) las ayudas de carácter social concedidas a los consumidores individuales, siempre que se otorguen sin discriminaciones basadas en el origen de los productos;
- b) las ayudas destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional;
- c) las ayudas concedidas con objeto de favorecer la economía de determinadas regiones de la República Federal de Alemania, afectadas por la división de Alemania, en la medida en que sean necesarias para compensar las desventajas económicas que resultan de tal división».

Junto a estas excepciones, el tercer apartado del artículo 92 contiene ciertos casos de ayudas que pueden ser consideradas compatibles con el mercado común. Tales son:

- a) las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de subempleo;
- b) las ayudas para fomentar la realización de un proyecto importante de interés común europeo o destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro;
- c) las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común;
- d) las demás categorías de ayudas que determine el Consejo por decisión tomada por mayoría cualificada a propuesta de la Comisión.

Son las instituciones comunitarias, fundamentalmente la Comisión, quienes tienen poderes atribuidos para la aplicación de las normas comu-

nitarias contenidas en los artículos 92 a 94. La Comisión realiza un análisis y control permanente de las ayudas existentes para determinar su compatibilidad con el mercado común. En este análisis participan el Estado interesado y los demás Estados miembros, si se analizan no sólo los regímenes generales y particulares de las ayudas, sino también las medidas individuales de ejecución.

Realizado este análisis, la Comisión, en su caso, propone al Estado en cuestión las medidas útiles y necesarias. Si el Estado no acepta las observaciones de la Comisión, ésta inicia un procedimiento de análisis de las ayudas en litigio, que comienza con la apertura de un período de información en el que los interesados formulan sus observaciones.

Si, recibidas las observaciones la Comisión llega a la conclusión de que la ayuda no es compatible con el mercado común, decide que el Estado debe suprimirla en un plazo determinado.

Si el Estado no acepta la decisión de la Comisión, puede impugnarla mediante un recurso de anulación del artículo 173 ante el Tribunal de Justicia.

Además, la Comisión posee un control preventivo de las nuevas ayudas. Los proyectos de nuevas ayudas deben ser notificados a la Comisión, quien iniciará el proceso anteriormente analizado, no pudiéndose hacer efectivas dichas ayudas hasta que la Comisión se haya pronunciado favorablemente.

El Consejo, por otro lado, puede, a propuesta de la Comisión, definir categorías o de ayudas que pueden ser declaradas compatibles y, por unanimidad, y a propuesta de un Estado miembro, declarar compatible una ayuda concreta concedida o en proyecto.

Dentro de este sector de las ayudas de Estado, la Comisión considera que las ayudas deben autorizarse cuando sean necesarias para paliar desequilibrios regionales o para facilitar la adaptación y o el desarrollo de determinados sectores industriales, pero teniendo presente que, dados los efectos económicos y sociales, no pueden definirse unos criterios estrictos *a priori*, sino que es necesario un análisis pormenorizado, caso por caso, de las ayudas.

ROSARIO SILVA DE LAPUERTA
Abogado del Estado

La propiedad de la tierra en el señorío cisterciense de Nuestra Señora de Valldigna entre el antiguo régimen y la revolución burguesa

Según el privilegio de fundación del señorío, el monasterio titular del mismo se convierte en el dueño de las tierras del territorio, concedido *in perpetuum per franchum et liberum alodium*, por lo que tiene la facultad *ad utilitatem ipsius monasterii, aliquas ex possessionibus terris in valle predicta et eius terminis constitutis in emphyteosim dare, vel ad certum tempus locare* (1). No conozco la distribución de la propiedad de la tierra en la Valldigna entre 1298 y 1366, pero es probable que, aparte de quedar sometido el territorio al dominio del abad del monasterio, no se alterara la estructura de la que se encontraba en manos de aquellos que, con la creación del señorío, pasaron a convertirse en sus vasallos. La obra necesaria de colonización y de roturación ya había sido realizada por los moros que habitaban el valle, de modo que a los cistercienses no se les entregó un territorio yermo.

FERRAN GARCIA I GARCIA, en su estudio del señorío entre 1298 y 1315 (2), pone de relieve la fragmentación del campo valenciano en el siglo XIV en infinitas parcelas, heredada de tiempos anteriores, cono-

(1) CABANES PECOURT, M. D.: *Los monasterios valencianos*, 2 tomos, Valencia, 1974, págs. 101-103.

(2) GARCIA I GARCIA, F.: *Santa Maria de Valldigna i l'economia rural de certes comarques centrals del País Valencià*. Tesis de Licenciatura. Facultad de Geografía e Historia, Universidad de Valencia, 1979, págs. 86-108.

ciéndose la gran propiedad pero no el latifundio, fragmentación que sería elevadísima en la huerta (3); subsistía la propiedad libre familiar, pero sometida a la amenaza de ser absorbida por la gran propiedad señorial.

La primera reestructuración de la propiedad de la tierra reflejada documentalmente es la que tuvo lugar en 1366, a causa de la guerra entre Pedro IV de Aragón y el Rey de Castilla y el apoyo que éste recibió por parte de los moros de Valldigna. Como consecuencia de ello, éstos perdieron sus heredades y posesiones y fueron condenados a muerte; pena que les fue conmutada por el abad, que les entregó de nuevo las tierras en enfiteusis; en adelante, los moros, en reconocimiento del dominio directo del monasterio sobre sus heredades, se vieron obligados a cumplir las exigencias derivadas del contrato enfiteutico, entre ellas el pago del canon (4).

Desde que en 1366 el nuevo establecimiento sanciona la enfiteusis como modalidad de explotación de la tierra, se convierte en la forma normalmente utilizada para los establecimientos en el señorío. Los sucesos de 1366 podrían relacionarse con la «crisis de producción de las relaciones sociales feudales» que B. CLAVERO sitúa en la Baja Edad Media; la conservación de estas relaciones sociales exigió la transformación de las relaciones jurídico-políticas, sin excluir la forma política del Estado. Esta crisis coincidió con un momento en el cual en la propiedad territorial se estaba produciendo una contradicción en varios ámbitos: el colono, la «burguesía» y el «estado». CLAVERO destaca, como más importante, la contradicción entre señores y colonos, por pretender aquéllos la transformación de unas relaciones jurídicas por otras que permitieran una apropiación más proporcionada al aumento de productividad que, al parecer, estaba teniendo lugar en el trabajo de los campesinos; esta contradicción se resolvió mediante un sistema de establecimientos que tendría varias manifestaciones, que irían desde la enfiteusis perpetua (la más favorable al colono) al arrendamiento a corto plazo (más favorable al señor) (5).

A principios del XVII, con motivo de la expulsión de los moriscos, la propiedad del suelo en la Valldigna sufrió nuevas modificaciones. El abad (al igual que los señores de vasallos valencianos) consolidó el dominio útil con el directo de las heredades de los moriscos, con la posi-

(3) GARCIA I GARCIA, F.: *Santa Maria de Valldigna...*, págs. 104 y 105.

(4) A. R. V (Archivo del Reino de Valencia): Clero. Libro 2440; FURIÓ, A., y GARCIA, F.: «Algunas consideraciones acerca del feudalismo medieval valenciano», *Estudios sobre Historia de España. Homenaje a Tuñón de Lara*, Guadalajara, 1981, I, págs. 115 y 116.

(5) CLAVERO, B.: *Mayorazgo. Propiedad feudal en Castilla. 1369-1836*, Madrid, 1974, págs. 109 y 110.

bilidad de adquirir, además, la propiedad de las tierras francas que éstos poseían, aunque estuvieran situadas en realengo (6). Para repoblar el señorío, una carta de población establecía a los nuevos vasallos mediante enfiteusis, recibiendo cada campesino un lote igual, independientemente de la calidad de los terrenos y del número de personas que formaban cada familia o de los brazos con que ésta contaba para trabajar las parcelas:

- 1 casa para vivienda;
- 9 tahúllas de regadío;
- 17 tahúllas de secano;
- 15 tahúllas de marjal (7).

No me referiré aquí a las cuestiones surgidas en esta ocasión entre el monasterio y los cristianos viejos que residían en la Valldigna al tiempo de marcharse los moriscos; a medida que los cristianos antiguos habitantes del valle fueron adhiriéndose a la carta de población, fueron recibiendo nuevos lotes de tierras. Es posible que, dada la tendencia al fraccionamiento de la propiedad campesina en el siglo xvi a causa del aumento demográfico, la distribución que siguió a la repoblación permitiera la formación de parcelas más amplias (8), entre otras cosas por el descenso de población que ocasionó la marcha de los moriscos.

La igualdad inicial conseguida en el reparto del suelo no pudo mantenerse mucho tiempo inmutable porque se combinaba una serie de factores que, poco a poco, iba a dar lugar a una diferenciación social basada en el estatuto de la tierra: en primer lugar, las características de la tierra serían un factor a tener en cuenta para establecer distinciones, pero serían sobre todo las divisiones por herencias o donaciones matrimoniales las que jugarían un papel importante en la mayor o menor atomización del suelo (9) y consiguiente diferenciación de sus detentadores, aparte de que a partir de cierto momento ya no se hacen establecimientos con la misma extensión de tierras fijada en la carta de población.

(6) CÍSCAR PALLARÉS, E.: *Tierra y señorío en el País Valenciano*, Valencia, 1977, pág. 308.

(7) MORA, A.: «Carta de población del señorío de Valldigna de 1609», *Anuario de Historia del Derecho Español*, XLVIII, págs. 487-505.

(8) REGLÁ, J., y otros: *Història del País Valencià*, 4 tomos, Barcelona, 1974, III, pág. 90; CÍSCAR PALLARÉS, E.: *Tierra y señorío...*, pág. 180. Se basan ambos en el trabajo de BATALLER y BATALLER, A.: «La expulsión de los moriscos: su repercusión en la zona de los riesgos del Vernisa». *Saitabi*, X, 1960.

(9) A. R. V.: Clero, leg. 726.

A) TIPOS DE PROPIEDAD DE LA TIERRA EN EL SEÑORÍO DE VALLDIGNA

1. Además de esta propiedad feudal compartida, existían en el señorío tierras bajo la propiedad absoluta del monasterio: la reserva señorial. En líneas generales, en la época medieval la reserva incluía las tierras más feraces, reservadas por el señor para su explotación directa, aunque al parecer su extensión disminuyó en la Baja Edad Media a causa de la crisis económica y social del siglo xiv (10).

Dado que la reserva se explotaba a través del trabajo de jornaleros o de los mismos vasallos, debía haber una proporción entre su superficie y la de los mansos de los siervos: su tamaño excesivo obligaba a contratar el trabajo de obreros asalariados, porque la mano de obra servil resultaba insuficiente (11).

La propiedad alodial del señor comprendía, además, otras tierras que estaban más alejadas de la reserva, integradas por tierras sin cultivar y bosques, lugares de aprovisionamiento de leña, madera, pastos para el ganado o caza.

En su estudio sobre los primeros años del monasterio de Valldigna, F. GARCIA I GARCIA afirma que en estos momentos iniciales no existía la reserva señorial (12), ya que no llegó a efectuarse la distinción típica de los señoríos medievales entre *terra dominicata* y *terra indominicata*, y ésta sería la razón para conceder al abad la *cena*, la *peita* y la *quèstia*, derechos cuyo origen estaría precisamente en relación con la decadencia de la reserva señorial (13). Sin embargo, en el siglo xvi, según CASEY, entre las rentas señoriales de la Valldigna, el producto de las tierras de la reserva representaría un porcentaje considerable (14).

En la carta de población de 1609 no se hace ninguna mención específica de la reserva. Solamente se estipula que son del abad «tots los canyars que es trobaran y haurà en lo esdevenidor en les terres del riu, cèquies y en altres qualsevol parts... e així mateix... tots los tops, olms, salzers, àlbers, pins y carrasques que es trobaran dins los tèrmens de la present vall» (15). Esto no puede considerarse como alusión

(10) GARCÍA DE VALDEAVELLANO, L.: *Curso de Historia de las Instituciones españolas*, Madrid, 1968, págs. 248 y 249.

(11) SLICHER VAN BATH, B. H.: *Historia agraria de la Europa Occidental (500-1850)*, Barcelona, 1954, págs. 66 y 67.

(12) GARCIA I GARCIA, F.: *Santa Maria de Valldigna*..., pág. 39.

(13) GARCIA I GARCIA, F.: *Santa Maria de Valldigna*..., pág. 35.

(14) CASEY, J.: «La situación económica de la nobleza valenciana en vísperas de la expulsión de los moriscos», *Homenaje al Dr. D. Juan Reglá Campistol*, I, página 521; A. H. N. (Archivo Histórico Nacional), Osuna, leg. 800.

(15) MORA, A.: «Carta de población...», cap. XX.

a lo que se entiende por reserva, sino que se refiere más bien a derechos exclusivos o privativos del monasterio. Sin embargo, esta omisión no debe hacernos concluir que en el siglo XVII, tras la reorganización del señorío a causa de la expulsión de los moriscos, la reserva —por pequeña que sea— no exista, porque en 1697 el abad ordena «que ninguno se atreva a entrar en el huerto y heredades del señorío escalando las paredes, vajo la pena de veinte y cinco libras y otras penas» (16); solamente estas tierras, bien delimitadas por medio de esa pared (17), podrían identificarse con una hipotética reserva señorial.

En el siglo XVIII el monasterio poseía varias heredades, por las cuales percibía poco más de 15 libras anuales, que se designaban como «tierras propias» (18). En 1810 los bienes así denominados están constituidos por:

- 1 huerto junto al convento (donde se cultivan hortalizas para la comunidad) de 15 hanegadas, del que el monasterio declara obtener una rentabilidad de 3 libras por hanegada (la posible «reserva»);
- 36 hanegadas de huertas en el término de Simat, que producen una renta de 627 libras;
- tierras «secanas» también en Simat, cuyo producto asciende a 270 libras;
- otras tierras, en el mismo lugar, sin especificar su naturaleza, que producen alrededor de 144 libras;
- varias casas.

Si en 1810 el monasterio reconoce haber percibido una renta líquida de 37.636 libras, de ellas 1.086 de tierras «propias», los ingresos de este conjunto de bienes representan aproximadamente el 2,88 por 100 del total (19).

Así pues, este apartado de «tierras propias del monasterio» tiene escasa entidad frente al resto de sus posesiones territoriales, y desde luego menos aún ese huerto del monasterio que tampoco conserva ya la significación que tuvo la reserva medieval, aunque todavía guarda ese carácter de «despensa», cultivada directamente por los mismos frailes o por medio de terceros (pero en absoluto por medio de los ser-

(16) A. R. V.: Clero, leg. 785.

(17) GUILARTE, A. M.: *El régimen señorial en el siglo XVI*, Madrid, 1962, página 143; CÍSCAR PALLARÉS, E.: *Tierra y señorío*, pág. 178.

(18) A. R. V.: Clero, leg. 794.

(19) A. R. V.: Clero, leg. 785.

vicios personales de los vasallos) (20); en cuanto a las tierras que designan como «propias», están concedidas en arriendo y son una fuente más de obtención de rentas.

2. En el antiguo régimen existía, además, un tipo de propiedad que estaba constituido por los bienes que formaban el patrimonio de los municipios. En el siglo XVIII se distinguía entre bienes de propios y bienes comunales.

SANTAYANA, en su obra, refleja esta distinción, otorgándole a los primeros un carácter patrimonial porque son «sus caudales, ... propios del pueblo, y se consideran como dote propia, que se les ha señalado para sostener las cargas de la república» (entre ellos, las tiendas, lonjas, sisas sobre determinados alimentos, censos, etc.) (21). Existen otros bienes «que propiamente son y se dicen comunes, y sirven para utilizarse de ellos los vecinos. Tales son las plazas, calles..., caminos públicos..., edificios destinados al uso de todos; ... montes comunes, ejidos y pastos públicos; la caza y la pesca; los montes para leña y pasto» (22).

Respecto a los bienes de propios, el pueblo de Simat figura en 1731 como titular de tierras, pero sin detentar ninguna en ese momento (23); el hecho de que se le considere como titular significa que si en la fecha señalada no poseía tierras, las había poseído en alguna ocasión. Tavernès se lamentaba de que «este lugar no tenía propios ni efectos algunos para poder ocurrir» a determinados gastos (24); esta queja se repite a lo largo de las actas de los plenos municipales. El Ayuntamiento reunía sus ingresos por diversos medios (a base de imponer ocasionalmente sisas sobre algunos alimentos, o gracias a la renuncia de algunos oficiales municipales a sus derechos económicos en favor del pueblo, por ejemplo) (25). De todos modos, el lugar poseía una pequeña heredad, denominada «Sorteta dels Sants», de 10 hanegadas de marjal, y cada dos años se subastaba el arriendo de la tierra al mayor postor (26); aun sin estar totalmente desprovisto de bienes propios, éstos no le bastaban al pueblo de Tavernès para hacer frente a los gastos que recaían sobre el municipio.

(20) A. R. V.: Clero, leg. 796. Según datos proporcionados por J. ROMERO, la propiedad alodial del monasterio (es decir, propiedad no compartida), incluyendo las tierras de las granjas, alcanzaba una extensión de 150 hectáreas en el siglo XIX.

(21) SANTAYANA, L. DE: *Gobierno político de los pueblos de España*, edición manejada: Madrid, 1979 (1.ª edición, Zaragoza, 1742), pág. 79.

(22) SANTAYANA, L. DE: *Gobierno político* ... pág. 91.

(23) A. R. V.: Clero, libro 1001.

(24) A. M. T. V. (Archivo Municipal de Tavernès de Valldigna): *Actas del Pleno de 1724 a 1730 y 1767*, acta de 8 de abril de 1767.

(25) A. M. T. V.: *Actas del Pleno de 1724 a 1730*.

(26) A. R. V.: Clero, libro 1678; A. M. T. V.: *Actas del Pleno de 1724 a 1730*., *Actas del Pleno de 1783 a 1788*.

No poseo datos acerca del régimen que se seguía en Benifayró, pero, a la vista de lo que ocurre en los otros pueblos, es lógico pensar que lo más probable es que también careciera de propios y arbitrios.

En cuanto a los aprovechamientos comunes, incluidos en los llamados «bienes comunales», los de leña y madera estaban muy limitados por la carta de población (27). De las tierras destinadas a pastos, al parecer, solamente se acostumbraba a deslindar terrenos para los *boalars*, y es posible que se delimitaran anualmente, al menos a partir de un momento determinado (28). Estos eran utilizados para que pastaran los ganados de los abastecedores de carne de los lugares del valle; aunque pudieran pacer también en ellos los animales de labranza y tiro de los pueblos (29) en los documentos referentes a este señorío el boalar siempre aparece destinado a los ganados de los abastecedores. Para los vecinos de Valldigna existían pastos de aprovechamiento comunitario, pero la propiedad de estas tierras no pertenecía a los municipios (al igual que las destinadas a servidumbres rústicas), y claramente lo especifica el abad en 1783, en vista de ciertos problemas surgidos entre los lugares del valle a causa de los pastizales:

Siendo de nuestra paternal solicitud y competencia precaver y atajar entre nuestros vasallos y vecinos de los pueblos de este nuestro estado de Valldigna cavilaciones que prefieren injusticia y inducen a discordia, y a fin de evitar para siempre el atentado (en perjuicio de nuestro original derecho y absoluto territorial señorío) de pretender que en el término general de este estado se designe a cada lugar divisorio para uso privativo de pastos y servidumbres rústicas de que no ay memoria, por ello, en obsequio de la paz y uso de nuestro dominio, os advertimos que (mientras no usásemos o en otra manera dispusiésemos, como dueños que somos de todos los términos, pastos y servidumbres de todo este nuestro estado de Valldigna) es nuestra voluntad y concesión que todos los vecinos de dichos lugares, unos y otros, os podáis aprovechar recíprocamente de los pastos y servidumbres rústicas en todo el ámbito de este nuestro estado de Valldigna, demarcado por el serenísimo rey Don Jayme II de Aragón, reser-

(27) MORA, A.: «Carta de población. », cap. XX.

