

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LX ○ Noviembre-Diciembre 1984 ○ Núm. 565

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. Narciso de Fuentes Sanchiz.
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

	<i>Págs.</i>
IN MEMORIAM	1315
ESTUDIOS:	
«Principios y problemas de la Propiedad Intelectual», por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ	1321
«Consideraciones sobre el pago traditivo», por JOSÉ MIGUEL CALATAYUD.	1359
«La reparcelación y la compensación en relación con el Registro de la Propiedad», por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA	1377
«Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre», por JOSÉ MARÍA GÓMEZ OLIVEROS	1407
VIDA JURIDICA:	
«Crónica del VI Congreso Internacional de Derecho Registral»	1451
JURISPRUDENCIA:	
II. Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Jurisprudencia civil, por FRANCISCO CASTRO LUCINI, JOSÉ QUE-SADA SEGURÁ y JOSÉ CERDÁ GIMENO	1481
2. Jurisprudencia fiscal, por CARLOS MARÍN ALBORNOZ	1529
LIBROS:	
«La relación obligatoria de fianza», de ANNA CASANOVAS MUSSONS, por MANUEL MEDINA DE LEMUS	1535
«La monarchie absolue en Europe du V ^e siècle à nos jours», de R. MOUSNIER, por MARIANO PESET	1536

«La anotación preventiva de embargo», de J. MARÍA RIFÁ SOLER, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ	1539
«La cooperativa agraria», de FRANCISCO SALINAS RAMOS, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1541
«Le società senza scopo di lucro», de GIORGIO MARASÁ, por JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ	1544

IN MEMORIAM

Bartolomé Menchén Benítez

En todas las profesiones existen personas cuya talla científica y humana deben servir de ejemplo a las futuras generaciones de colegas. Sin duda alguna, este es el caso de Bartolomé Menchén, fallecido el 20 de mayo último: su categoría personal, la solidez y amplitud de sus conocimientos y su gran sentido común al buscar las soluciones jurídicas le convierten en un ejemplo para las futuras generaciones de Registradores, como lo fue durante su vida para los compañeros que le tratamos y tuvimos el honor de su amistad.

Bartolomé Menchén nació en Membrilla (Ciudad Real) el 26 de octubre de 1912; estudió el Bachillerato en el Colegio de los Escolapios de Getafe y la carrera de Derecho en la Universidad Central, licenciándose a los diecinueve años; también cursó los estudios de Periodismo en la escuela de «El Debate» que dirigía Herrera Oria.

En 1936 ingresa en el Cuerpo de Registradores de la Propiedad, desempeñando los Registros de Puente Caldelas, Carballo, Motilla del Palancar, Cabra, La Carolina, Chinchón, Alcázar de San Juan, Valladolid y Madrid números 5, 14 y 12, en el que se jubiló en 1982, tras cuarenta y siete años de pertenencia al Cuerpo.

Ninguno de los que le hemos conocido podremos olvidar nunca su hombría de bien: siempre dispuesto a ayudar y aconsejar a sus compañeros más jóvenes que acudíamos a él confiados en sus conocimientos y su bien hacer.

Bartolomé Menchén supo conjugar de forma admirable la teoría y la práctica jurídicas; estudioso siempre, ya desde sus inicios en la carrera, como lo prueba su importante intervención en el «Diccionario de Derecho privado», que dirigió el Profesor don Ignacio

de Casso, así como su valiosa colaboración en el «Derecho Hipotecario o del Registro de la Propiedad», del mismo autor.

Sus estudios jurídicos son innumerables e importantes; cúmplanos aquí con remitirnos a la nota bibliográfica que sigue a estas líneas.

Pero Bartolomé Menchén no se agota en el aspecto del teórico del Derecho; fue esencialmente un hombre práctico, no limitándose a la calificación; sino aconsejando siempre a profesionales y particulares la forma de mejor solucionar los problemas concretos, que intentaba resolver, no sólo para sí, sino aportando ideas que sirvieran para la solución de problemas análogos; en este sentido fue el inspirador del —por ello— llamado «Sistema Menchén» para el traslado de asientos en el Registro de la Propiedad, utilizando medios modernos de reproducción, y que fue recogido por la Orden ministerial de 8 de abril de 1975. En este sentido práctico de las cosas ponía en juego, con briznas de poeta y de humorista, su legítimo mancheguismo, con legitimidad de origen y de ejercicio.