(28) A. M. T. V.: *Actas del Pleno de 1783 a 1788*, acta de 22 de abril de 1796.

(29) *Fori Regni Valentiae*, Valencia, 1547-48, L. I. rúbr. «De les pastures y del vedat», cap. XIV, fol. VI; HALPERIN DONGHI, T.: «Un conflicto nacional en el Siglo de Oro: moriscos y cristianos viejos en Valencia», *Cuadernos de Historia de España*, XXIII-XXIV, pág. 19.

vándose únicamente a cada uno de dichos lugares el uso privativo de vuestros respectivos boalares o redondas, según ya antiguamente se os acotaron (30).

B) DISTRIBUCIÓN DE LA PROPIEDAD SOMETIDA A CENSO ENFITÉUTICO

La documentación consultada para este tema es la siguiente:

- un cabreve de 1682 de Tavernes y Benifayró (31);
- un libro padrón del equivalente de Tavernes del año 1785 (32);
- tres libros que pertenecen a la administración del monasterio y que recogen la distribución de algunas de las tierras del señorío entre los vecinos en el siglo XVIII (33).

La información más completa la proporcionan el cabreve y el padrón del equivalente.

No he de insistir aquí en lo que los padrones del equivalente pueden dar de sí como fuente de información para el historiador (34); por el carácter fiscal de los mismos, es necesario tener en cuenta que se producían ocultaciones que, si bien pueden invalidar las comparaciones entre las distintas poblaciones, no dejan de prestar su utilidad dentro de un mismo municipio, ya que las ocultaciones se harían con unos criterios homogéneos que se aplicarían a toda la población (difícilmente se hubiera admitido que fuera de otro modo, dada la publicidad con que se confeccionaban los libros padrones) (35). Transcurridos unos años se impone la redacción de un nuevo padrón porque los cambios que se producen en la propiedad del suelo van invalidando el anterior. Esto es lo que ocurre con el padrón que he utilizado; el siguiente se confecciona en 1815, y se pide que en el nuevo se incluya también el reparto de los derechos dominicales o del importe de su arriendo, reconociendo que el de 1785 contiene una ocultación «que podrá contarse en una décima parte» (36).

(30) A. R. V.: Clero. leg. 799; leg. 778.

(31) A. R. V.: Clero. libro 1471.

(32) A. M. T. V.

(33) A. R. V.: Clero. libro 1001; libro 1678; libro 2165.

(34) HERNÁNDEZ-MARCO, J. L.: «Propiedad, trabajo y renta en el Setecientos valenciano según unas fuentes poco utilizadas: los Padrones de riqueza del Equivalente», *Actes du premier colloque sur le Pays Valencien à l'Époque Moderne*. Université de Pau, 1980, págs. 273-282.

(35) HERNÁNDEZ-MARCO, J. L.: «Propiedad, trabajo y renta. », pág. 278.

(36) A. M. T. V.: *Actas del Pleno de 1810 a 1818*, acta de 23 de abril de 1815.

He de advertir también que el padrón de 1785 registra, como es normal, las transmisiones de tierras durante el período 1785-1815 (debidas a herencias, compraventas, permutas), pero no indican nunca la fecha en que tales cambios tienen lugar. En estas condiciones, podía optar por la solución de no tomar más que los datos consignados en 1785, o bien adjudicar a cada propietario todas las tierras que tenía a su nombre sin tachaduras. Me he inclinado por esta segunda vía, a sabiendas de que iba a proporcionarme el conocimiento de una propiedad territorial de los primeros años del siglo XIX. Pero en cierto modo no podía elegir otro camino, ya que el único signo que podría haberme guiado entre las inscripciones de bienes de un año o de otro era el tipo de letra, y es obvio que éste no es un dato lo suficientemente seguro como para establecer, a través de él, la fecha de las transmisiones de la propiedad. Aún suponiendo que dos caligrafías distintas correspondieran a años diferentes (hipótesis que no es exacta), ¿a qué años del período 1785-1815 se referirían?

CUADRO NÚM. 1

DISTRIBUCION DE LA PROPIEDAD DE LA TIERRA
EN BENIFAYRO (1682) (a)

	CANTIDADES TOTALES		PORCENTAJES	
	Superficie	Núm. de propie- tarios	Superficie	Núm. de propie- tarios
Menos de 0,5 Ha.	3,1666	11	1,11	13,58
De 0,5 a 1 Ha.	2,75	4	0,96	4,94
De 1 a 2 Ha.	23,5833	16	8,25	19,75
De 2 a 3 Ha.	20,2083	8	7,07	9,88
De 3 a 4 Ha.	24,2916	7	8,50	8,64
De 4 a 5 Ha.	63,4166	14	22,18	17,28
De 5 a 10 Ha.	130,7291	20	45,73	24,69
De 10 a 30 Ha.	17,7291	1	6,20	1,23
De 30 a 50 Ha.	—	—	—	—
Más de 50 Ha.	—	—	—	—
TOTAL	285,875	81	—	—

Sin tierras: 3.

(a) En los cuadros las cifras se expresan en hectáreas.

El resto de la documentación utilizada para el siglo XVI es incompleta, pero no poseo otras fuentes para el conocimiento de la propiedad en Simat y en Benifayró. La primera dificultad surge ante el hecho de que son informaciones parciales porque se refieren a un determinado

tipo de tierra (huerta en Simat y Benifayró, marjal en Tavernes); pero, además, creo que faltan terratenientes, debido a causas que ignoro.

CUADRO NÚM. 2

DISTRIBUCION DE LA PROPIEDAD DE LA TIERRA
EN TAVERNES (1682)

	CANTIDADES TOTALES		PORCENTAJES	
	Superficie	Núm. de propie- tarios	Superficie	Núm. de propie- tarios
Menos de 0,5 Ha.	4,2708	13	0,65	7,34
De 0,5 a 1 Ha.	13,625	19	2,07	10,73
De 1 a 2 Ha.	47,7916	31	7,27	17,51
De 2 a 3 Ha.	73,8125	30	11,22	16,95
De 3 a 4 Ha.	80,125	23	12,18	12,99
De 4 a 5 Ha.	80,1666	18	12,19	10,17
De 5 a 10 Ha.	223,4583	34	33,98	19,21
De 10 a 30 Ha.	134,4375	9	20,44	5,08
De 30 a 50 Ha.	—	—	—	—
Más de 50 Ha.	—	—	—	—
TOTAL	657,6875	177	—	—

Sin tierras: 15.

Si estos libros eran redactados por el monasterio, es posible una pequeña ocultación en la extensión de las tierras, pero no me parece probable la ocultación de personas. Y, sin embargo, en los datos para Benifayró, de 1731 a 1762 se aprecia un descenso en la superficie de las tierras huertas cultivadas y también en el de propietarios (ver cuadro número 5); esto resulta extraño en una centuria en la que se produce un crecimiento demográfico y, lógicamente, el aumento de las roturaciones. Y es más extraño aún teniendo en cuenta que al libro que se refiere a Benifayró en 1731 le faltan los nombres de los terratenientes desde la letra N en adelante. ¿Cómo hay, a pesar de ello, 13 vecinos más en 1731 que en 1762?

En cuanto a la marjal de Tavernes en 1721, incluyo los datos en el cuadro número 6, pero sin ningún comentario sobre ellos, porque me parece innecesario, dado que el padrón de 1785 nos proporciona, aunque más tardío, un material mucho más acabado.

En el siglo xvii, en Tavernes hay 657,68 hectáreas y en Benifayró 285,87 hectáreas de tierras cultivadas en manos de enfiteutas, repartidas entre secano, huerta y una corta cantidad de marjal (esta última en

Tavernes: 4,41 hectáreas —ver cuadros 1 y 2—). A falta de datos que lo contradigan, parece que todos los detentadores de bienes inmuebles (tierras, casas, corrales de ganado, etc.) en cualquiera de estos dos pueblos pertenecen a la población campesina o artesana del señorío, y son mínimas las inversiones en tierras fuera de los límites del lugar de residencia, aun dentro de los de la Valldigna.

En cambio, en 1785, en Tavernes, la extensión cultivada ha aumentado a 1.950,52 hectáreas, repartidas ahora en secano, huerta y marjal; de ellas, 76,66 las poseen forasteros, 44, de un total de 983 contribuyentes. Entre ellos la tierra se distribuye según los cuadros adjuntos, números 7 y 8.

Sin ignorar lo artificioso que puede resultar, para poder clasificar estos grupos he recurrido a la división entre pequeña, mediana y gran propiedad, establecida por R. PÉREZ CASADO (37). Aunque el autor la utiliza para la huerta, J. AZAGRA también se basa en ella en su estudio de unos padrones del equivalente de Tavernes en el siglo XIX (38), por lo que creo que puedo adoptarla válidamente para este análisis. Esta clasificación se adapta a la distribución de parcelas utilizada en este trabajo, englobando en la pequeña propiedad a todos los que tienen hasta cinco hectáreas; por encima de 10 hectáreas estaría la gran propiedad, quedando la mediana en el grupo que detenta entre 5 y 10 hectáreas de tierra (39).

De los forasteros registrados en el padrón de Tavernes, algunos son vecinos de los otros pueblos del señorío, y entre ellos está incluido el propio monasterio, situado en Simat; el resto reside fuera de la Valldigna. Además de los 44 terratenientes, hay cuatro más que sólo detentan casas.

Pese al capítulo XXXI de la carta de población (prohibiendo la enajenación o el traspaso de la propiedad de los bienes inmuebles —casas y tierras— a «persones religiosos, iqlèsies, colegis, universitats, cavallers, ciutadans e altres persones que gozen de privilegi militar, ni bandolers, sots pena de comís») entre los contribuyentes forasteros, aunque más de la mitad son campesinos (lo son 29), han conseguido tierras en Tavernes:

(37) PÉREZ CASADO, R.: «L'Agricultura», *L'estructura econòmica del País Valencià*, Valencia, 1970, págs. 251-302.

(38) AZAGRA, J.: «De los padrones de riqueza como fuente para la historia agraria del siglo XIX», *Estudios de Historia de Valencia*, Valencia, 1978, págs. 415-432.

(39) Aunque no utilice los términos «propiedad» y «propietario», no debemos olvidar que solamente me refiero a propiedad absoluta al hablar del monasterio, que figura en el padrón entre los forasteros terratenientes. En todos los demás casos, estoy tratando del reparto del dominio útil, no del de la propiedad plena.

- 2 conventos (40),
- 3 militares,
- 3 clérigos,
- 2 doctores y
- 5 titudados «don» (41).

La participación de los que el padrón denomina forasteros es muy escasa, dado que sólo poseen el 3,93 por 100 del total de la superficie cultivada de Tavernes, porcentaje que se reduciría si separáramos de este grupo a los que residen en el señorío (12 en total), con lo que la penetración de los auténticos forasteros quedaría aún más minimizada.

CUADRO NÚM. 3

DISTRIBUCION DE LA PROPIEDAD DE LA TIERRA
EN SIMAT (huerta)

A) 1731)

	CANTIDADES TOTALES		PORCENTAJES	
	Superficie	Núm. de propie- tarios	Superficie	Núm. de propie- tarios
Menos de 0,5 Ha.	28,7083	117	20,50	55,71
De 0,5 a 1 Ha.	36,375	50	25,98	23,81
De 1 a 2 Ha.	44,5625	31	31,84	14,76
De 2 a 3 Ha.	25,6666	11	18,33	5,24
De 3 a 4 Ha.	—	—	—	—
De 4 a 5 Ha.	4,7291	1	3,37	0,48
De 5 a 10 Ha.	—	—	—	—
De 10 a 30 Ha.	—	—	—	—
De 30 a 50 Ha.	—	—	—	—
Más de 50 Ha.	—	—	—	—
TOTAL	139,9513	210	—	—

Sin tierras: 3.

(40) Son la iglesia parroquial de Tavernes y las monjas de Caudiel.

(41) Hay además cuatro forasteros terratenientes que ejercen oficios, pero éstos no están incluidos en la prohibición del capítulo XXXI de la carta de población.

CUADRO NÚM. 4

DISTRIBUCION DE LA PROPIEDAD DE LA TIERRA
EN SIMAT (huerta)

B) 1762

	CANTIDADES TOTALES		PORCENTAJES	
	Superficie	Núm. de propie- tarios	Superficie	Núm. de propie- tarios
Menos de 0,5 Ha.	28,375	129	22,45	58,63
De 0,5 a 1 Ha.	35,75	52	28,29	23,63
De 1 a 2 Ha.	39,7708	30	31,48	13,63
De 2 a 3 Ha.	19,0833	8	15,10	3,63
De 3 a 4 Ha.	3,3541	1	2,65	0,45
De 4 a 5 Ha.	—	—	—	—
De 5 a 10 Ha.	—	—	—	—
De 10 a 30 Ha.	—	—	—	—
De 30 a 50 Ha.	—	—	—	—
Más de 50 Ha.	—	—	—	—
TOTAL	126,3333	220	—	—

CUADRO NÚM. 5

DISTRIBUCION DE LA PROPIEDAD DE LA TIERRA
EN BENIFAYRO (huerta)

(Cantidades totales)

	1 7 3 1		1 7 6 2	
	Superficie	Núm. de propie- tarios (a)	Superficie	Núm. de propie- tarios
Menos de 0,5 Ha.	22,4791	82	25,875	115
De 0,5 a 1 Ha.	37,5416	55	20,1666	29
De 1 a 2 Ha.	39,8125	29	23,5	16
De 2 a 3 Ha.	19,6458	8	8,75	4
De 3 a 4 Ha.	9,5208	3	—	—
De 4 a 5 Ha.	—	—	—	—
De 5 a 10 Ha.	—	—	—	—
De 10 a 30 Ha.	—	—	—	—
De 30 a 50 Ha.	—	—	—	—
Más de 50 Ha.	—	—	—	—
TOTAL	129	177	72,2916	164

(a) Sin tierras: 3.

CUADRO NÚM. 6

DISTRIBUCION DE LA PROPIEDAD DE LA TIERRA
EN TAVERNES (marjal)
(1721)

	CANTIDADES TOTALES		PORCENTAJES	
	Superficie	Núm. de propie- tarios	Superficie	Núm. de propie- tarios
Menos de 0,5 Ha.	0,3333	1	0,06	0,40
De 0,5 a 1 Ha.	24,75	32	4,56	13,00
De 1 a 2 Ha.	136,4166	96	25,14	39,02
De 2 a 3 Ha.	141,5833	58	26,10	23,53
De 3 a 4 Ha.	113,4166	34	20,91	13,82
De 4 a 5 Ha.	57,5	13	10,60	5,28
De 5 a 10 Ha.	56,88	11	10,48	4,47
De 10 a 30 Ha.	11,62	1	2,14	0,40
De 30 a 50 Ha.	—	—	—	—
Más de 50 Ha.	—	—	—	—
TOTAL	542,4998	246	—	—

Sin tierras: 9.

CUADRO NÚM. 7

DISTRIBUCION DE LA PROPIEDAD DE LA TIERRA
EN TAVERNES (1785) (I)
(Cifras totales y porcentajes)

	CANTIDADES TOTALES		PORCENTAJES	
	Superficie	Núm. de propie- tarios	Superficie	Núm. de propie- tarios
Menos de 0,5 Ha.	57,7708	220	2,96	25,70
De 0,5 a 1 Ha.	130,6666	186	6,70	21,73
De 1 a 2 Ha.	236,4166	164	12,12	19,16
De 2 a 3 Ha.	246,6875	100	12,65	11,68
De 3 a 4 Ha.	185,4583	54	9,50	6,30
De 4 a 5 Ha.	130,1458	29	6,67	3,39
De 5 a 10 Ha.	501,0208	75	25,69	8,76
De 10 a 30 Ha.	394,50	26	20,22	3,04
De 30 a 50 Ha.	67,8541	2	3,48	0,23
Más de 50 Ha.	—	—	—	—
TOTAL	1950,5208	856	—	—

Sin tierras: 123 contribuyentes.

CUADRO NÚM. 8

DISTRIBUCION DE LA PROPIEDAD DE LA TIERRA
EN TAVERNES (1785) (II)

Forasteros solamente (cifras totales)

	<i>Superficie</i>	<i>Núm. de propie- tarios</i>
Menos de 0,5 Ha.	5,5625	15
De 0,5 a 1 Ha.	6,50	10
De 1 a 2 Ha.	12,25	8
De 2 a 3 Ha.	17,8125	7
De 3 a 4 Ha.	6,1666	2
De 4 a 5 Ha.	—	—
De 5 a 10 Ha.	6,2916	1
De 10 a 30 Ha.	24,0833	1
De 30 a 50 Ha.	—	—
Más de 50 Ha.	—	—
TOTAL	76,6666	44

Centrándome a partir de ahora en los campesinos vecinos de la Valldigna, según el cabreve (1687) y el libro padrón (1785), es posible ver que la propiedad de la tierra se distribuye del siguiente modo:

CUADRO NÚM. 9

	<i>1 6 8 2</i>		<i>1 7 8 5</i>
	<i>Benifayró</i>	<i>Tavernes</i>	<i>Tavernes</i>
Pequeña propiedad (%) ...	74,08	75,70	87,96
Mediana propiedad (%) ...	24,69	19,21	8,76
Gran propiedad (%) ...	1,23	5,08	3,27

De acuerdo con estos datos y los recogidos en cuadros sucesivos, ningún propietario pasa de 30 hectáreas en 1682, mientras que en 1785 se alcanzan las propiedades que rebasan esta medida, aunque sin llegar ninguna a las 50 hectáreas. Al comparar cifras se pone de manifiesto que a finales del siglo XVII ya era muy abundante la pequeña propiedad, y que el grupo de medianos enfiteutas tenía mayor peso en 1682 que en 1785, más aún en Benifayró que en Tavernes.

La relación entre propietarios y tierra detentada se establece en estos dos lugares del modo que vemos a continuación:

CUADRO NÚM. 10

TIERRAS DETENTADAS (%)

	1 6 8 2		1 7 8 5
	<i>Benifayró</i>	<i>Tavernes</i>	<i>Tavernes</i>
Pequeña propiedad	48,07	75,69	50,60
Media y gran propiedad	51,93	24,30	49,39

Lo que significa que la pequeña propiedad, pese a su crecimiento, pierde tierras en Tavernes entre 1682 y 1785, produciéndose el despojo a favor de los otros dos grupos (sobre todo el de los grandes propietarios, que detentan el 20,44 por 100 de las tierras cultivadas en dicho lugar en 1682 y el 23,7 por 100 en 1785), aunque éstos se han reducido en el siglo XVIII en comparación con el total de campesinos terratenientes. En Benifayró, la relación entre tierras y propietarios, a finales del XVII, es comparable a la de Tavernes un siglo más tarde, aunque la gran propiedad sólo detenta el 6,20 por 100 y la mediana el 45,73 por 100, y en este aspecto la distribución del suelo se asemeja más a la de Tavernes en el mismo año (1682); resulta así que a finales del Seiscientos existe en Benifayró una categoría de medianos propietarios de cierto peso, que representa la cuarta parte de la población campesina y tiene en sus manos casi la mitad de las tierras cultivadas.

A todo ello hay que añadir la poca importancia de la gran propiedad a finales del XVII, tanto por el número de terratenientes como por la proporción de tierras detentadas.

¿Podría explicarse esta distribución territorial de finales del XVII por una demografía poco pujante que evitaría así la división de la tierra que se produce ante los crecimientos de población? Apunto la hipótesis, simplemente, ya que la documentación no proporciona más datos sobre esta cuestión.

Dirigiendo ahora la atención a la documentación (bastante más incompleta) de Simat y Benifayró en el siglo XVIII (cuadros 3 al 5), vemos que todas las parcelas que los enfiteutas poseen en la huerta se encuadran en los límites establecidos como pequeña propiedad.

Dados los problemas que estas fuentes plantean, no podré realizar comparaciones demasiado interesantes con los datos que el cabreve de 1682 proporciona sobre Benifayró, y por lo que a Simat se refiere, unas noticias tan poco completas, en torno solamente a la huerta de este pueblo, harán posible poco más que algunas conjeturas. Con todo

y con eso, he intentado un análisis hasta donde este material me lo ha permitido.

Los datos acerca de Simat y Benifayró son muy semejantes, y entre ellos hay que destacar uno, que por cierto no constituye una novedad: la propiedad está, o mejor, sigue estando, muy fragmentada en todas sus modalidades (pequeña, mediana, etc.), característica que ya era patente en el siglo XIV. Con una perspectiva más amplia que la de estos libros de la administración señorial del XVIII, tanto el cabreve de 1682 como el libro padrón de Tavernes, muestran también que la tierra está atomizada en una multiplicidad de parcelas, fenómeno que afecta a todos los tipos de suelo y que tiene la ventaja de diversificar los posibles riesgos (sobre todo climatológicos) y facilita la explotación intensiva (42); desde un mínimo de 0,25 hanegadas hasta un máximo de 60 en secano (hay una parcela excepcionalmente grande en el secano de Benifayró de 150 hanegadas en 1687 y otra en la marjal de Tavernes de 144.75 hanegadas, en 1785, pero la norma son las heredades con una extensión dentro de los límites acabados de consignar). Ha cambiado mucho el panorama desde que en 1609 se estableció aquella pequeña propiedad, también fragmentada, pero igualitaria por su extensión.

De este muestreo de la propiedad se puede deducir que en la Valldigna ni en el siglo XVII ni en el XVIII existe la gran propiedad latifundista en cuanto a extensión se refiere y tampoco en cuanto a su aprovechamiento (43); se producen, además, en estos siglos cambios en la proporción de medianos propietarios y de campesinos ricos o acomodados, y aumento de la pequeña propiedad, según quedó dicho en páginas anteriores.

Hay que advertir, sin embargo, la artificiosidad que supone el trazar una línea divisoria para determinar unas categorías rígidas en las que juegan tantos factores: sin salir de los tipos de terreno, no es lo mismo la propiedad en la huerta que en el secano o en la marjal; en la Valldigna se suele dar la combinación entre dos o los tres tipos de suelo y esto hay que tenerlo en cuenta en el momento de calificar la pequeña propiedad. En ella existe un grupo que no puede vivir exclusivamente de los beneficios obtenidos por la producción de sus heredades. Y desde luego si la pequeña propiedad es insuficiente en la huerta, con mayor razón lo será si los terrenos son de secano.

En los establecimientos de 1609 se entregaban unas parcelas que, sumando el secano, el regadío y la marjal, tenían una extensión de

(42) AZAGRA, J.: «De los padrones de riqueza ...», pág. 425.

(43) ARTOLA, M., y otros: *El latifundio. Propiedad y explotación, siglos XVIII-XIX*. Ministerio de Agricultura, 1978.

41 tahúllas (o hanegadas), es decir, 3,42 hectáreas. Hay que suponer que el abad entregaba, como poco, el mínimo para la subsistencia de los campesinos, teniendo en cuenta que no todos los terrenos serían de la misma calidad y que, teóricamente, cada lote debía bastar para la supervivencia de una familia campesina y producir un excedente que iría a formar parte de la renta feudal (44). No siempre se consideraba así por los campesinos que recibían las tierras y en ocasiones las abandonaban de nuevo, pero también hay otras causas que impidieron que la repoblación de principios del xvii tuviera el resultado que se esperaba (44 bis). No creo que el tamaño de las tierras fuera una de estas causas, al menos en la Valldigna, y, más aún, pienso que las dimensiones de cada lote estaban por encima del mínimo vital, ya que se hacían establecimientos por debajo de dicha extensión en otros lugares de señorío (en el de Alfara, por ejemplo, se entregaban heredades de 12 hanegadas) (45), o en el mismo señorío de Valldigna, ya durante el siglo xvii, transcurridos los años iniciales de la repoblación, como veremos más adelante.

Los recursos que tenían los campesinos con una propiedad por debajo del mínimo vital eran o bien el trabajo como jornaleros o bien el arrendamiento de parcelas de los terratenientes más acomodados, de aquéllos cuyas heredades reunían una extensión que no les permitía trabajarlas por sí mismos o cuyas actividades profesionales les impedían el cultivo directo de sus campos. Otro medio de sobrevivir era el ejercicio de un oficio, pero siempre es difícil distinguir en cada caso los que realizaban este tipo de actividad laboral para sobrevivir de aquéllos que lo tenían como principal medio de vida e invertían en tierras como complemento: de todos modos, sus inversiones eran escasas, ya que se incluyen en el grupo de los pequeños propietarios. Todo lo que en este párrafo llevo dicho es aplicable a los que no tenían tierras. De éstos, según el padrón de 1785, la mayoría eran jornaleros; hay también algunas viudas y trabajadores en diversos oficios. Si bien algunos de ellos tendrían bastante para vivir con su actividad laboral, la gran proporción de jornaleros dentro de este último apartado, de los «sin tierras», lleva a concluir que tanto éstos como los pequeños propietarios que se encuentran por debajo del mínimo vital forman el sector más bajo de la escala social. La misma situación se repite a mediados del siglo xix,

(44) KULA, W.: *Las medidas y los hombres*, Madrid, 1980, pág. 46.

(44 bis) Ver mi tesis doctoral «El señorío de Valldigna en los siglos xvii y xviii. Estudio jurídico y social», Facultad de Derecho, Universidad de Valencia, curso 1981-82, actualmente en prensa con el título de *Monjes y campesinos: el señorío de Nuestra Señora de Valldigna en los siglos xvii y xviii*.

(45) Archivo del Corpus Christi: Libro de Títulos, tomo I.

según el estudio de J. AZAGRA sobre el libro padrón de 1859, reforzándose esta idea por el hecho de que los pertenecientes a estos grupos viven en los barrios pobres del lugar (46). A finales del siglo XVIII estas condiciones afectaban al 53,81 por 100 de la población de Tavernes.

La mediana propiedad, según hemos visto en páginas anteriores, con cierta entidad a finales del siglo XVII, pierde importancia a medida que avanza el tiempo, y en el padrón de Tavernes de 1785, pese a haber perdido tierras, aún conserva la cuarta parte del terreno cultivado en su poder; igualmente, aunque aumenta en Tavernes el número de medianos enfiteutas entre 1682 y 1785, este crecimiento no es proporcional al del total de la población campesina. Los grandes propietarios, por su parte, al menos por lo que se aprecia en Tavernes, disminuyen a lo largo del XVIII en relación con el total de campesinos (a pesar de que aumente su número), pero, por el contrario, crece la porción de terreno cultivado o cultivable que poseen.

Me han sido amablemente proporcionados por J. ROMERO algunos datos de principios del siglo XIX, sobre la huerta de Benifayró en 1806 y el pueblo de Tavernes en 1815 (estos últimos, basados en el libro padrón redactado ese mismo año) (ver cuadros números 11 y 12). El cuadro número 11 refleja que la extensión de la huerta de Benifayró ha aumentado desde 1731: en cuanto a la distribución del suelo, es semejante a la que se apreciaba en este lugar y en Simat en el siglo XVIII, con la diferencia de haber crecido el tamaño de las propiedades, ya que en 1806 encontramos que cuatro terratenientes han llegado a convertirse en medianos propietarios en la huerta; estos cambios se producen a costa de la pérdida de terratenientes en los grupos menores del cuadro (de menos de media hectárea y de media a una hectárea) para pasar a engrosar los superiores (47). No se daba tal situación en Benifayró durante el siglo XVIII, ni tampoco en Simat. La aparición de mediana propiedad en la huerta es muestra de expansión económica (que permite no sólo la inversión en tierras, sino la acumulación de parcelas, más significativa aún por tratarse de regadío; y no hay que olvidar que estas propiedades, además, se combinaban con secano, situación que se refleja en las fuentes relativas a Tavernes y en el cabreve de 1682, pero que no recoge la documentación de Simat y Benifayró ni en el siglo XVIII ni en el XIX.

Del padrón de Tavernes de 1815, lo que primero llama la atención es el descenso de su superficie cultivada. Ya advertí que los datos

(46) AZAGRA, J.: «De los padrones de riqueza...», pág. 427.

(47) Comparo los datos de Benifayró de 1806 con los de 1731 porque, a pesar de sus defectos, se acercan más a la realidad que los de 1762, aunque sin dejar de lado las reservas con que debemos tomar cualquier afirmación sobre Benifayró, dadas las características del material que he podido consultar para el siglo XVIII en dicho pueblo.

obtenidos del de 1785 nos muestran una situación que no sabría fijar cronológicamente con exactitud dentro del período 1785-1815. Aun suponiendo que la fecha fuera 1785, es muy extraño que en este período hayan dejado de cultivarse nada menos que 504 hectáreas, máxime cuando entre 1855 y 1859 la superficie cultivable de Tavernes pasa de las 2.000 hectáreas (48). En cuanto a la distribución de la propiedad, en comparación con el padrón de 1785, en 1815 retrocede la mediana y la gran propiedad para dejar paso a una mayoría abrumadora de pequeños propietarios, el 93,63 por 100 de la población contribuyente, con un 64,23 por 100 en el grupo de los que se encuentran por debajo del mínimo vital, y eso sin contar a los que no poseen tierras (porque no me constan). Es cierto que en 1815 España está aún recuperándose de la guerra de Independencia y que en 1813 y años sucesivos el pueblo de Tavernes soporta la carga del envío quincenal de trigo y dinero para la manutención del ejército, con las consiguientes reticencias frente a estas entregas por «la decadencia del pueblo con los muchos suministros que había hecho, tanto en artículos como en dinero» (49). Pero ese masivo empobrecimiento y sobre todo la desaparición del libro padrón de tantas tierras cultivables hace pensar también en ocultamientos, a pesar del rigor con que, teóricamente, se confeccionaban los padrones del equivalente. Son precisamente los hacendados del lugar los que solicitan del cabildo municipal la redacción de un nuevo libro padrón porque ya no consideran exactos los justiprecios del anterior y estiman que los repartos no se pueden realizar con la debida igualdad por la existencia de una ocultación en el de 1785 que calculan en una décima parte (50). ¿Cómo entonces se puede reducir la superficie cultivable en 1815, siendo así que tendría que resultar mayor que la de 1785, una vez sacadas a la luz esas posibles ocultaciones? La cuestión queda planteada y los resultados que arroja el padrón de 1815 han quedado expuestos. No tengo más elementos de juicio para profundizar en esta cuestión.

Según el estudio de J. AZAGRA, las características conocidas a través del padrón de 1859 (complementado con el de 1855) son, en primer lugar, la persistencia de la fragmentación del suelo, «casi al límite impuesto por los rendimientos y beneficios»; la presencia de esta parcelación también en la gran propiedad; y que el 65 por 100 de los propietarios no puede vivir de sus propiedades, lo que denota que no se ha

(48) AZAGRA, J.: «De los padrones de riqueza...», pág. 422.

(49) A. M. T. V.: *Actas del Pleno de 1810 a 1818*, acta de 1 de febrero de 1813.

(50) A. M. T. V.: *Actas del Pleno de 1810 a 1818*, acta de 23 de abril de 1815.

producido ninguna mejora en las condiciones de vida del campesinado. En 1859 hay tres grandes propietarios y 39 que se pueden considerar como medianos; entre todos ellos alcanzan apenas el 3 por 100 de los vecinos censados, pero poseen casi un tercio de las tierras (51); alrededor del 97 por 100 serían, en consecuencia, pequeños propietarios.

La situación se muestra bastante estable; a grandes rasgos, este esquema de reparto de la propiedad se transmite desde finales del siglo XVIII hasta la primera mitad del siglo XIX, a pesar de las transformaciones políticas y sociales que han tenido lugar, ya que se ha producido la liquidación del antiguo régimen a través de mecanismos como la abolición de los señoríos jurisdiccionales y varios intentos de desamortización hasta llegar a la de MENDIZÁBAL y la de MADÓZ, así como la desvinculación de patrimonios.

CUADRO NÚM. 11

DISTRIBUCION DE LA PROPIEDAD DE LA TIERRA
EN BENIFAYRO (huerta)

(1806)

	CANTIDADES TOTALES		PORCENTAJES	
	Superficie	Núm. de propietarios	Superficie	Núm. de propietarios
Menos de 0,5 Ha.	15,08	72	9,14	41,86
De 0,5 a 1 Ha.	29,79	44	18,05	25,58
De 1 a 2 Ha.	45,72	35	27,70	20,35
De 2 a 3 Ha.	22,45	9	13,60	5,23
De 3 a 4 Ha.	21,22	6	12,85	3,49
De 4 a 5 Ha.	4,70	1	2,85	0,48
De 5 a 10 Ha.	26,06	4	15,79	2,33
De 10 a 30 Ha.	—	—	—	—
De 30 a 50 Ha.	—	—	—	—
Más de 50 Ha.	—	—	—	—
TOTAL	165,06	172	—	—

(51) AZAGRA, J.: «De los padrones de riqueza. », págs. 424-427.

CUADRO NÚM. 12

DISTRIBUCION DE LA PROPIEDAD DE LA TIERRA
EN TAVERNES

(1815)

	CANTIDADES TOTALES		PORCENTAJES	
	Superficie	Núm. de propie- tarios	Superficie	Núm. de propie- tarios
Menos de 0,5 Ha.	99,10	419	6,85	43,69
De 0,5 a 1 Ha.	133,75	197	9,24	20,54
De 1 a 2 Ha.	226,37	159	15,65	16,58
De 2 a 3 Ha.	187,60	78	12,97	8,13
De 3 a 4 Ha.	91,25	27	6,31	2,81
De 4 a 5 Ha.	81,42	18	5,63	1,88
De 5 a 10 Ha.	241,41	36	16,69	3,75
De 10 a 30 Ha.	355,70	24	24,59	2,50
De 30 a 50 Ha.	30,00	1	2,07	0,10
Más de 50 Ha.	—	—	—	—
TOTAL	1446,63	959	—	—

A pesar de que este estudio de la estructura de la propiedad del suelo se basa con mayor amplitud en el análisis de los datos de Tavernes, es posible que algunos de los extremos aquí apuntados podrían repetirse en Simat y Benifayró. Como hemos visto, en la Valldigna (al menos ha quedado demostrado para Tavernes) se transmiten, como en otros puntos del País Valenciano en la transición del feudalismo al capitalismo, una fragmentación y un reparto de la propiedad muy similares a los que se observan en la distribución del dominio útil (52). Esta vía de transición contrasta con el desarrollo que este proceso histórico tuvo en otros puntos de la península, donde dio lugar a la aparición de grandes propiedades rurales (53).

Así pues, recapitulando, la propiedad territorial en la Valldigna presenta los rasgos y las transformaciones siguientes:

- una propiedad igualitaria establecida a partir de la repoblación de principios del XVII;

(52) GIL OLCINA, A.: *La propiedad señorial en tierras valencianas*, Valencia, 1979, pág. 188.

(53) GIL OLCINA, A.: *La propiedad señorial...*, pág. 10.

- una pequeña propiedad siempre en aumento desde finales del xvii hasta mediados del xix; por el contrario, se produce una pérdida de peso específico de la mediana propiedad. Los grandes terratenientes, por su parte, progresivamente, van acaparando los terrenos de cultivo: en 1682 detentan el 20,44 por 100 y en 1859 ya poseen una tercera parte; esta acumulación va acompañada de una cada vez menor representación de este grupo en la comunidad campesina, lo que refuerza la importancia del aumento de su riqueza en tierras;
- una propiedad atomizada en múltiples parcelas, rasgo apreciable en todos los tipos de suelo y en todos los sectores de terratenientes;
- un esquema de reparto de la tierra cuyas características, a grandes trazos (fragmentación, predominio de la pequeña propiedad), es el mismo que encontramos en el siglo xix, aun después de iniciarse el proceso de redención de censos.

El cuadro número 13 es ilustrativo para poner de relieve los matices que se aprecian en la transición del feudalismo a la sociedad burguesa, sin cambios espectaculares, salvo las modificaciones experimentadas por la mediana propiedad.

El tamaño medio de las parcelas en cada grupo es el que va a aportar el matiz definitivo en esta caracterización de la propiedad campesina en la Valldigna a lo largo de dos siglos y medio: es bien patente la disminución de la parcela del pequeño enfiteuta, a la par que se produce un movimiento contrario en la gran propiedad. Refiriéndome exclusivamente a la que rebasa las 30 hectáreas, inexistente a finales del siglo xvii, está presente ya a finales del Setecientos y aumenta las dimensiones medias de sus heredades durante el xix. Se refleja, pues, el empobrecimiento general y continuado del campesinado, lo que quiere decir que el sistema de censos enfiteúticos significó estabilidad, pero en absoluto la mejora de las condiciones de vida del campesino, al menos en la comarca que es objeto de este estudio, a causa de una fragmentación continuada de las heredades, proceso que la gran propiedad quizá resistió mejor porque sus ganancias no provenían exclusivamente de la tierra y podía invertir éstas en bienes raíces (54).

(54) AZAGRA, J.: «De los padrones de riqueza...», en el cuadro de la pág. 25 trabaja sobre hanegadas. Para adecuar sus datos a este estudio, el grupo de medianos propietarios es el que se halla entre 60 y 120 hanegadas; por encima estaría la gran propiedad y la pequeña por debajo de las 60.

CUADRO NÚM. 13 (a)

	1 7 8 5		1 8 1 5		1 8 5 9	
Pequeña propiedad	Propietarios	87,96	Propietarios	93,63	Propietarios	88,23
	Superficie	50,60	Superficie	56,65	Superficie	41,85
Mediana propiedad	Propietarios	8,76	Propietarios	3,75	Propietarios	8,20
	Superficie	25,69	Superficie	16,69	Superficie	28,14
Gran propiedad	Propietarios	3,27	Propietarios	2,60	Propietarios	3,56
	Superficie	23,70	Superficie	26,66	Superficie	29,99

(a) Las cifras de este cuadro representan porcentajes.