Pero no se puede terminar este recuerdo de Bartolomé sin hacer alusión a su enorme entrega —enorme en extensión y en profundidad— a su Corporación, al Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, cuyo cincuentenario se cumple gozosamente este año; juzgaría superficialmente quien estimara que esta entrega al Colegio se plasmó exclusivamente en los cuatro años —desde diciembre de 1967 a enero de 1972— en que fue Vicedecano, pues este período constituyó únicamente su aportación pública u oficial al Colegio; durante toda su vida profesional colaboró estrechamente con la Corporación y con la Dirección General de los Registros y del Notariado, que, utilizando su generosa disponibilidad y estimando su formación humana y científica, le nombró miembro de los Tribunales de Oposiciones al Cuerpo de Aspirantes a Registradores de la Propiedad en 1966 y 1982.

Descanse en paz.

NOTA BIBLIOGRAFICA

Revista Crítica de Derecho Inmobiliario

- «La inscripción de arrendamientos de inmuebles rústicos» (año 1940, pág. 186).
- «La inscripción forzosa y la realidad jurídica en Galicia» (año 1940, pág. 479).
- «Derecho Inmobiliario» (año 1940, pág. 689).
- «El artículo 17 de la Ley de Reforma Tributaria (El Registro de Rentas y Patrimonio)» (año 1941, pág. 151).
- «Valor de la conversión de la inscripción de posesión en inscripción de denuncia por transcurso del plazo legal» (año 1943, pág. 854).
- «Cuestiones de caducidad hipotecaria: la rogación y el Impuesto» (año 1948, página 567).

- «Dictamen referente a la naturaleza jurídica de un arrendamiento de bodega con maquinaria y a cuestiones de subarriendo y plazo» (año 1973, pág. 1421).
«Dictamen sobre uso y disfrute de plazas de garaje. Copropiedad» (en colaboración con FRANCISCO MENCHÉN HERREROS) (año 1980, pág. 1489).
«Comentario a la Sentencia de la Dama de Baza, de 22 de mayo de 1976» (año 1976, pág. 1187).

Diversos extractos y comentarios de Jurisprudencia civil del Tribunal Supremo de esta Revista de los años 1954 a 1971, 1973 a 1976, 1983 y 1984. Jurisprudencia mercantil de los años 1974 y 1984. Jurisprudencia procesal del año 1973 y «Pequeña Jurisprudencia» de los años 1969 y 1971.

Revista de Derecho Privado

- «Contestación a consulta sobre reserva de bienes conforme a lo dispuesto en el artículo 811 del Código Civil» (tomo LXIII, año 1979, pág. 270).