CUADRO NÚM. 14

TAMAÑO MEDIO DE LAS PARCELAS

<i>Años</i>	<i>Propiedad</i>	<i>Hectáreas por terratiente</i>
Benifayró (1687)	Pequeña	2,29
	Mediana	6,53
	Grande (a)	—
Tavernes (1687)	Pequeña	2,23
	Mediana	6,57
	Grande (a)	—
Tavernes (1785)	Pequeña	1,31
	Mediana	6,68
	Grande (a)	33,95
Tavernes (1815)	Pequeña	0,91
	Mediana	6,70
	Grande (a)	30,00
Tavernes (1859)	Pequeña	0,85
	Mediana	6,01
	Grande (a)	44,93

(a), Con más de 30 hectáreas.

Ya advertí que la gran propiedad que existe en Tavernes es una propiedad de campesinos ricos o acomodados, pero no latifundistas. Esta característica, junto a otras como el comercio limitado al área local, o la explotación agrícola anclada en antiguos usos, evidencian la existencia de unas relaciones de producción rodeadas de un marco económico en muchos aspectos aún tradicional y, a su vez, esta estructura, en un círculo vicioso, condiciona las características de la gran propiedad en la Valldigna.

En el proceso de disolución del régimen señorial y del paso del modo de producción feudal al capitalista, la propiedad enfiteútica pudo transformarse en propiedad plena gracias al mecanismo de redención de censos, pero la propiedad absoluta del monasterio, las tierras y edificios que concedía en arriendo o en aparcería fueron objeto de desamortización. El primer proceso, que no ha sido estudiado en profundidad, es, sin embargo, un tema muy importante para comprender cómo ocurrió el cambio de un régimen a otro entre un sector muy amplio del campo valenciano.

En cuanto a la desamortización de la Valldigna, ha sido investigada

por J. BRINES (55). El 6 de febrero de 1812, durante la guerra de la Independencia, el monasterio fue ocupado por los franceses y se hizo cargo de sus bienes un tal Vicente Orta (56). El rey José I había proyectado una desamortización que pretendía liquidar la deuda pública, aun la anterior a su reinado, y que habría de saldarse mediante unas cédulas hipotecarias con las que podrían comprarse Bienes Nacionales: entre otros, los que pertenecían a las comunidades de órdenes regulares, monacales, mendicantes y clericales, de monasterios, colegios y conventos suprimidos por el Real Decreto de 18 de agosto de 1809; como tales hubieran debido considerarse los bienes de los conventos valencianos tras la caída de la ciudad en poder de los franceses en enero de 1812. A finales de marzo, sin embargo, aún continuaban en pie las órdenes religiosas suprimidas en 1809 (57), aunque el monasterio de Valldigna precedió a todos ellos, ya que su comunidad había sido expulsada el mes anterior, influyendo en ello el hecho de la ocupación del convento por el ejército francés.

No se conocen ventas de tierras del convento con ocasión de este intento desamortizador. Los decretos de las Cortes de Cádiz tampoco afectaron a la Valldigna (58). En la desamortización del trienio liberal sí se compraron los bienes que tenía fuera del señorío y parte de los que poseía dentro del mismo, pero recuperó bastantes a finales de agosto de 1823. Finalmente, tras la exclaustación definitiva de los monjes en 1835 (a raíz de la supresión de todos los monasterios y conventos del País Valenciano), acompañada del canto del «Trágala» y de los «Gozos de la Constitución» por los vecinos del valle, se confeccionó el inventario de los bienes del monasterio y se procedió a la venta de sus propiedades inmuebles (59 y 59 bis).

ADELA MORA CAÑADA

(55) BRINES, J.: «La desamortización del monasterio de Valldigna», *Cuadernos de Historia*, V, Madrid, 1975, págs. 487-520; «La desamortització del monestir de Valldigna: estudi sòcio-econòmic», *Primer Congreso de Historia del País Valenciano*, Valencia, 1976, IV, págs. 329-349.

(56) BRINES, J.: «La desamortización...», pág. 488.

(57) MERCADER RIBA, J.: *José Bonaparte, rey de España. 1808-1813. Historia externa de un reinado*, Madrid, 1971, pág. 273. Del mismo autor, «La desamortización en la España de José Bonaparte», *Hispania*, CXXII, 1972, págs. 587-616.

(58) BRINES, J.: «La desamortización...», pág. 489.

(59) BRINES, J.: «La desamortización...», págs. 500 y 501.

(59 bis) Este artículo puede completarse con el trabajo, ya citado, *Monjes y campesinos...*, capítulo VI.

VIDA JURIDICA

2020

I Congreso Nacional de Sociedades Agrarias de Transformación

Ponencias y conclusiones de dicho congreso, celebrado en Lérida el 9 y 10 de mayo de 1985.

Patrocinado por la Federación de Sociedades
Agrarias de Transformación de Cataluña.

Una de las figuras más frecuentes de nuestros ámbitos agrícolas en los años pasados fue; sin duda alguna, la de los llamados Grupos Sindicales de Colonización, que sirvieron de modo muy eficaz para aportar soluciones prácticas a las necesidades asociativas de los hombres del campo.

La rigidez de la cooperativa propiamente dicha, que requiere unas bases y una organización a veces demasiado pomposa para explotaciones modestas, hizo que nuestros agricultores y ganaderos optasen por esta otra formulación más sencilla que se les ofrecía y acudiesen a las agrupaciones con muchísima frecuencia. Como, además, esta figura asociativa fue primada con incentivos y ayudas tanto técnicas como económicas, recibiendo a la vez un trato fiscal favorable, era lógico que la fórmula fuese aceptada de modo casi general.

Ahora se considera por algunos como dato no positivo la denominación «sindical» que acompañaba a los antiguos grupos. Aparte de que esto tenía más de etiqueta formularia que de encuadramiento efectivo,

de ello no tenían culpa alguna los agricultores ni justificaría en modo alguno una marginación absurda. La Ley de 1906 favoreció a la agricultura de grupo bajo la figura del sindicato y siempre se han aplicado sus normas favorables a cualquier tipo de sociedad rural sin excepción.

Borrado el marchamo sindical en 1977, se calificó a estas agrupaciones de sociedades y esa es ahora su calificación oficial; y también de aquí se intentan sacar consecuencias adversas, como la del célebre «ánimo de lucro» como pretexto abonado para aplicarles todos los gravámenes imaginables. Y los pobres labradores han salido de Málaga para pasar a Malagón; los han convertido de sindicatos en sociedades, cuando no son ni una cosa ni la otra; son, realmente, agrupaciones *sui generis*, con un indudable carácter cooperativo y social.

En la presentación de este libro se resalta la importancia que tienen estas formas asociativas en la agricultura y la ganadería, tanto por el volumen de sus productos como por el número de socios que las integran, por lo que se justifican todos los trabajos de divulgación sobre esta materia que puedan contribuir al mejor conocimiento de estas agrupaciones, que son uno de los cauces más propicios para la reforma de la empresa agraria española.

Este Congreso, organizado por la Federación de Sociedades Agrarias de Transformación de Cataluña, se celebró en Lérida en las fechas indicadas, con asistencia de gran número de especialistas del tema y de empresarios agrícolas y ganaderos de toda España. Todos ellos mostraron gran interés en los temas tratados, relativos a la reglamentación jurídica y fiscal de las Sociedades Agrarias de Transformación (en adelante, SAT), un análisis comparado con las sociedades similares en Francia y el tema de las agrupaciones de productores agrarios ante la incorporación de España a las Comunidad Económica Europea.

En el libro que estamos comentando se recogen las ponencias desarrolladas y las conclusiones que se elaboraron con la activa participación de los congresistas, quedando plasmadas en ellas el espíritu asociativo de estas entidades y la necesidad de contar con el apoyo de la Administración para potenciarlas como agrupaciones idóneas para el desarrollo de la empresa agraria.

«Los orígenes y evolución de la SAT» es el título de la ponencia de PEDRO ROSELLÓ ESTEBAN, Presidente de la Cámara Agraria Provincial de Lérida, quien situó el nacimiento de los Grupos Sindicales de Colonización en la Ley de Colonización de Interés Local de 1940, siendo regulados después por otras disposiciones en 1942 y 1943. Con ello se consiguió promocionar la creación y funcionamiento de grupos cerealistas, forestales y ganaderos a base de un mecanismo intermedio entre las

sociedades y las cooperativas, constituyendo una evidente mejora de nuestras estructuras agrarias. Al extinguirse la sindicación obligatoria en 1977, aquellos grupos fueron denominados SAT, con transferencia de su ordenación formal al recién creado Instituto de Relaciones Agrarias. No obstante, no se aprueba su Estatuto definitivo hasta un Decreto de 1981, desarrollado por otras Ordenes ministeriales. Actualmente se van transfiriendo competencias a las Comunidades Autónomas y ya las han asumido Cataluña y Vascongadas.

«El régimen jurídico de la SAT» fue desarrollado por JULIO OLANO MARTÍNEZ, Asesor jurídico de la Federación de Cataluña, quien estudia a fondo el Real Decreto 1776/1981, de 3 de agosto, en sus puntos principales, como la denominación, el concepto y la personalidad jurídica de las SAT, la responsabilidad por las operaciones sociales, requisitos y normas referentes a los socios, reglas sobre el capital social y estructura, disolución y liquidación de estas sociedades, terminando con su comparación respecto a sociedades mercantiles y cooperativas. Constituye un estudio completísimo.

«El régimen fiscal de las SAT» fue expuesto por el autor de esta recensión, resaltando que, a pesar de que la Ley de Exenciones de 1906 y la normativa posterior han concedido un régimen benévolo a las figuras asociativas agrarias en general, de un tiempo a esta parte se vienen notando intentos de recorte respecto a las SAT que no tienen demasiada explicación, como no sea el deseo de reconducirlas forzosamente a tomar la forma de cooperativas. La agricultura de grupo no es un capricho sino una necesidad y debe dejarse a los agricultores en libertad de elegir el tipo asociativo que mejor les cuadre; por eso, tras exponer las normas vigentes de esta tributación especial, la ponencia explica las razones por las que fiscalmente deben ser equiparadas las SAT a las cooperativas. La Administración ha mostrado sus reticencias en un informe de la Dirección General de lo Contencioso del Estado y en una contestación del Ministerio a una pregunta del Senador señor BOLEA, que se reproducen y comentan. Pero los Tribunales de Justicia, por el contrario, aceptan plenamente tal equiparación, según puede verse en la Sentencia del Tribunal Económico-Administrativo Central de 18 de marzo de 1976 y en otra del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1984, cuyos considerandos también se transcriben y comentan. Termina la ponencia señalando los beneficios actuales de las SAT en cada uno de los impuestos y concluye diciendo que los tributos no son sólo medios para recaudar ingresos, sino más bien instrumento de política económica general para atender al progreso social y mejor distribuir la renta nacional; si esto lo establece expresamente la Ley General Tributaria en su artículo 4,

debe aprovecharse para obtener los objetivos deseables en política agraria.

«Las SAT como agrupaciones de productores agrarios ante la Comunidad Económica Europea» fue la ponencia desarrollada por EDUARDO BES JAQUES, del Servicio de Extensión Agraria de la Consejería de Agricultura de la Generalidad de Cataluña, estudiando la situación inicial en la CEE y la necesidad de fomentar estas agrupaciones, dada la situación en España y las perspectivas de futuro.

«Las asociaciones agrarias en la CEE» y los respectivos reglamentos horizontal y sectoriales o por productos de estos grupos de productores en el ámbito comunitario fueron expuestos por LEANDRO MERCADÉ, Director en Bruselas de la Oficina de la Confederación Nacional de Agricultores y Ganaderos, el cual concluye su trabajo diciendo que la experiencia comunitaria nos muestra que las ayudas a la creación de grupos de productores han dado resultados diversos según el sector a las que se han aplicado: sin embargo, estas ayudas han sido mejor aprovechadas allí donde ya existía una infraestructura importante de comercialización, así como una tradición de asociacionismo agrario con organizaciones fuertes y bien estructuradas.

«Las sociedades agrícolas en Francia», en sus dos grandes sectores de comercialización y explotación, fueron presentadas por M. OLIVIER TROTHON. Encargado de Asuntos Agrícolas de la Embajada de Francia en Madrid.

Como final, el libro que comentamos recoge el texto de las diecinueve conclusiones que se acordaron en el congreso, entre las que se pueden entresacar como ideas principales:

— La SAT, por su evolución, desarrollo y experiencia, constituye una fórmula adecuada para la empresa asociativa en el campo, permitiendo la participación de sus socios en su actividad y sus resultados.

— Está demostrado el interés de los agricultores y ganaderos por este tipo de sociedad, lo que hace necesario que la Administración las apoye y potencie.

— Los fines y objetivos sociales de las SAT que se obtienen mediante una fórmula comunitaria, hacen de ellas un cauce primordial que los agricultores y ganaderos han elegido como el más adecuado para la creación y promoción de sus empresas agrarias.

— El Decreto de 21 de mayo de 1970, que establece la protección fiscal de los antiguos Grupos Sindicales de Colonización, se halla vigente y debe ser aplicado íntegramente a las SAT en cumplimiento de lo clara-

mente establecido en la disposición final segunda del Real Decreto 1776/1981.

El libro es, como se ve, un trasunto de lo tratado en el Congreso de Lérida. Su finalidad es de divulgación y defensa de los intereses de los modestos agricultores integrantes de las SAT, que merecen todo apoyo, por ser, como ellos nos dicen, uno de los cauces más propicios para la reforma de la agricultura y la ganadería en España.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS



JURISPRUDENCIA

I. Resoluciones y sentencias

II. Sentencias del Tribunal Supremo

POR FRANCISCO CASTRO LUCINI
y JOSÉ QUESADA SEGURA

1. JURISPRUDENCIA CIVIL

III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

PRECONTRATO —RESOLUCION.—Artículos 1.124 y 1.451 del Código Civil
(SENTENCIA DE 6 DE ABRIL DE 1984).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Mariano Fernández Martín-Granizo, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el actor y apelante contra la Sentencia de la Sala 1.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia de Olot, por las siguientes consideraciones:

Que es preciso adentrarse en lo que constituye el fondo de este recurso, o sea, el de la naturaleza jurídica de la convención celebrada entre el comprador-actor-recurrente, señor V. M., y el vendedor, señor V. P., fallecido el 22 de enero de 1970, cuyos herederos son los hoy recurridos, acuerdo o convención que en ambas instancias fue calificado de proyecto de compraventa, o contrato preliminar, o precontrato, razón por la cual v habida cuenta la desestimación de los dos motivos precedentemente estudiados, de tal caracterización ha de partirse, dado que dicha figura negocial se encuentra reconocida tanto por la doctrina científica patria como por la jurisprudencial, y si bien el acumulativo empleo de denominaciones que gramaticalmente son distintas, e incluso dentro de una estricta técnica jurídica para ciertos sectores doctrinarios resulta un tanto discutible su involucrada y conjunta utilización, es lo cierto que en el marco de los negocios jurídicos ha adquirido carta de naturaleza y en el de nuestro Derecho positivo y por lo que a la compraventa se refiere,

tiene adecuado encaje en el artículo 1.451 del Código Civil, que según doctrina de esta Sala, desarrollada principalmente a partir de la Sentencia de 11 de noviembre de 1943, nos muestra un contrato preliminar o precontrato, de carácter bilateral en el contrato supuesto aquí contemplado en cuanto en el pacto en cuestión intervinieron ambas partes.

Que partiendo de lo establecido en el anterior fundamento jurídico, es obvio que por el juego del citado artículo 1.451 del Código Civil, el incumplimiento del negocio en cuestión reenvía a la normativa reguladora de la teoría general de las obligaciones y contratos que se contiene en los títulos I y II del Libro IV del Código Civil, artículo 1.089 a 1.314, y no como pretende el recurrente a los artículos 1.445, 1.450 y 1.454, relativos al contrato de compraventa perfecto y válido.

Que establecida la naturaleza jurídica del pacto celebrado entre el actor y el causante de los hoy recurridos como precontrato o promesa de venta, el precepto aplicable, cual se ha dicho, es el artículo 1.451 del Código Civil, cuyo párrafo segundo reenvía la problemática del incumplimiento a la teoría general de las obligaciones y contratos; y declarado por el Tribunal sentenciador el «deliberado incumplimiento de esta obligación» de pago por el actor-recurrente, fundada según la sentencia impugnada, entre otras consideraciones, en que de los 5.000.000 de pesetas fijadas en el contrato de promesa de venta celebrado el 26 de abril de 1963, de las que a su firma en dicha fecha se abonaron 300.000 pesetas en el acto del otorgamiento «como pago y señal de la factura de venta, y a continuación se fijaron los plazos en que debía abonarse el total precio, de 5.000.000 de pesetas, el primero, en cuantía de 800.000 pesetas, finalizado en 31 de agosto de 1967; el segundo, de 900.000 pesetas, en 31 de agosto de 1968, y los 3.000.000 de pesetas restantes quedaban bloqueadas, hasta un término de dieciocho meses, a contar del fallecimiento» del señor V. P., lo que tuvo lugar el 22 de enero de 1970, estando pendiente de pago el importe señalado salvo las 300.000 pesetas entregadas al otorgamiento del contrato, es evidente la aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.124 del Código Civil en orden a resolver la obligación contraída por ambas partes.

COMENTARIO.—La doctrina del Tribunal Supremo es clara y coherente: Calificado el contenido del documento privado que motiva el pleito de precontrato de compraventa y no de contrato, no le son aplicables los artículos 1.445, 1.450 y 1.454, que se refieren al contrato de compraventa perfecto y válido, sino que, por la remisión del artículo 1.451 y concretamente en este caso de su párrafo segundo, serán aplicables las normas relativas a las obligaciones y contratos en general, entre ellas el artículo 1.124, que viene a actuar así en lugar del artículo 1.504 que tampoco resulta aplicable, según se desprende de la línea de razonamiento seguida por nuestro más Alto Tribunal. Para saber cuándo estamos ante un contrato de compraventa y cuándo ante un precontrato, habrá de estarse a la intención o voluntad de las partes, plasmada en las cláusulas del documento, por lo que es de lamentar que en la sentencia no se hayan transcrito las cláusulas de éste de las que pudiera inducirse esa voluntad o calificación.

Al margen de esta cuestión, que es la fundamental del pleito, reitera el Tribunal Supremo la doctrina de que «las actas notariales, si bien

dotadas de autenticidad externa, o sea, en cuanto al hecho que origina su otorgamiento y a su fecha, no lo son respecto a la veracidad de las manifestaciones realizadas por quienes en las mismas intervienen y menos aún pueden oponerse a terceros que no han tenido intervención en el documento». Lo que había sido dicho, con algunas variantes, en las Sentencias de 2 de mayo, 7 de julio y 9 de diciembre de 1981, 5 de febrero y 3 de junio de 1983.

Pero falta en esta declaración alguna precisión de matiz. Esta pudiera hacerse en el sentido de que al hablar de *autenticidad*, el Tribunal Supremo se está refiriendo al carácter de auténtico a los efectos del recurso de casación, no a la autenticidad desde el punto de vista material o sustantivo, en el sentido de que el documento notarial deba bastarse a sí mismo, por encerrar todos los requisitos o elementos necesarios del acto o contrato al que se refiere. Y tratándose de actas notariales, lo cierto es que en cuanto a los hechos o actos que al Notario le constan por ser percibidos por sus sentidos y el juicio de identidad, capacidad, etc., hacen prueba plena, están dotados de fe pública, que sólo puede ser reargüida mediante la querella criminal de falsedad (vgr.: si el Notario afirma que el requerido recibió la cédula o que el testigo efectuó una determinada declaración); y respecto al contenido de la veracidad de lo manifestado por determinadas personas, existe una presunción *iuris tantum* de exactitud y veracidad, toda vez que quien las emite se expone, en su caso, a ser reo de falsedad en documento público o de falso testimonio y en este sentido le advierte el Notario antes de recibir esas declaraciones o manifestaciones. Razón por la cual es aconsejable redactarlas con ciertas precauciones (por ejemplo, «que según cree recordar», «conforme a lo que en este momento recuerda y los datos que obran en su poder», etc.).

DECLARACION UNILATERAL DE VOLUNTAD ACEPTADA.—PRECARIO (SENTENCIA DE 9 DE JULIO DE 1984).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don José Luis Albacar López, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandada y apelante contra la Sentencia de la Audiencia Territorial de La Coruña, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Orense, conforme a las siguientes consideraciones, de las que resultan ya los hechos debatidos en el pleito:

Promovida la demanda por don J. P. A. y doña M. C. V., ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Orense contra don L. A. D., quien, a su vez, formuló demanda reconventional, se interpuso el presente recurso de casación por infracción de ley en la que se sientan, entre otros, los siguientes fundamentos de hecho y de derecho, que expresamente acepta de la Sentencia del Juzgado: A) Que si no ofrece la menor duda que la actora adquirió en su día por compra la finca solar a que se refiere el documento privado unido al folio 2, tampoco puede ponerse reparo alguno a que la misma demandante inició todos los trámites para la construcción de una casa en el referido solar, cuya edificación, previo

el oportuno proyecto, se alzó en la finca aludida, con lo cual si al documento privado antes aludido se une la tradición de la cosa de un modo total que da lugar a una posesión exclusiva que permite la construcción del edificio, con ello se cumplen los requisitos del artículo 609 del Código Civil para la adquisición del dominio del solar y en consecuencia del edificio incorporado, B) Que los demandados carecen de título para ocupar tal casa, una vez que tal ocupación sólo obedeció a una concesión graciosa de la demandante, y C) Que los referidos demandados han realizado obras en la casa, con el fin de proporcionarle condiciones de habitabilidad y en tal sentido si los demandados accedieron a la posesión de la casa en virtud de una concesión graciosa tal posesión no cabe duda que debe ser calificada como de buena fe.

Que en lo que se refiere al motivo tercero, formulado «al amparo del número primero del artículo 1.692, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción, por violación del artículo 1.254 del Código Civil y de la doctrina legal de que las declaraciones unilaterales de voluntad emitidas con ánimo de obligarse una persona en favor de otra a título de disposición general un derecho de crédito si el acto unilateral de voluntad va seguido de la aceptación del otro interesado» debe igualmente ser objeto de rechazo, ya que si el documento privado tantas veces aludido contuviese una declaración unilateral de voluntad de la demandada encaminada a la transmisión de la casa de autos, lo que anteriormente hemos ya descartado, sería necesario precisar que tal declaración de voluntad, en el caso de surtir los oportunos efectos jurídicos, debería entenderse encaminada a constituirse en una donación, que, por referirse a bienes inmuebles, y, de acuerdo con el mandato del artículo 633, exige para su eficacia constitutiva la constancia en escritura pública, haciéndose figurar en la misma, o en otra separada, la aceptación, requisitos éstos que en modo alguno aparecen cumplidos, por lo que no cabe atribuir ningún efecto traslativo del dominio al documento meritado, tanto por no contener la pretendida declaración de voluntad unilateral, como por no poderse conceder a esta eficacia alguna traslativa del dominio de cosa inmueble.

Que tampoco podrá ser estimado el cuarto motivo, amparado en el ordinal primero, «por infracción, por violación al no haberse aplicado del artículo 453 del Código Civil» y en el que se alega que, siendo el demandado poseedor de buena fe, ostenta derecho de retención sobre la casa hasta tanto le sean abonados, por los actores, los gastos útiles realizados por aquél, ya que es doctrina de esta Sala la de que «el derecho a la retención de la cosa únicamente puede reconocerse en el poseedor con título, es decir, en el poseedor civil, pero no en el precarista que carece de título y goza sólo de la mera tenencia o posesión natural de la cosa y por tal motivo no puede retener ésta en su poder por los gastos que en la misma hubiere realizado, ni impedir el desahucio, según se desprende de los artículos 1.599 y 1.600 de la Ley de Enjuiciamiento Civil» (17 de mayo de 1948), y que el aludido derecho de retención «requiere para su ejercicio con la finalidad y eficacia que previene en sus dos párrafos el artículo 453 del Código Civil que durante la realización de las obras o mejoras sobre las que se pretende fundamentar aquel derecho quien las efectúe posea la cosa en que se hagan con título suficiente y buena fe, para que, al ser vencido en la posesión o cesar

en ella pueda ampararse en el precepto y continuar la tenencia de la cosa» (Sentencia de 7 de octubre de 1949), y habiéndose concluido en la Resolución que se recurre, sin que tal afirmación haya sido combatida con éxito en casación al amparo del ordinal séptimo, única vía propicia para ello, que los demandados carecen de título alguno para la posesión de la casa, toda vez que su ocupación «sólo obedeció a una concesión graciosa de la demandante» y que como consecuencia de ello no tienen otra calificación legal que la de precaristas, es obvio que no pueden ejercitar el pretendido derecho de retención, por lo que debe decaer este cuarto motivo.

COMPRAVENTA MERCANTIL.—COMPETENCIA (SENTENCIA DE 9 DE ABRIL DE 1984).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Mariano Fernández Martín-Granizo resuelve la cuestión de competencia motivada por el ejercicio de una acción derivada de un contrato de compraventa mercantil, dado que el actor y el demandado tienen el carácter de comerciantes y el objeto cuyo precio se reclama fue adquirido para su reventa, lo que sitúa la misma dentro del ámbito del artículo 325 del Código de Comercio, sin que se haya acreditado la existencia de una concreta y específica sumisión a Tribunales de ningún lugar, en el sentido de que es competente el Tribunal del lugar donde se efectúa la entrega de la mercancía vendida, que en el presente caso es el del domicilio del vendedor, que es donde habrá de realizarse el pago.

PERMUTA DE COSA AJENA (SENTENCIA DE 13 DE OCTUBRE DE 1984).

Discutida por las partes la cuestión de si el contrato celebrado entre ambas era un contrato de permuta, tesis del demandado y reconveniente, apelado y recurrido, o un contrato de cesión de la mera posesión de las fincas a los únicos fines del cultivo de los predios, tesis del actor, apelante y recurrente, el Tribunal Supremo, en Sentencia de la que sido ponente el Magistrado don Antonio Sánchez Jáuregui, opta por la primera solución confirmando los anteriores fallos de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valladolid y del Juzgado de Primera Instancia de Medina del Campo, en razón a que «es reiterada doctrina legal, sancionada entre las más recientes por la Sentencia de esta Sala de 21 de diciembre de 1981, 27 de mayo de 1982 y 5 de mayo de 1983, la de que si bien en principio la jurisprudencia se mostró reacia a la admisión de la venta de cosa ajena, hoy, con fundamento en la tradición romana, Fuero Juzgo y las Partidas, la admite plenamente, dada la naturaleza consensual del contrato y generador de obligaciones, entre las cuales y esencial la del vendedor de proporcionar una cosa al comprador a cambio de un precio, sin que ningún precepto exija que sea propietario de la cosa vendida, sino que ésta pueda y deba ser entregada, siendo obvio, por ello, que en el caso del litigio, aunque el permutante, demandado y aquí recurrido, no fuere dueño de la finca que por permuta transmitía,

la realidad es que en el momento de la convención era poseedor de la misma, que como tal poseedor la entregó a la contraparte y que la transmisión de su dominio operada en el contrato correspondiente fue ratificada por la propietaria del predio».

COMENTARIO.—El Tribunal Supremo parece dar por supuesta en esta Sentencia la esencial analogía entre a compraventa y a permuta, para derivar, del hecho de que en nuestro Derecho ambas son contratos consensuales, la admisión de la permuta de cosa ajena. El fundamento de esta decisión se encuentra en la expresión «se obliga» del artículo 1.538, sin que sea impedimento a esta solución el artículo 1.539 que sólo autoriza a suspender la entrega de la cosa, pero que no dice que, caso de haber sido ya entregada, puede pedir la restitución de la que se dio a cambio, máxime al haber sido confirmado el contrato por la propietaria de una de las fincas. Pero hubiera sido de desear que la Sentencia se hubiera mostrado algo más explícita.

SOCIEDAD CIVIL IRREGULAR (SENTENCIA DE 24 DE MARZO DE 1984).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Antonio Fernández Rodríguez, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el Abogado del Estado, en representación del Estado, contra la Sentencia de la Sala 1.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia de Huelva, número 2, con base a los siguientes fundamentos:

Que son supuestos de hecho en que se apoya la Sentencia recurrida, y que han quedado incólumes en casación al no haber sido atacados por el cauce o vía que depara el número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los siguientes: A) que el 16 de junio de 1973 se otorgó escritura pública fundacional de «Moviti, S. A.», incorporando don D. S. M. al patrimonio de la misma, como aportación social, la finca urbana que es objeto de tercería; B) que el 17 de octubre de 1977 se produce la anotación preventiva en el Registro de la Propiedad del embargo de dicha finca, decretado en expediente de apremio seguido por la Recaudación de Tributos de Huelva contra el señor S. M., por débitos tributarios; y C) que el 18 de enero de 1978 se incribe la sociedad «Moviti, S. A.», en el Registro Mercantil.

Que atendidas las manifestaciones fácticas contenidas en el precedente considerando, procede desestimar el primero de los motivos en que se apoya el recurso de casación de que se trata, fundamentado, al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en violación del párrafo primero del artículo 1.281 del Código Civil, porque si ciertamente la Sociedad Anónima constituida, con la nominación «Moviti, S. A.», mediante escritura pública otorgada el 16 de junio de 1973 no adquirió personalidad jurídica como tal hasta el 18 de enero de 1978 en que fue inscrita la escritura fundacional en el correspondiente Registro Mercantil, tampoco cabe desconocer que establecido un convenio social con la consiguiente aportación a su base

económica de la referida finca por parte del socio don D. M. S., desplazó el dominio de ésta al referido ente social creado, puesto que aunque no pueda tener personalidad jurídica con alcance y efectos de Sociedad Anónima en tanto no se lleve a cabo su inscripción registral, según se deduce de los términos del artículo sexto de la Ley de 17 de julio de 1951, reguladora de las Sociedades Anónimas, ni posibilita la existencia de una sociedad irregular con ese carácter, sí merece el alcance de un vínculo societario con aspecto y consideración civil, que autoriza, *a sensu contrario*, el artículo 1.670 del Código Civil, en cuanto se han cumplido los requisitos de forma y fondo para generar relación societaria, por darse los requisitos prevenidos en los artículos 1.665 y 1.668 del Código Civil, y más en cuanto la aportación de la indicada finca sometida a la controversia no fue pacto que se hubiera mantenido oculto entre los socios, al venir constatado en escritura pública; todo lo cual conduce a que, en contra de lo apreciado por el Abogado del Estado recurrente, ninguna violación, por inaplicación, haya cometido la Sentencia impugnada del párrafo primero del artículo 1.287 del Código Civil, dado que los términos del contrato tan citado de 18 de junio de 1973, precisamente por su claridad, ponen de manifiesto, por el sentido literal de sus cláusulas, que se estableció un vínculo societario a cuya masa de bienes efectuó aportación de la finca en cuestión don D. S. M., en contraprestación de su participación como socio, que si no produjo efectos en el concepto de Sociedad Anónima con la consiguiente personalidad jurídica de esa naturaleza mercantil, ante la falta del requisito complementario constitutivo de la inscripción registral, sin embargo, produjo efectos, en tanto esa inscripción no tuvo lugar hasta el día 18 de enero de 1978, como sociedad privada de índole civil.

Que tampoco es de acoger el motivo segundo, como el anterior amparado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por pretendida aplicación indebida del artículo 117 del Código de Comercio, ya que la Sala sentenciadora de instancia, aunque se pronuncie con cita de ese precepto legal, lo hace no para dar eficacia a la sociedad en cuestión con naturaleza mercantil en el tiempo en que no ha estado inscrita en el correspondiente Registro Mercantil, ni, por tanto, para darle la consideración y efectos de Sociedad Anónima regular o irregular, sino para, excluyéndolo, darle la consideración jurídica de sociedad irregular de carácter privado y, por tanto, con efectos en el ámbito estrictamente civil.

Que igualmente es de rechazar el motivo tercero, que, al amparo asimismo en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Trámites civil, fundamenta la parte recurrente en alegada violación del artículo 6.º de la Ley sobre Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951 y de la doctrina legal contenida en las Sentencias de esta Sala que se citan, con arreglo a la cual la inscripción de la escritura fundacional en Registro Mercantil tiene la condición de requisito constitutivo, y en tanto no se cumpla la sociedad carece de personalidad para adquirir bienes, porque, en desvirtuación de esa fundamentación, es de tener en cuenta, como ya ha quedado expuesto en los precedentes considerandos, que el Tribunal *a quo* no provee a la entidad «Moviti, S. A.», creada por la citada escritura pública de 16 de junio de 1973, de persona-

lidad como Sociedad Anónima, tanto en su aspecto regular cual en el irregular de tal naturaleza mercantil, sino simplemente la existencia, entre tanto no se produjo la inscripción registral que es requisito esencial para que goce de personalidad jurídica aquella entidad, de lo que en la sentencia recurrida se denomina «Sociedad irregular general», lo que tanto quiere decir con aspecto civil, generante de la efectividad de desplazamiento de atribución dominical de la tan repetida finca cuestionada en favor de ella por el socio titular hasta entonces de ella don D. S. M., como consecuencia de la aportación realizada por el mismo de aquel bien a la masa común de dicho ente social con efectos civiles, conducentes en consecuencia a que, en cuanto a la repetida finca objeto de controversia y en orden al aspecto societario, concertado, con los referidos efectos civiles, se produzca una situación jurídica de comunidad entre los socios, de conformidad con lo normado en el artículo 392 del Código Civil, que impide el realizar embargo de la finca en cuestión en exclusividad con relación a don D. S. M., que la aportó al mencionado ente social, y de efectuarse viene provista la sociedad receptora de ella para ejercitar, con posibilidades viabilizadoras, cual ha ocurrido en el presente caso, acción de tercería de dominio, pues que al aportarse a dicho ente social únicamente ha quedado atribuido al precitado socio aportante una participación de cuota indivisa referida a sus derechos societarios, que en lo afectante al aspecto patrimonial es lo único que podría serle embargado, como consecuencia de la proporcionalidad que le viene atribuida en relación con su respectiva cuota, según previene el artículo 393 del Código Civil.

Que la doctrina expuesta en el anterior no viene desvirtuada por la tesis a que aluden las Sentencias de esta Sala de 6 de febrero de 1974, 31 de mayo de 1969 y 26 de mayo de 1973, expresamente citadas en apoyo del examinado motivo tercero, porque, como claramente evidencia el contenido de dichas resoluciones, éstas afectan exclusivamente al aspecto de negar personalidad propia e independiente a las Sociedades Anónimas, con derecho a ejercitar acciones civiles como tales, en tanto no sean inscritas en el correspondiente Registro, pero no a impedir la atribución de dominio en favor de ella para cuando quede constituida efectivamente con esa específica personalidad, ni, por tanto, para desplazar el correspondiente dominio al ente social de índole civil, derivado de sociedad irregular general producida en el período de tiempo transcurrida desde el convenio societario hasta su inscripción registral.

Que el rechazo de los tres primeros motivos lleva a igual solución en lo que se refiere al cuarto, desde el momento que atribuida la titularidad de la finca cuestionada a las Sociedades privadas de índole civil, se dan en ella los precisos requisitos de título de dominio, identidad de la cosa y detentación o posesión por el embargante en virtud de la equivalencia a ello de la traba practicada por la Recaudación de Contribuciones e Impuestos del Estado de la Zona Primera de Huelva, por la que actúa el Abogado del Estado, y por ello se produce la concurrencia de los elementos precisos para hacer adecuada aplicación del párrafo segundo del artículo 348 del Código Civil, aplicables a la tercería de dominio, y no cabe, por tanto, entender que se da la situación de aplicación indebida del indicado precepto cual pretende la parte recurrente al fun-

damentar dicho motivo cuanto al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

COMENTARIO.—En esta Sentencia, el Tribunal Supremo niega la posibilidad de la existencia de sociedades mercantiles anónimas irregulares, estableciendo que desde la escritura de constitución de una sociedad anónima hasta su inscripción en el Registro Mercantil existe una sociedad civil irregular; y que una cosa es que la sociedad anónima como tal no adquiera personalidad jurídica con alcance y efectos de sociedad anónima hasta su inscripción en el Registro Mercantil y otra muy distinta negar toda trascendencia a su constitución en escritura pública, la cual, por sí sola, posibilita la existencia de una sociedad civil, conforme reconoce *a contrario sensu* el artículo 1.670 del Código Civil. Ahora bien, esta «conversión» del negocio jurídico parece estar en contra de la voluntad o intención de los contratantes, en cuyo ánimo no ha estado nunca el celebrar una sociedad civil, ni regular ni irregular. Parece que la gestión de negocios, unida a la doctrina de la apariencia y de los actos propios —pues quien voluntariamente crea una apariencia formal de negocio debe responder a la contraparte de las consecuencias— bastarían para obtener las mismas consecuencias, sin necesidad de ese trasvase entre sociedades civiles y mercantiles.

F. C. L.

LA ZONA MARITIMO-TERRESTRE DECLARADA DE DOMINIO PÚBLICO ES SUSCEPTIBLE DE PROPIEDAD PRIVADA (SENTENCIA DE 11 DE JUNIO DE 1984).

Doctrina de la Sentencia.—La propia zona marítimo-terrestre declarada de dominio público es susceptible de propiedad privada, de acuerdo con el artículo 7 de la Ley de Puertos de 19 de enero de 1928 y la interpretación dada por las Sentencias de 20 de noviembre de 1959 y 7 de junio de 1953; criterio que sigue la vigente Ley de Costas de 26 de abril de 1969 al reconocer el artículo 1 que dicha zona es dominio público «sin perjuicio de los derechos legalmente adquiridos», y en su artículo 4 se insiste en el reconocimiento de los enclaves de propiedad particular en las zonas de dominio público; y si bien esta Sala, yendo más allá que la Ley de Costas ha negado los enclaves de propiedad privada en las zonas de dominio público marítimo-terrestre (Sentencias, entre otras, de 28 de noviembre de 1973, 7 de mayo de 1975 y 25 de octubre de 1976), ha de exceptuarse de estas declaraciones el supuesto fáctico concurrente en el caso ahora contemplado, de que los terrenos objeto de la litis vengán perteneciendo a los particulares desde fechas muy anteriores a la Ley de Puertos de 1880, que declaró de dominio nacional y uso público la zona marítimo-terrestre.

LA HIPOTECA EN GARANTIA DE UN CREDITO DECLARADO NULO POR USURARIO SUBSISTE HASTA EL PAGO DEL CREDITO (SENTENCIA DE 14 DE JUNIO DE 1984).

Doctrina de la Sentencia.—El motivo cuarto imputa a la Sentencia combatida infracción por aplicación indebida del artículo 104 de la Ley Hipotecaria, al declarar el Tribunal *a quo* que la hipoteca sigue desplegando eficacia a pesar de que la obligación ha sido declarada nula de pleno derecho; alegación que no puede alcanzar éxito, pues el pronunciamiento de nulidad alcanza al negocio usurario en la medida que lo afecta la mácula que lo determina, sin que sea posible desconocer que se ha producido un desplazamiento patrimonial por efecto de una básica operación de préstamo, cuya realidad subyace e impone la devolución de la suma verdaderamente entregada, y ya se entienda que esta obligación de restituir se genera *ex mutuo* en lo que el negocio fue válido, o que surge como aspecto de la declaración de nulidad, es incuestionable en todo caso que asiste al prestamista un crédito para obtener la devolución de la suma recibida por el prestatario, y por consiguiente no se desnaturaliza el carácter accesorio de la hipoteca consagrado en los artículos 1.528 y 1857, número 1, del Código Civil y 105 de la Ley Hipotecaria, como ligada que está a la existencia del derecho principal asegurado, cuya extensión y la de la correspondiente garantía pactada por los contratantes reduce en justa proporción la Sala en atención a la nulidad operada, pero por obra misma de su accesoriedad habrá que subsistir la hipoteca en tanto el pago del crédito no provoque su extinción.

EL DERECHO DE SUPERFICIE SOLO REQUIERE ESCRITURA PUBLICA PARA SU CONSTITUCION EN LOS CONCRETOS SUPUESTOS EN QUE ASI SE ESTABLEZCA (SENTENCIA DE 15 DE JUNIO DE 1984).

Doctrina de la Sentencia.—El derecho de superficie, habida cuenta de su singular y específica naturaleza, bien se le considere como un derecho real, enajenable y transmisible, sobre cosa ajena o del grupo de los de naturaleza perpetua o inmobiliaria, ya como una propiedad limitada en ciertos aspectos, pero independiente de la propiedad del suelo, considerado como un caso de *dominium utile*, ora como relación jurídica decompuesta, en que el superficiario respecto del suelo ostenta un derecho real de disfrute sobre fundo ajeno, que le autoriza a ocupar el área de éste, y respecto a las construcciones mismas tiene una propiedad limitada, o siguiendo doctrina moderna, marcada por el positivo avance de configurarlo como una forma de propiedad, que haciendo decaer el principio *superficies solo cedit*, tiene su razón de ser en estimular y facilitar la construcción, así como posibilitar una propiedad dividida por planos horizontales, no puede por menos de reconocerse tiene una singularidad diferenciable del censo enfiteútico, si se constituye por tiempo indefinido, y del arrendamiento si es por tiempo limitado, a los que se vino asimilándolo, que conduce a que no requiera su necesaria constitución a medio de escritura pública, o sea, a modo *ad solemnitatem*, salvo concretos

supuestos en que así se establezca, como vino siendo en normativa referida a Ley del Suelo, rigiendo en consecuencia cuando esta exigencia no venga legalmente establecida, el principio espiritualista de la libertad de contratación.

**NO SON ACTOS PROPIOS LOS QUE NO DAN LUGAR A DERECHOS
Y OBLIGACIONES (SENTENCIA DE 16 DE JUNIO DE 1984).**

Doctrina de la Sentencia.—Si bien es cierto que una constante doctrina de esta Sala viene sosteniendo que nadie puede accionar contra sus propios actos, también lo es que esta doctrina de los actos propios ha sido matizada por la jurisprudencia en el sentido de que «no merecen la calificación de actos propios los que no dan lugar a derechos y obligaciones o no se ejecuten con el fin de crear, modificar o extinguir algún derecho», que «los actos contra los que no es lícito accionar son aquellos que por su carácter trascendente o por constituir convención causan estado, definiendo inalterablemente la condición jurídica de su autor, o aquellos que vayan encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho opuesto, por lo que el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos sólo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que previamente hubiesen creado una relación o situación de derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla» y que finalmente «los actos propios, de ser tenidos como expresión del consentimiento, han de realizarse con el fin de crear, modificar o extinguir algún derecho, causando estado y definiendo inalterablemente la situación jurídica del autor de los mismos», por lo que en modo alguno puede reputarse que el acto del comprador recurrido de abonar alguna de las partidas del género recibido anteriormente y como consecuencia de un contrato de suministro, tenga virtualidad suficiente para crear una situación jurídica tal que le impida con posterioridad solicitar la resolución de operaciones de compra ulteriores, con base en que los géneros recibidos presentan defectos tales que justifiquen la resolución pretendida.

**ARRENDAMIENTO: EL PLAZO DE PRORROGA POR TACITA RECON-
DUCCION ES DE UN AÑO (SENTENCIA DE 18 DE JUNIO DE 1984).**

Doctrina de la Sentencia.—Si ciertamente el artículo 1.566 del Código Civil da por concluso el contrato primitivo de arrendamiento y por nacido otro, como consecuencia de reconducción emanante de consentimiento tácito, que aunque de ordinario reproduce las características de aquél, no es así en cuanto al plazo de duración, pues éste no será el que regía en el contrato extinguido, sino —siempre dentro de la teoría de la reconducción— el que señala el artículo 1.581, es decir, el de un año, que corresponde por venir fijado por ese período de tiempo el alquiler.

DIFERENCIAS ENTRE LA CULPA EXTRA CONTRACTUAL Y LA CONTRACTUAL (SENTENCIA DE 19 DE JUNIO DE 1984).

Doctrina de la Sentencia.—La culpa extracontractual se diferencia de la contractual en que aquélla presupone un daño con independencia de cualquier relación jurídica antecedente entre las partes, fuera del deber genérico y común a todos los hombres del *alterum non laedere*, mientras que la segunda presupone una relación preexistente que ordinariamente es un contrato (y de ahí su calificativo), pero que puede ser una relación enmarcada en el ámbito de los servicios municipales por virtud de la cual cierta entidad tenía a su cargo la conservación y reparación del alcantarillado de una población a cambio de la percepción de una suma periódica, o una situación de propiedad horizontal, o en general cualquier otra relación jurídica que conceda un medio específico para su resarcimiento; no oponiéndose a la diferenciación el que existan puntos de coincidencia, por cuanto, conforme al principio general de que quien causa daño lo debe indemnizar, lo mismo si se produce por incumplimiento de una obligación preestablecida que cuando proviene de culpa o negligencia no referidas a vínculo precedente, siempre queda constituido el dañador en sujeto de una obligación que responde a un principio común de Derecho y a la misma finalidad reparadora comprendida en el concepto genérico que a la de indemnizar asigna el artículo 1.106 del Código Civil, originando esa común finalidad reparadora unas notas comunes entre ambas clases de culpa: la producción de un daño, la atribuibilidad del mismo a un sujeto y el deber de éste de resarcir.

EL TERMINO «PORTERIAS» DEL ARTICULO 396 DEL CODIGO CIVIL INCLUYE AL PORTERO Y SUS SERVICIOS (SENTENCIA DE 3 DE JULIO DE 1984).

Doctrina de la Sentencia.—El término «porterías», recogido por vez primera en el artículo 396, párrafo primero, del Código Civil para integrarlo dentro de los llamados elementos comunes en el régimen de la propiedad horizontal, bien que su más adecuado calificativo sea el de «servicio», no viene referido, a diferencia de lo que acontece con algún derecho positivo extranjero, a la estricta pieza, habitación o garita sita a la entrada de los edificios, y en la cual el referido empleado de fincas urbanas desempeña sus funciones, sino que constituye un concepto genérico dentro del cual se comprende en principio, y a salvo de que en los estatutos o en el título constitutivo del régimen de la propiedad horizontal se disponga otra cosa, tanto dichas piezas, como la vivienda donde habite el portero, e incluso a éste mismo y sus servicios, cual acredita precisamente el citado artículo 396, al hablar de «porterías», dado que, además de que dicho servicio no puede entenderse cuando efectivamente exista sin un sujeto que desempeñe las funciones propias del mismo, de seguirse el criterio de mantener separados ambos términos, «portero» y «portería», resultaría que al no estar aquél específicamente señalado en dicho precepto, no podría en principio integrarse como ser-

vicio común, siendo para ello necesario que tal condición le fuese atribuida por los estatutos, el título constitutivo, o en su caso por acuerdo unánime de los propietarios del edificio; interpretación esta que es evidente conduciría a soluciones *ex absurdo*.

SOCIEDAD DE GANANCIALES: NO ES NECESARIO QUE SEA DEMANDADO EL CONYUGE DEL DEUDOR (SENTENCIA DE 9 DE JULIO DE 1984).

Doctrina de la Sentencia.—La sociedad de gananciales no tiene personalidad jurídica propia, capaz de contraer deudas como tal y por sí, sino sólo a través de los cónyuges, cuyos actos, según las normas del Código Civil, son los que vinculan y fijan la responsabilidad de la sociedad.

La normativa vigente al tiempo del negocio estipulaba que el marido era el administrador (hoy conjuntamente con la mujer) de la sociedad de gananciales, con facultad para obligar su patrimonio mediante la realización de actos y negocios jurídicos patrimoniales por sí y en su nombre, sin necesidad de aparecer en los mismos como gestor de una entidad ante los terceros que con él contraten, sin perjuicio todo ello naturalmente de los mecanismos legales que el propio Código Civil pone en mano de la esposa (o en su caso, del marido) para la defensa de sus bienes privativos o de los gananciales en los casos de actos de disposición sobre bienes, fraude o contravención del Código, y sin perjuicio, por otra parte, de la posibilidad o del aquietamiento de la mujer, o de la ratificación por ésta de aquellos actos, o bien de la reserva legal de instar su anulación o las medidas preventivas del artículo 1.413, preceptos que garantizaban al cónyuge no administrador y le salvaguardaban su interés en el patrimonio común, consecuentemente no era necesario (ni tampoco hoy con la nueva normativa), traer a juicio o ser demandada la esposa, contra la cual el acreedor no ostenta la acción, bastando con demandar al marido como representante y defensor del patrimonio común, mientras la esposa no impugnare.

COMENTARIO.—Salta a la vista la discordancia entre la doctrina de esta Sentencia y lo dispuesto en el número 1 del artículo 144 del Reglamento Hipotecario. Hay que partir de que se trate de una deuda ganancial, pues siendo la deuda propia de uno de los cónyuges solamente, se aplicaría el párrafo 2 del citado artículo y bastaría con que se notificara el embargo al cónyuge no deudor. También hay que excluir los bienes inscritos conforme al número 4 del artículo 95 del propio Reglamento, es decir, aquellos cuya privaticidad resulten sólo de la confesión del consorte, pues en este caso basta que la demanda se dirija contra el titular inscrito.

El problema se plantea tratándose de deuda ganancial, que es cuando se aprecia la diferencia con lo reglamentado. Pero la antinomia surgida puede superarse si consideramos que el Supremo está contemplando la cuestión desde el punto de vista del juicio declarativo, para decidir sobre la existencia o no de la deuda, mientras que el Reglamento parte del supuesto de un juicio ejecutivo, en el que se va a trabar el embargo de un bien.

Por tanto, y a pesar de la más bien perturbadora doctrina jurisprudencial, hay que seguir exigiendo que la demanda se dirija contra ambos cónyuges para poder practicar la anotación de un embargo sobre bienes gananciales.

CORRESPONDE A LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EL CONOCER LA RECLAMACION QUE UN APOSTANTE DE QUINIELAS HACE AL PATRONATO (SENTENCIA DE 11 DE JULIO DE 1984).

Hechos.—Un acertante de una quiniela, al que le correspondía un premio superior al millón de pesetas, reclama al Patronato el pago del mismo. El Supremo casa la sentencia que condena al Organismo público y desestima la demanda por incompetencia de jurisdicción.

Doctrina de la Sentencia.—El problema de la calificación de los contratos como de Derecho privado o administrativo, cual reconocen la doctrina científica y jurisprudencial, constituye una de las cuestiones más comprometidas de ambas ramas de la enciclopedia jurídica, especialmente en aquellos casos que como en el presente la línea fronteriza entre ambos campos del Derecho se manifiesta tan imprecisa. La posición del predominio de la jurisdicción civil sobre la contencioso-administrativa peca hoy de anticuada, y ha sido sustituida por la que según doctrina más actual se denomina «modulación del contrato por la Administración», a tenor de la cual la naturaleza iusprivatística o administrativa de un negocio jurídico viene determinada por «la intensidad de la actuación de la Administración», a lo que debe agregarse la finalidad perseguida por el contrato en cuestión, esto es, si afecta directa e inmediatamente al interés privado o al público, y también, al menos en cierto modo, la circunstancia de que alguna de las partes intervinientes en el negocio jurídico, sea o no la Administración o alguno de sus entes y lo hagan en el campo específico de su cometido.

El contrato convertido ha de ser incluido entre los denominados aleatorios, dotado de una específica reglamentación; de adhesión, dado que su contenido es obra exclusiva del Patronato, al que deben someterse los apostantes, y además tal carácter viene establecido por su especial normativa.

Es preciso adentrarse en el tema de la naturaleza del organismo a cuyo cargo corren las mismas, y a estos efectos es preciso especificar: Primero: Que los organismos autónomos, aunque gozan de personalidad distinta de la del Estado, no se trata de personas independientes del mismo. Segundo: Que el Patronato de Apuestas Mutuas Deportivo-Benéficas constituye una Entidad Estatal Autónoma. Tercero: Como tal organismo autónomo, y para el ejercicio de sus funciones peculiares, si bien está dotado de personalidad jurídica plena y autonomía administrativa y económica, es evidente que conforme a la Ley de Entidades Estatales Autónomas no se trata de una persona independiente del Estado, ya que se encuentra incardinada en él a través del mecanismo jurídico de la tutela.

La denominación de «contratos privados de la Administración» no conlleva que el conocimiento de los problemas derivados de los mismos

haya de corresponder necesaria e ineludiblemente a la Jurisdicción civil, porque lo principal para determinar la naturaleza privada o administrativa de un negocio jurídico y, consiguientemente, quién es el órgano jurisdiccional competente para conocer de sus incidencias y problemas es tanto el *interés inmediatamente protegido*, como la *intensidad de la actuación* de la Administración, y en este concreto supuesto es obvio priman ambos aspectos (mayores garantías para el contratante-masa y beneficencia pública).

**LA PRESCRIPCION DE LAS ACCIONES HA DE INTERPRETARSE
RESTRICTIVAMENTE (SENTENCIA DE 22 DE SEPTIEMBRE DE 1984).**

Doctrina de la Sentencia.—La prescripción de las acciones, como limitación del ejercicio tardío de los derechos en aras de la seguridad jurídica, no ha de merecer una aplicación técnicamente desmedida, antes bien, como instituto no fundado en la justicia intrínseca, habrá de ser objeto de un tratamiento restrictivo; ello además de que el instituto de la prescripción extintiva descansa primordialmente en la presunción de abandono del derecho por su titular, como fundamento subjetivo; según la más reciente orientación jurisprudencial, basada en argumentos de evidente lógica, en una interpretación finalista de la primera de las causas de interrupción mencionada en el artículo 1.973 y en la improcedencia de apoyar la tesis contraria en un precepto, como el artículo 1.947 del mismo Código Civil, que hace precisa referencia a un supuesto de cese de la posesión a los únicos efectos de la prescripción adquisitiva del dominio y demás derechos reales, hay que entender que interrumpe la prescripción extintiva la papeleta de conciliación, a pesar de que el acto sin avenencia no venga seguido de la demanda dentro del plazo de los dos meses.

La norma del artículo 1.973 del Código Civil, que confiere plena virtualidad a la reclamación extrajudicial practicada personalmente o por vía epistolar o telegráfica, debidamente acreditadas, incluso valiéndose de representante o mandatario, aunque sea verbal, sin subordinarla a la promoción de la demanda en los dos meses siguientes, en modo alguno puede ser privada de su alcance acudiendo a una desorbitada interpretación analógica, pues hartamente sabido es que el argumento de la analogía, como medio idóneo para la tarea de la exégesis de la norma, presupone y ha de partir de la no previsión en el precepto de la hipótesis concreta que se plantea, lo que mal puede acontecer cuando cabalmente del alcance de la interrupción mediante las gestiones extraprocesales ha sido concretamente prevista por el legislador y lo que se postula es mermar su trascendencia a pretexto de consideraciones de semejanza, con toda evidencia inexistentes.

J. Q. S.

LIBROS

1000

FERNÁNDEZ-ARMESTO, J.: «*Los créditos documentarios irrevocables*» en *las Reglas y Usos Uniformes* (revisiones de 1974 y 1983) y en *el Derecho español*. La Coruña, 1985.

Recuerdo, no sé si con nostalgia, aquellos años en los que me enfrentaba con el programa de oposiciones a Notarías en el que en el año 1945 figuraba un pregunta que decía «El mandato irrevocable». ¿Cómo es posible que si tradicionalmente el mandato por naturaleza se considera revocable se pregunte por esos posibles mandatos irrevocables? Ahí estaba la pregunta y había que responder a ella. La verdad es que cuando yo me enfrento con el problema, ya CÁMARA ALVAREZ había publicado su conocido trabajo sobre el mandato y el poder y uno de los casos que citaba como de mandato irrevocable era el del «*crédito confirmado en banca*».

Debo reconocer públicamente que no pasé de la cita, pues todo aquello respondía a mi gran nivel de ignorancia, a pesar de pertenecer a una familia estrechamente vinculada con la Banca. Se puede comprender mi gran asombro cuando me llega este libro para su recensión y veo que consta de casi quinientas páginas, viniendo prologado por AURELIO MENÉNDEZ, Catedrático de Derecho mercantil. Nunca pude suponer que aquella cita podría dar tanto de sí y convertirse en una tesis doctoral del Profesor Adjunto de Derecho Mercantil de la Universidad Pontificia de Comillas, JUAN FERNÁNDEZ-ARMESTO.

Estructuralmente la obra se expone en tres partes, dedicando la primera a los créditos documentarios en general, la segunda a los créditos documentarios irrevocables con intervención de un solo Banco y la tercera a esos mismos créditos con intervención de varios Bancos. Se incluye el texto de los Usos y Reglas Uniformes relativos a los créditos documentarios de 1974 y 1983, una guía de abreviaturas empleadas, una abundante bibliografía, un índice sumarial, una Introducción y el prólogo al que hemos aludido. Voy a respetar, como casi siempre, el orden expositivo, pero todo ello lo quiero hacer preceder del prólogo de la obra, por contenerse en el mismo la clave y la importancia de la figura, así como del trabajo realizado.

A) PROLOGO

El director de la tesis, AURELIO MENÉNDEZ, nos explica, con su claridad característica, la importancia de la figura en el campo internacional y la complejidad jurídica que ofrece derivada de la intervención, al menos de tres partes (ordenante, Banco-emisor y beneficiario del crédito) y de

su estructura que hace surgir obligaciones abstractas de pago, entroncando con el siempre controvertido tema de la causa y la abstracción de las obligaciones. Esta complejidad, sin embargo, no ha sido salvada por la doctrina española en aportación de estudios, pues, salvo el de GARRIGUES («Contratos bancarios»), es preciso llegar al monográfico que representa la tesis doctoral que ahora se contiene en la obra que recensamos.

Singularmente se refiere AURELIO MENÉNDEZ a cuatro puntos fundamentales de la obra que sobresalen en ella y que constituyen el núcleo del estudio y la labor del autor. El primero de ellos es el objeto y evolución de los créditos documentarios que en su utilización han pasado de ser medios de pago a instrumentos de garantía en las transacciones internacionales, con una naturaleza semejante a la de la garantía abstracta. El segundo es el viejo tema de la naturaleza que el autor soluciona entendiendo que la relación entre Banco y ordenante es un contrato de comisión, mientras que la existente entre Banco y beneficiario supone una relación contractual atípica, surgida de los usos del comercio internacional y formalizado en un documento propio denominado «carta de crédito». El tercero es el que circunscribe la temática de la abstracción en el crédito documentario, que el autor salva distinguiendo la abstracción formal, la material y la funcional, para concluir que el negocio supone de una parte una abstracción de la causa, pero de otra un negocio causal (como lo requiere la forma imperativa del artículo 1.261 del Código Civil). La cuarta o el cuarto punto es la carencia de una normativa codificada, pues son las Reglas y Usos Uniformes las que hacen de fuentes del derecho y vienen a ser como las condiciones generales de la contratación.

Después de esta explicación que el prólogo recoge, a la que se añade la abundante utilización de jurisprudencia alemana, sin olvidar la anglosajona, todo resulta fácil en esta recensión, pues la esencia de la misma la adelanta AURELIO MENÉNDEZ.

B) CRÉDITOS DOCUMENTARIOS EN GENERAL

El autor introduce al lector de la materia diseñando lo que podríamos llamar concepto básico del crédito documentario, que siendo un medio de pago se configura con el siguiente esquema: dos comerciantes, que en el ámbito del crédito documentario constituirán el ordenante y el beneficiario, perfeccionan un contrato, en virtud del cual el beneficiario se compromete a entregar alguna cosa o a prestar algún servicio en favor del ordenante, contra el pago de un precio por éste. A dicho contrato —que normalmente es un contrato de compraventa, pero que puede ser de otra naturaleza— se le denomina contrato subyacente y en él se inserta una estipulación en virtud de la cual ordenante y beneficiario se comprometen a realizar el pago y el cobro del precio a través de un crédito documentario. La estipulación normalmente define las principales características que debe cumplir el crédito documentario y el nombre del Banco o Bancos que han de intervenir. En cumplimiento del compromiso asumido en el contrato subyacente, el ordenante a continuación se dirige

al Banco, solicitando de éste la apertura de un crédito documentario en favor del beneficiario.

Frente a esta figura del crédito como medio de pago surge la del crédito documentario de garantía de sumas debidas por el ordenante en favor del beneficiario. Reciben el nombre de *standby letters of credit* y suponen una certeza absoluta de que contra entrega de los documentos exigidos, el Banco efectuará el pago de la cantidad convenida.

Estos ensayos de la descripción del crédito se siguen por el autor con la exposición de los orígenes, delimitación de figuras afines (remesa documentaria, descuento documentario, garantía bancaria, etc.), distinción entre créditos documentarios revocables e irrevocables, naturaleza jurídica y las fuentes de la normativa.

C) CRÉDITOS DOCUMENTARIOS IRREVOCABLES CON INTERVENCIÓN DE UN SOLO BANCO

La figura se estudia por el autor escindiendo la materia en tres grandes partes o secciones: la primera se destina a perfilar la relación existente entre el ordenante y el beneficiario, que obliga al autor a precisar las diferentes obligaciones y la relación del contrato subyacente; la relación jurídica entre ordenante y Banco-emisor, que exige la precisión de la naturaleza jurídica, los problemas de la perfección, la forma, el contenido y la modificación, extinción y revocación, y la tercera referida a la relación entre beneficiario y Banco emisor, que recorre los mismos itinerarios señalados para el caso anterior.

D) CRÉDITOS DOCUMENTARIOS IRREVOCABLES CON INTERVENCIÓN DE VARIOS BANCOS

Después de precisar los conceptos de Banco-avisador, Banco-pagador y Banco-confirmante, pasa el autor a precisar la naturaleza jurídica de cada una de las relaciones de estas figuras apuntadas y de sus respectivas obligaciones, sin olvidar las del Banco-secundario que también interviene.

Como apuntamos al comienzo, la publicación culmina con la exposición de los Usos y Reglas Uniformes relativos a créditos documentarios de los años 1974 y 1983, así como las abreviaturas, índices y bibliografía. Ni qué decir tiene que para «un lego en la materia» este estudio monográfico ha representado una apertura de ventanales en ese mundo del Derecho que ahora se hace comunitario en determinados puntos, pero que es internacional en muchos otros. Yo creía que sólo la edad marcaba el paso del tiempo, pero está visto que al Derecho hay que otorgarle su oportunidad.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

GARRIDO DE PALMA, V. M.; MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, T.; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, C., y VÉLEZ BUENO, J.: *La disolución de la sociedad conyugal*. Estudio específico de los artículos 1.406 y 1.407 del Código Civil. Reus, S. A. Madrid, 1985.

Conforta el comprobar que nuestro Código Civil —ya casi centenario— sigue conservando, aún y a pesar de sus reformas, expresiones y palabras que dan la medida social del concepto que se quiere expresar. Disolución de la sociedad conyugal es frase que, fuera del posible drama que pueda llevar consigo, refleja un momento de una sociedad surgida al amparo de la institución matrimonial. Dios nos libre de que a este Código lleguen esas expresiones que lleva consigo el «doble lenguaje» de que habla AMANDO DE MIGUEL en su curioso estudio sobre la perversión del lenguaje. Si a los esposos, marido y mujer, hoy día se les designa con la poca emotiva expresión de «la pareja» y a su unión «el emparejamiento» habría que llegar a la expresión «desemparejamiento» para referirnos a la disolución de su sociedad conyugal.

A mí, particularmente, esas expresiones de pareja y emparejamiento me hacen recordar algunas épocas de mi infancia, pasadas en una casa de labranza de mis abuelos, donde la pareja o el par de mulas servía de cómputo para medir la transcendencia o la importancia del conjunto de tierras de pan llevar. Muchos pares de mulas implicaban labranzas de postín. Emparejar y desemparejar, en ese lenguaje llano de mis tierras castellanas, siempre se refería a los animales... no racionales.

Centremos, sin embargo, el tema, ya que a lo que he venido es a recensionar un análisis monográfico de dos artículos del Código Civil, a través de un estudio que hacen cuatro Notarios (de Madrid, de Cistierna, de Horcajo de Santiago y de Orihuela) y que reciben el Premio de Investigación del Ilustre Colegio Notarial de Oviedo. El estudio se centra en la figura de los derechos de atribución preferente que se examinan en su naturaleza, en el Derecho comparado, en los casos de hecho de los artículos 1.406 y 1.407 del Código Civil, durante la vigencia de la sociedad conyugal, en su disolución y en la sucesión *mortis causae*. Me voy a tomar la licencia, en aras de una simplificación de la recensión, de agrupar algunos puntos que pueden ofrecer una visión amplia del contenido de la obra.

A) LOS DERECHOS DE ATRIBUCIÓN PREFERENTE: SU CONFIGURACIÓN Y DERECHO COMPARADO

Para llegar a la precisión de la naturaleza jurídica y del fundamento del derecho de atribución preferente, los autores parten de un examen previo del Derecho comparado que es de donde el legislador español toma esta normativa al reformar el Código Civil en el año 1981. De esta manera se examina el Derecho francés, el belga y el italiano, en los que aparece regulado este derecho de preferente atribución sobre elementos comunes de la sociedad conyugal. Igualmente se hace una cita del artículo 51, 1, de la Compilación aragonesa que recoge la figura.

Los autores perfilan la figura entendiendo que de una parte los derechos de atribución preferente hay que situarlos en la reglamentación legal de gananciales (diferencia de otras legislaciones, como la italiana) y que las preferencias de atribución se producen al partir los bienes gananciales. En cuanto a su naturaleza, se estima que se está ante un derecho a especificar o concretar en bienes determinados, la cuota que a cada cónyuge pertenece en el patrimonio ganancial.

B) LOS DIFERENTES SUPUESTOS DE HECHO

El estudio de los supuestos de hecho en que se puede dar el derecho de atribución preferente se hace en los cuatro números del artículo 1.406 del Código Civil y en ellos se van examinando los diversos problemas que suscitan cada uno de los diferentes supuestos que, como todos conocen, se refieren a los bienes de uso personal (ordinario o extraordinario valor, ropas y objetos, bienes, etc.), la explotación agrícola, comercial o industrial (con su problemática de concepto, de titularidad, etc.), el local profesional (profesión, habitualidad, local, extensión, etc.) y la vivienda donde tuviere su residencia habitual (con su problemática de si ha de ser privativa o ganancial, de los casos dudosos de ganancialidad, de los supuestos de divorcio, nulidad de matrimonio, ausencia, fallecimiento, etcétera).

C) DERECHOS DE ATRIBUCIÓN PREFERENTE DURANTE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

Para los autores, sin perjuicio de reconocer que el derecho de atribución preferente es para el momento de la disolución de la sociedad, es evidente que ese derecho de atribución legal está vivo durante la vigencia de la sociedad, pero en fase de espera, expectante.

D) EL DERECHO DE ATRIBUCIÓN PREFERENTE AL DISOLVERSE LA SOCIEDAD

El estudio de esta fase se centra en la desmenuzación de los diferentes problemas que ofrece el artículo 1.407 del Código Civil y que van desde las diferentes formas de disolución de la sociedad de gananciales, hasta la determinación del momento, el modo y la forma, el plazo y las diferentes modalidades en propiedad, uso o habitación, otros derechos y la posibilidad de una abono de las diferencias en metálico, con sus posibles garantías.

E) DERECHOS DE ATRIBUCIÓN PREFERENTE EN LA SUCESIÓN «MORTIS CAUSAE»

El estudio termina con este capítulo destinado a enfocar los diversos problemas que la sucesión plantea en los casos de testamentos de con-

tenido combinado y derechos legales con intereses contrapuestos (casos del 1.056 y 812 del Código Civil).

Bibliografía abundante y conclusiones, rematan el estudio monográfico de excepcional interés por su afortunada aportación.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

LUNA SERRANO, Agustín, y Carlos J. MALUQUER DE MOTES BERNET:
Legislación agraria. Editorial Tecnos. Un tomo de 621 págs. Madrid, 1985.

Si queda lejos en el tiempo la disputa entre SAVIGNY y THIBAUT sobre si las normas debían o no ser codificadas, la cuestión se presenta aún más lejana en el campo de las ideas. La codificación es ya una realidad casi general en los países civilizados y constituye un desiderátum para aquellas que aún no la han conseguido.

En su ardorosa defensa de nuestro Código Civil, el Maestro FEDERICO DE CASTRO nos enseñaba que una vez coronada la difícil obra, ésta tiene una enorme transcendencia porque supone una condensación de ideas, las cuales adquieren con ella una mayor fuerza de expansión, constituyendo un centro de seguridad jurídica y de permanencia institucional.

Pero esto no siempre se puede conseguir, pues si la codificación confiere cierta permanencia a las normas en la esfera del Derecho privado general, las cosas no se presentan tan llanas cuando se refieren a materias impregnadas de sentido social, cambiante por esencia, como ocurre con el Derecho agrario. Así, la realidad agraria de nuestro tiempo no está muy adaptada a las exigencias de futuro en cuanto a las estructuras territoriales y empresariales, lo que pide una normativa eficiente que se ciña a las necesidades que se presenten. Esto da idea de la dificultad de congelar y codificar las normas jurídico-agrarias.

Las ya existentes son numerosísimas y se han ido promulgando a medida que la realidad sociológica del campo las iba haciendo necesarias, de acuerdo con el espíritu renovador continuado que preside estas materias.

Por eso la dificultad estriba en si tal cúmulo de normas positivas, muy cambiantes, puede sistematizarse o codificarse en un cuerpo cerrado y único y hay que admitir que no parece muy fácil encuadrar a disposiciones coyunturales.

En sentido contrario, puede tener interés la existencia de una Ley Agraria general que diera cierta consistencia y estabilidad a la materia, recogiendo al menos los principios o directrices generales de esta rama jurídica. En Francia se publicó un Código Rural ya en 1791 y actualmente rige la Ley de 3 de abril de 1958, complementada por el llamado Código Forestal de 8 de mayo de 1951 y en otros varios pases existen también más o menos extensos códigos agrarios.

En España nunca hemos pasado de simples proyectos en esta materia, como el presentado en 1841 por la Sociedad Económica Matritense, con el título de «Proyecto de una nueva Ley Agraria o Código Rural», que

según BALLARÍN es fiel al ideario de JOVELLANOS, pues se reduce a proteger la libertad individual y a tomar como pieza central el derecho de propiedad. Y en 1876 se presentó al Congreso de los Diputados una proposición de ley para que se examinase y aprobase un Código Rural, con 1.241 artículos. Posteriormente, en numerosas ocasiones se pidió por la Organización Sindical Agraria que se promulgase un Código o Ley Agraria general.

En el campo puramente doctrinal o de conocimiento se han realizado clasificaciones y ordenaciones por varios autores. Aparte de los clásicos ALCUBILLA o ARANZADI, de materias generales, existen algunas obras recopiladoras de normas agrarias. Conocemos una bajo el título *Leyes Agrarias*, editada en 1961, que comprende dos voluminosos tomos de gran utilidad práctica.

Ahora, bajo la dirección del Catedrático de Derecho civil de Barcelona AGUSTÍN LUNA SERRANO, el profesor MALUQUER ha preparado el libro que comentamos, que recoge un conjunto básico de nuestra legislación agraria. Inserta los textos normativos con rango de ley, así como los reglamentos para su aplicación y algunas otras disposiciones que, aun teniendo menor rango, tienen un contenido significativo e importante. Ya se nos advierte que tanto por razones de naturaleza editorial como de carácter técnico, no se incluyen algunas materias, tales como montes y aguas, por su extensión e importancia, que podrían justificar por sí solas publicaciones autónomas.

El libro se abre con un prólogo, muy doctrinario, de AGUSTÍN LUNA, viejo amigo en las tareas del agrarismo, donde se expone la finalidad de esta recopilación. Tiene por principal objeto, nos dice, facilitar a los profesionales del Derecho la utilización de la normativa básica existente para la regulación de la actividad agraria; pero también pretende proporcionar un instrumento que suscite el interés de los estudiosos hacia el Derecho Agrario, que, según algunos, aún se debate en «intentos de determinación y autonomía».

Dentro de cada uno de los cuatro apartados que después veremos, la ordenación de los textos normativos se ha realizado de modo cronológico. No sería quizá este el mejor método, pero se justifica por la heterogeneidad de las disposiciones recogidas y la obligada rigidez de su agrupación.

Los apartados clasificatorios son los siguientes:

A) Legislación de Desarrollo y Reforma Agraria, de mantenimiento y adecuación de las estructuras agrarias y del ejercicio de la actividad económica agraria.—Empieza por la Ley de Pastos y Rastrojeras de 1938, con su Reglamento de 1969, y sigue con la Ley de Conservación y Mejora de Suelos de 1955. A continuación incluye las limitaciones a extranjeros para adquirir fincas rústicas que, como se sabe, han sido ya derogadas por el Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril, que las liberaliza. También se recogen el Estatuto de la Viña de 1970 y la Ley de Semillas y Plantas de Vivero y su Reglamento. La Ley más importante, que casi constituye por sí sola un verdadero Código de la materia, es la de Reforma y Desarrollo Agrario, en su texto de 1973, que recoge la de varias importantes leyes anteriores, sistematizando las materias de la antigua Colonización, la Concentración Parcelaria y las permutas forzosas de fincas rústicas,

así como las fincas mejorables. Esta última materia fue modificada por la Ley de 16 de noviembre de 1979, que también se incluye. Y como leyes más recientes están el Estatuto de la Explotación Familiar Agraria de 1981 y la de Agricultura de Montaña, del año siguiente. De contenido regional, se incluyen la Compilación de Galicia en su tratamiento de la Compañía Familiar Gallega y la Ley de Parroquias Rurales de la misma región; en Cataluña tenemos la Ley de Alta Montaña y el Decreto sobre unidades de cultivo y en Andalucía la sonada Ley de Reforma Agraria.

B) Legislación sobre agricultura de grupo.—Aquí van la Ley y Reglamento de las Agrupaciones de Productores Agrarios (APAS), que tanta importancia van a tener con vistas a la Comunidad Económica Europea; la Ley y Reglamento de Cooperativas, en trance de inmediata revisión, según parece; el Estatuto de las Sociedades Agrarias de Transformación, que ahora sufren de una inexplicable hostilidad, sobre todo por los órganos fiscales. Como leyes regionales, la de Navarra de Fomento a la Explotación Agraria y las de cooperativas vascas y catalanas.

C) Legislación sobre contratos agrarios.—Se recogen las disposiciones del Código Civil sobre arrendamientos y censos y las de las Compilaciones forales referentes a diversos contratos de ámbito agrario. A continuación, la Ley y Reglamento de seguros agrarios combinados, la fundamental Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980, la Ley y Reglamento de contratación de productos agrarios, la Ley de liberalización del comercio del trigo de 1984 y, por último, la ley catalana de engorde de ganados.

D) Legislación básica de crédito agrario.—Esta legislación es variadísima y cambiante por naturaleza. El Banco de Crédito Agrícola editó hace un par de años un voluminoso tomo en el que se recogía la normativa vigente por entonces que ya está anticuada a estas horas y sustituida por otra mucho más compleja. Por eso es natural que en esta recopilación que comentamos se limiten a incluir la Ley básica de 1971 sobre el crédito oficial y el Decreto de 1978 que regula las cooperativas de crédito, tan frecuentes en el campo. Como normas más recientes de tipo regional, se recogen la Ley de 1984 creando el Instituto Catalán de Crédito Agrario y la de 1985 regulando el funcionamiento de las secciones de crédito de las cooperativas de Cataluña.

Al final del tomo se incluye un índice analítico de materias que facilita la busca y consulta de los diversos temas contenidos en el mismo.

Como se ve, una recopilación bastante completa, que comprende esencialmente el conjunto básico y más usual de nuestra normativa agraria, de fácil manejabilidad, y que será de bastante utilidad para profesionales y estudiosos a los que de este modo se acerca el conocimiento del Derecho agrario.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

MANGAS NAVAS, José Manuel: *La propiedad de la tierra en España: Los patrimonios públicos (Herencia contemporánea de un reformismo inconcluso)*. Instituto de Estudios Agrarios, Pesqueros y Alimentarios, del Ministerio correspondiente. Un tomo de 353 págs. Madrid, 1984.

Hace tres años comentábamos en esta Revista la aparición del libro *Régimen conunal agrario de los Concejos de Castilla*, escrito por el mismo autor, y resaltábamos su cualidad de profesional agrónomo y no jurista. Dijimos, y ahora repetimos, que los ingenieros agrónomos son, con bastante frecuencia, grandes aficionados al Derecho; del mismo modo que hay juristas apegados al agrarismo, existen agrónomos juristas; y bastante buenos, además. Conocemos y podríamos citar varios ingenieros que han aportado su estimable creación en buenos estudios teóricos y prácticos en el campo del Derecho; ello no tiene nada de raro, sino que es perfectamente lógico, si se piensa que la tierra es su medio diario de trabajo y por ello conocen muy bien sus problemas.

En el primer libro que hemos citado, MANGAS NAVAS buceaba en la historia, situando el problema de los bienes comunales en la época de la Reconquista, hasta llegar a la Edad Moderna. El libro de ahora es como una continuación, abarcando desde la Guerra de la Independencia hasta nuestros días y trata de poner en claro la situación de lo que llama Patrimonios Públicos, dentro de la general distribución de la tierra en España.

Arranca diciendo que es conocida la carencia de datos oficiales fiables sobre dicha distribución. Y, lo que es más lamentable, la falta de interés que muestra la Administración Pública por subsanar esta deficiencia desde su aparato estadístico, pese a los Censos Agrarios de 1962, 1972 y 1983.

A esta deficiencia estadística hay que añadir toda una confusión generalizada de conceptos cuando se trata de los patrimonios territoriales que no responden al modelo de la propiedad privada y que el autor designa como patrimonios públicos o semipúblicos. Así enumera y estudia sucesivamente el Patrimonio de la Corona, las vías pecuarias, las mancomunidades concejiles, los montes vecinales en mano común, los comunes y propios de los pueblos, las sociedades vecinal-comunales, las fundaciones benéficas, los fondos de colonización, las tierras del Patrimonio Forestal del Estado, hoy del ICONA, y los llamados espacios naturales protegidos.

Todos estos diferentes tipos de patrimonios de carácter público tienen orígenes y finalidades diversas y el autor resalta su importancia en cuanto que suponen:

- Una gran magnitud territorial, que alcanza actualmente unos diez millones de hectáreas, o sea, casi la quinta parte de la superficie nacional.

- Y que estos bienes significan la existencia de un proceso reformista que caracteriza al Estado contemporáneo.

El autor se propone, y lo consigue, ofrecer una visión cualitativa y cuantitativa de los patrimonios públicos o semipúblicos citados, proporcionando un análisis de todos ellos. A tal fin, sigue una vía que llama histórico-descriptiva y legal, a lo largo de una introducción global y aclaratoria y después en cinco densos capítulos.

Los capítulos se titulan, todos, inicialmente «La herencia patrimonial del reformismo», para titular a continuación con el contenido específico de cada uno, del siguiente modo:

Capítulo I.—Reformismo político: Del sistema estamental. En él se estudia, en el monarquismo el llamado inicialmente Patrimonio Real, que pasa a ser después Patrimonio Nacional, y dentro del gremialismo, se estudian los problemas de las vías pecuarias, desde su inicial adscripción al mítico Honrado Concejo de la Mesta hasta el actual ICONA.

Capítulo II.—Reformismo administrativo: Del régimen municipal. Aquí se estudia, en el apartado de supramunicipios, las llamadas mancomunidades concejiles y en el de inframunicipios o entidades municipales menores que no llegan a Ayuntamiento, su propiedad más característica que son los montes vecinales en mano común, tan frecuentes en las regiones septentrionales españolas, objeto de una cuidada regulación reciente.

Capítulo III.—Reformismo económico: De la propiedad fundiaria, en el que el autor incluye los comunes y propios de los pueblos, objeto de profusa normativa en todas las épocas, y las sociedades vecinal-comunales que representan la posibilidad de recuperación de dichos bienes, vapuleados por la legislación desamortizadora y la picaresca caciquil.

Capítulo IV.—Reformismo social: De la clase proletaria. Se estudian, primero, los establecimientos públicos de asistencia, como hospitales, hospicios, casas de expósitos y centros de beneficencia en general, con el régimen que sus bienes han seguido. Después, dentro del concepto genérico de agrarismo, contempla los fondos de colonización, empezando por los repartos de tierras concejiles entre los campesinos pobres, que se iniciaron por Carlos III en 1770 y de tierra incultas en Extremadura en 1793, para seguir con el Decreto de las Cortes de Cádiz de 1813 privatizando la propiedad comunal y los vaivenes políticos del reinado de Fernando VII, con los posteriores pendulazos de todos conocidos. Tras las normas desamortizadoras, a gran distancia, viene la Ley de Colonización Interior de 1907, que parece no tuvo demasiada efectividad práctica. Se vuelve a la política de repartos de tierras en la época del Directorio del General Primo de Rivera, a partir de 1923, que se plasmó sobre todo en el Real Decreto-ley de Parcelaciones de 7 de enero de 1927, con el cual se acometió una de las facetas más importantes de la reforma agraria, a juicio del autor; por esta norma se autorizaba a la entonces llamada Dirección General de Acción Social Agraria a parcelar y repartir fincas que se adquirirían bien por compras voluntarias o por expropiaciones forzosas. El éxito fue notable y tanto este Decreto-ley como otro de 9 de marzo de 1928 fueron declarados subsistentes y con fuerza de ley por las Cortes de la República, lo que ya es decir, dado el evidente tinte revisionista que se adoptó por el nuevo régimen respecto a la normativa precedente. Dedicó el libro un apartado a las disposiciones legitimadoras de las llamadas roturaciones arbitrarias practicadas por

modestos labradores en tierras comunes. Después repasa el reformismo agrario de la época republicana, con sucinta exposición de la Ley de Bases de 1932 en lo referente al tema central del libro. Por último, bajo el título de Colonización agrícola, resume igualmente la labor del Instituto Nacional de Colonización, a través de su normativa y cuadros-resúmenes, desde 1939 hasta que el IRYDA toma el relevo en 1971, con amplias estadísticas referidas a las tierras públicas, que apoyan las tesis del autor.

Capítulo V.—Reformismo ecológico: Del entorno natural. Empieza con el estudio de los primitivos baldíos y realengos, diciendo que el Estado contemporáneo había heredado del Antiguo Régimen un patrimonio territorial muy peculiar y conflictivo, constituido por los baldíos, cuya magnitud era muy importante, aunque difícil de precisar. En el antes citado Decreto de 1813, las Cortes de Cádiz los declararon en situación de transferibles, tratando de conseguir con su enajenación una triple finalidad hacendística, patriótica y social. Al morir Fernando VII los baldíos y realengos quedan vinculados a la Administración forestal y por Real Decreto de la Regencia de 1837 se organiza la administración de los Montes Nacionales, que pasan a denominarse Montes del Estado en las leyes desamortizadoras. Casi un siglo después, en 9 de octubre de 1935, se promulga la ley reguladora del Patrimonio Forestal del Estado, que se sustituye por la de 10 de marzo de 1941, con Reglamento del 30 de mayo siguiente, parcialmente modificada por la Ley del Patrimonio del Estado de 15 de abril de 1964. En ésta se establece que los bienes que integran el Patrimonio Forestal del Estado seguirán rigiéndose por su legislación peculiar, sin perjuicio de que sean incluidos en el Inventario General de Bienes y Derechos del Estado. Por Decreto-ley de 28 de octubre de 1971 el Instituto para la Conservación de la Naturaleza, ICONA, asume las funciones y titularidades del antiguo Patrimonio Forestal del Estado.

La última parte de este capítulo se dedica a estudiar la conservación de los llamados espacios naturales, preocupación máxima de los modernos movimientos ecologistas. Su regulación inicial fue la Ley de Parques Nacionales de 1916, después derogada por la Ley de Montes de 1957. El último jalón legislativo lo constituye, por ahora, la Ley de Espacios Naturales Protegidos de 2 de mayo de 1975, con su Reglamento de 1977.

Así termina el libro, en cuya exposición el autor sigue a la vez un método operativo mixto, optando a la vez por una vía histórica, descriptiva y legal y de este modo se va apoyando en las normas coetáneas reguladoras de los hechos que narra para mejor situar los datos y estadísticas en el espacio y en el tiempo.

Tal como lo reveló en su primer libro, aquí JOSÉ MANUEL MANGAS NAVAS confirma que un ingeniero agrónomo es a la vez un maduro historiador y jurista, demostrando que se sabe la papeleta. Sale, otra vez, airoso de la prueba en este a la vez esquemático y completo repaso de la trayectoria de los bienes públicos en los dos últimos siglos.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

MIÑANA, José Manuel: *La guerra de sucesión en Valencia (De bello rústico valentino)*. Ed. a cargo de F. J. PÉREZ I DURÀ y J. M.^a ESTELLÉS I GONZÁLEZ. Institució Alfons el Magnànim. 340 pàgs. Valencia, 1985.

Usualmente me intereso por los libros que se refieren a Valencia, ya que por mi especialidad, trabajo, en buena parte, temas referidos a sus archivos y a su historia. También quiero dar a conocer los libros que aparecen en esta ciudad; aunque en los últimos tiempos las instituciones públicas no han editado demasiado: la Universidad apenas, el Instituto Alfonso el Magnánimo sufrió un cierto colapso. Esperemos que con esta edición reviva y vuelva a tiempos anteriores en que parecía que iba a impulsar un renacimiento editorial... Esta crónica, además, tiene para mí especial interés, ya que se refiere a la guerra de sucesión y la nueva planta; ahora se puede manejar su edición crítica, a partir de sus dos manuscritos y de la impresión de 1752 de La Haya —debida ésta a la iniciativa de GREGORIO MAYANS—. La traducción de CASTAÑEDA Y ALCOVER de la *Revue hispanique* 55 (1922), queda superada.

Los autores, que ya habían editado otros textos latinos del XVIII, de MAYANS y de MARTÍ, se han volcado en el cuidado y anotación de esta obra. Creo que les ha salido bien, aunque advertiré mis reparos. No los concretos a determinados puntos —éstos quedan a la futura crítica de los investigadores—, sino a algunos de tipo general, sobre la edición. Vaya por delante mi alabanza. Yo he trabajado largos años acerca del primer período borbónico, sobre la nueva planta, y en el trabajo que en el futuro haga, he de tener muy cerca sus anotaciones y datos, que, indudablemente, enriquecen la crónica.

Tras un prólogo de tipo genérico de ANTONIO MESTRE, en la introducción se dan los datos de la edición, los problemas con que se han enfrentado y el sentido de su aparato crítico; los datos que conocemos de la redacción de esta crónica del trinitario MIÑANA —en página 7 se le llama mercedario, con evidente error—. Después, las versiones existentes son descritas y se trae una bibliografía que sin duda es la que han manejado o les ha parecido más oportuna. Termina con agradecimientos varios...

El texto se organiza con la versión latina a la izquierda, acompañada de las variantes de los otros textos, la edición de 1752, y el manuscrito de Madrid o de Valencia, según se haya decidido en el texto principal. En todo caso no hay demasiadas diferencias, pero el texto original que se edita es el manuscrito de Valencia, con algunas modificaciones que más bien se dirigen a mejorar grafías latinas —véase el análisis de letra que hacen en página 13—.

A la derecha aparece la traducción y gran número de nota, que yo clasificaría en tres apartados:

a) Identificación de giros o formas de decir de los clásicos —Cicerón sobre todos—.

b) Problemas del latín, sobre el uso de palabras o referencia a instituciones o realidades del mundo antiguo. A veces problemas de la traducción y no sólo del latín. Este tipo de notas, como el anterior, deberían

haber pasado a la izquierda, para considerarlas junto al texto latino. Porque si no hay que volver a él, identificarlas —aunque sea fácil porque se procura conservar la misma línea—. Pero yo, como lector, puedo dar fe de que resulta un tanto pesado, tanto porque a veces bajas a la nota pensando encontrar más datos sobre un personaje o un suceso y te encuentras con una disquisición sobre Roma, como porque examinando el texto latino, no sabes si lleva o no anotación.

c) Por fin, las notas históricas, muy copiosas e interesantes, se hallan en su correcto lugar para incrementar los datos de la crónica, de su traducción.

No voy a entrar en el fondo de la obra de MIÑANA, importante testimonio de la guerra de sucesión y de los primeros años de Felipe V en Valencia. Debía ser un primer volumen de otras que esperan también —me refiero al *Diario* de ORTÍ y MAYOR, manuscrito de la biblioteca universitaria, como también algunos tomos de PLANES —no sólo el que citan, manuscrito 456, sino también el 457, algún otro está en manos privadas—. En fin, que hay mucho por hacer y editar de los años de la guerra de sucesión.

La crónica de MIÑANA es muy interesante para los sucesos bélicos de Valencia, sin remontarse demasiado a sus causas, ni tampoco relacionar los hechos con otros en la península o más allá de los Pirineos— para encontrar estos sucesos, a nivel de crónicas hay que ir al marqués de San Felipe o a Belando; o a las sucintas, pero bastante bien informadas *Memorie istoriche della guerra tra l'Imperiale Casa d'Austria e la Real Casa di Borbone*, de AGOSTINO UMICALIA—. En ellos, la guerra de España se inserta en ámbitos más vastos, más centrado en la península Belando, mientras los otros dos citados, italianos, están más atentos a sus tierras. Pero MIÑANA es insustituible para los sucesos de Valencia, que observa con la atención y detalles de quien está inmerso en aquella lucha y aquellos cambios.

Yo destacaría, sobre todo, el libro III, posterior a la derrota —victoria para MIÑANA— de Almansa y la creación de las nuevas instituciones. Naturalmente una crónica como ésta proporciona los aspectos más generales, los sucesos más externos y las valoraciones particulares de su autor. El investigador se ha de servir de ella con cuidado, pero es muy interesante su versión de la batalla de Almansa —todavía en el Libro II, números finales— o el ambiente que despiertan las noticias en Valencia o las reuniones que se tienen. La intervención de los inquisidores de la herética pravedad —por favor, no puede decirse de la «malvada» herejía—, o de los *jurats* para sosegar el pueblo y lograr el perdón van dibujando aquellos primeros momentos. La entrada de los vencedores que establecen una fortaleza, los primeros tributos, con la sucesiva conquista de las diferentes poblaciones —Játiva y su quema con mayor lujo de detalles—. Entre tantos sucesos bélicos, la abolición de los *Furs* o Fuegos de Valencia, el 29 de junio de 1707, cuya razón señala en la rebelión, conforme decía el decreto, pero que sólo los borbónicos muy acendrados sostenían. Los datos que nos da son conocidos mejor por otras fuentes; incluso los referidos a la represión...

En el apéndice se recogen algunos textos. Primero las advertencias del deán MARTÍ a la obra de MIÑANA, muy interesantes y, a veces, difíciles

de entender, puesto que se tuvieron ya en cuenta por el autor de la crónica. En alguna traducción no estoy de acuerdo, pues al leerla he observado cierta oscuridad. Así, en páginas 274-275, le reprocha MARTÍ usar la palabra *régulos* —reyezuelos— para los más altos próceres. ¿Cómo reyezuelos, le dice MARTÍ, si dependen de un poder ajeno; Bembo la utilizó mal, aunque los príncipes italianos eran más libres, aunque estaban bajo el más alto poder (*fastigium*, es suma o cumbre, creo). MIÑANA utilizaba *regulus* en el sentido que tiene en la escritura. De este modo queda más claro el texto que en el propuesto por los editores. ¿Cómo reyezuelos, le dice MARTÍ, si dependen de un poder ajeno; Bembo había fuera de Roma. Como ni senado ni senadores...» Quiere decir que en las ciudades aquéllos son los duunviros y éstos los decuriones o miembros de la curia... En fin, se me ocurrieron estos reparos y me permito señalarlos. Tampoco comprendo por qué no se da al texto latino de la respuesta a MARTÍ del propio MIÑANA, o se trae un texto del decreto de abolición, incompleto y sin indicar origen o lugar —debieron ser más cuidadosos—.

Para terminar, quiero hacerlo con alabanzas, ya que las merecen: un buen trabajo en esta dirección de rescatar e iluminar el latín tardío en España. LUIS GIL, en su *Panorama social del humanismo*, nos proporcionó una amplia idea de las posibilidades que estos estudios poseen para conocer nuestro pretérito. Aunque Mayans, en la *Vida* de MIÑANA, señala con justicia que no puede ser comparado con César, en historia se admiten los estudios obre figuras secundarias, menores, incluso diminutas... En este caso, aunque el latín no sea de gran perfección, la crónica proporciona bastantes datos de un período de la historia hispana, sobre la guerra de sucesión en Valencia.

MARIANO PESET

PUIG BRUTAU, José: *Fundamentos de Derecho civil*. Tomo IV. Segunda edición. Bosc Casa Editorial, S. A. 333 págs. Barcelona, 1985.

Cualquier jurista familiarizado con la obra de PUIG BRUTAU podría sorprenderse, en principio, al observar un solo volumen dedicado a familia, matrimonio, divorcio, filiación, patria potestad y tutela, cuando en su primera edición ocupaba esta materia dos extensos libros con más de 1.300 páginas en conjunto.

Sin embargo, el Derecho de Familia es una de las temáticas de mayor evolución en los últimos tiempos y, concretamente en España, se ha reformado en su totalidad, lo que ha dado al traste con buena parte de sus planteamientos teóricos y apoyo jurisprudencial que, como se sabe, es elemento indispensable en la obra del autor. Por eso, él mismo explica en nota preliminar que «con el transcurso del tiempo, nuevas decisiones judiciales y comentarios doctrinales completarán el sentido de los preceptos legales y superarán las imperfecciones que ahora ofrecen».

Por eso, también, el libro se limita a una exposición crítica del Derecho civil español, tradicionalmente llamado común, con muy escasas refe-

rencias al Derecho foral, toda vez que las Compilaciones habrán de ser igualmente objeto de revisión en un proceso ya iniciado.

Quiere decirse que para abordar una construcción más ambiciosa hay que sentar primero unas ideas muy claras, comprensivas del Derecho positivo patrio, entramado en sucintos comentarios del propio autor y de la doctrina más autorizada que, sin otras pretensiones, van a constituir el germen o esquema fundamental de una ulterior edición, más ambiciosa, que será de gran utilidad para profesionales de un modo especial, en la línea tradicional del autor.

Porque la gran lección que este libro representa es la de haber elaborado un nuevo planteamiento de la materia, sin fáciles anclajes en su edición anterior. En un admirable esfuerzo de ascetismo intelectual ha sabido prescindir de multitud de datos acoplados a un contexto específico y que allí se han quedado, originales, para poder generar una nueva originalidad que, entendemos, se halla plenamente conseguida.

No se entienda, por tanto, que la brevedad ha supuesto un ahorro de esfuerzo, ni siquiera de temática, porque en el libro comentado van recogidos todos los puntos y aspectos que puede ofrecer la problemática de Derecho de familia en la actualidad, mas con esa peculiaridad de PUG BRUTAU que expone con enorme claridad, más que un derecho convencional de profesores, un todo homogéneo de Derecho positivo comentado y los problemas prácticos que plantea su interpretación, que en esta ocasión, por ser relativamente reciente, no ha suscitado aún el contenido importante que luego será debidamente seleccionado, ordenado y descrito por el autor en el estilo propio de los otros volúmenes.

Con todo ello, la obra se estructura fundamentalmente en tres partes: matrimonio, régimen económico matrimonial y patria potestad, filiación y tutela. La primera y la última están bastante acabadas. El régimen económico resulta más breve a costa de que el autor, con toda honestidad, no ha querido valerse de su bagaje anterior por cuanto que algunos problemas, si bien pueden repetirse en sede de separación de bienes y gananciales principalmente, no encajan del todo en el contexto global del nuevo Derecho positivo que así requiere una interpretación *ex novo*, si quiera sea por razones de sistemática y nueva mentalidad social, de conformidad con la genuina regla de nuestro artículo 3 del Código Civil.

Esta es la razón de la brevedad, y la lección de sencillez intelectual del autor, en el más puro talante científico, sin adherencia de pretensiones. Porque la tarea creativa no se improvisa, requiere maduración, rigor y tiempo de fijeza.

Por eso puede concluirse que el libro recoge el contenido esencial de la materia, sin omisiones importantes, porque da una idea exacta y completa del Derecho de familia en su conjunto, pero también comporta el esquema de una exposición más ambiciosa que ya intuimos relevante porque se trasluce claramente presagiada.

MANUEL MEDINA DE LEMUS