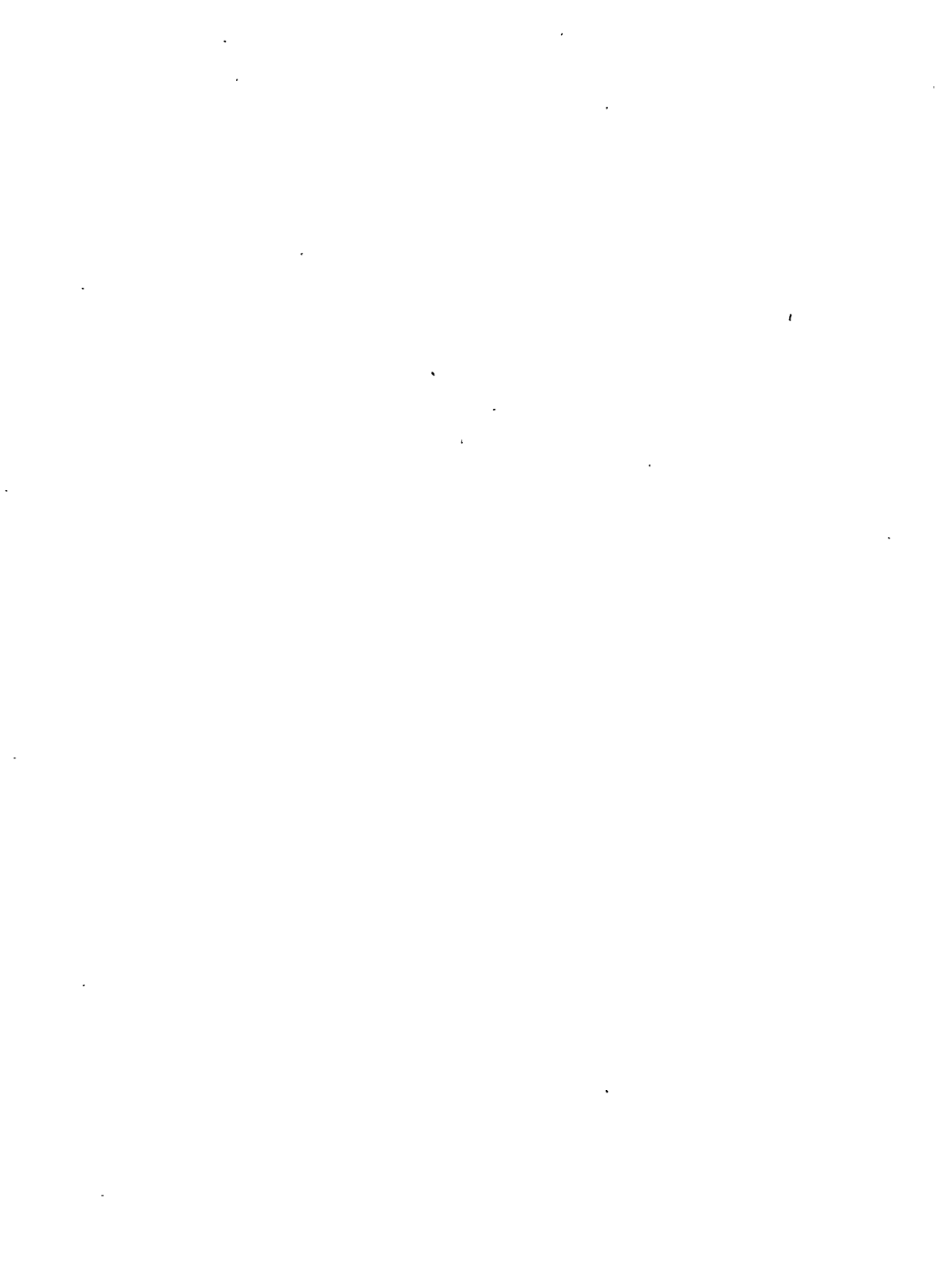
O T R A S

Miembro de la Comisión redactora de la obra *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*, en cuyo tomo I publicó el estudio «Antecedentes de la registración de bienes en Derecho histórico español».

Diversas notas de colaboración en el *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*.

José POVEDA DIAZ

ESTUDIOS



Principios y problemas de la Propiedad Intelectual

SUMARIO: I. *Consideraciones generales sobre los principios y problemas de la propiedad intelectual en el momento actual.*—II. *Consideraciones generales sobre lo que debe entenderse por principio:* A) Principios institucionales. B) Principios constitucionales.—III. *Aplicaciones de la teoría de los principios a la legislación de propiedad intelectual:* A) Principios institucionales: a) La propiedad intelectual como propiedad especial. b) La creación y ejecución como punto de partida para su reconocimiento. c) La obra y su soporte material. d) Diferenciación de facultades en el contenido de la propiedad. e) El principio de originalidad. f) La temporalidad. g) La publicidad. h) La protección y sus diversos ámbitos. B) Principios constitucionales: a) Principio de amparo y protección de la facultad creadora. b) Libertad creadora. c) La cultura y creación intelectual como función social. d) El acceso a la cultura. e) El principio de protección de la propiedad intelectual. f) Principio de limitaciones legales.—IV. *Incorporación de otros principios:* A) El principio de unidad legislativa. B) La creación individual, la colectiva y la societaria. C) El principio de compatibilidad entre la propiedad intelectual y la industrial. D) El principio diferenciador entre o que debe admitirse como propiedad intelectual y derecho conexo o derivado. E) El principio de generosidad en la admisión de manifestaciones de la propiedad intelectual y la previsión de un futuro. F) Precisión del principio que ha de regir las relaciones internacionales en la materia y estructuración de un sistema penal para paliar o impedir la piratería, reprografía y defraudación. G) Principios económicos.—V. *Problemas que pueden contemplarse:* A) El símbolo (C) del *copyright* o derecho a copia. B) La propiedad intelectual y su soporte físico. C) La protección de la propiedad intelectual. D) Los programas de ordenadores, videomática y Derecho.

I. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LOS PRINCIPIOS Y PROBLEMAS DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN EL MOMENTO ACTUAL

El reconocimiento de la propiedad intelectual y, en consecuencia, el derecho de autor es un problema sin posible discusión dentro de una sociedad que pretende ser «opcionalmente» democrática, sobre todo cuando esta singular manifestación de la propiedad adquiere el rango de derecho y abandona históricamente el de antiguo «privilegio». Sólo un sistema totalitario, donde la masa anula al individuo como fuente de cul-

tura, como puede ser el sistema comunista, ciega el reconocimiento a esta posibilidad de la libertad humana. Si la grandeza de la creación reside en la originalidad y hay creación original —como dice LASSO DE LA VEGA— cuando el hombre combina los elementos ya existentes para sacar de ellos utilidades nuevas, la originalidad consiste, pues, en una forma de expresión. Así se llega a deslindar en la Ley centenaria de 10 de enero de 1879 lo que la de 1847 confundió: la propiedad de la obra y la comunidad de las ideas.

Las diversas Comisiones creadas a los efectos de elaborar un borrador de anteproyecto de la que ha de ser nueva Ley de Propiedad Intelectual están a punto de culminar los sucesivos trabajos que se han prolongado ciertamente en el tiempo. Fui uno de sus miembros, en su calidad de secretario, luego de vocal de la misma, y, por último, como «experto» en la materia, de ahí que quiera apuntar en este trabajo un conjunto de problemas que han ido surgiendo a lo largo de la confección de lo que puede ser en su día el texto definitivo de la Ley. Para ello me acojo a una formulación general de los principios en los que se inspiraba la antigua Ley de 1879, los que puedan derivarse de la Constitución Española, así como los que deban incorporarse o han sido ya incorporados al proyecto de texto legal. Igualmente en este trabajo pretendo llamar la atención de dos o tres problemas, ciertamente importantes, que en alguna ocasión ya he tratado separadamente.

Cuando accedo a la Comisión Legislativa, cumplidos ya los cien años de vigencia de la Ley de Propiedad Intelectual, lo hago en base de una Orden Ministerial de 9 de febrero de 1979, en la que las tres líneas directrices eran la de elaborar un anteproyecto de Ley de Propiedad Intelectual con la redacción de un texto íntegro, en el que habrán de tenerse en cuenta tres premisas fundamentales: *refundir e incorporar* las diversas disposiciones posteriores a la vigente Ley, *adecuar* nuestras disposiciones a los compromisos internacionales adquiridos y *acomodar* sus preceptos a las circunstancias del presente. Evidentemente las diversas Ordenes que a ésta le siguieron no hacían mención a estas tres finalidades, en el fondo por considerarlas supuestas y vinculantes a las diferentes Comisiones. Lo único que hicieron fue variar los nombres de ciertos vocales, ampliando, restringiendo o sustituyendo unos nombres por otros.

En estas consideraciones generales sobre los diferentes problemas que la Comisión legislativa ha tenido que abordar no es viable poder descender a detalles. Lo haremos, sin embargo, cuando afrontemos el problema de los principios y alguno de los temas elegidos para completar este trabajo. Lo único que sí es preciso decir, es que en el esquema que sirve de desarrollo a la Ley se ha precisado lo que debe enten-

derse por sujeto, por objeto y contenido de lo que se denomina propiedad intelectual. Capítulos específicamente referidos al derecho de autor regulan la duración de la propiedad intelectual, los límites a que debe estar sometida, la problemática del dominio público, toda la gama de incidencias que generan la transmisión de los derechos, así como los contratos especiales de edición y de representación escénica. Especialmente se destinan diversos capítulos a la obra cinematográfica y a los programas del ordenador.

No podía faltar en la nueva Ley una regulación específica de esa problemática que han planteado los derechos vecinos, afines o conexos, constituidos por los de los artistas e intérpretes, ejecutantes, productores de fonogramas o grabaciones de sonido, y empresarios o entidades de radio y televisión. De esa forma se desarrolla en sucesivos capítulos lo referente a cada uno de los puntos señalados. Igualmente se señalan dentro de esta materia la protección de las fotografías, los derechos de los productores de grabaciones audiovisuales y un conjunto de derechos semejantes. Esencialmente importante, dentro de la normativa base, es el conjunto de medidas que toma el legislador para la protección de los derechos reconocidos en la misma a través de la regulación de las acciones y procedimientos, las sanciones y la inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual.

Desde el punto de vista del Derecho transitorio hay un conjunto de reglas que tratan de resolver esos difíciles problemas que plantea la sucesiva aplicación de las leyes en el tiempo.

II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LO QUE DEBE ENTENDERSE POR PRINCIPIO

Nunca debe olvidarse que al hablar de principios generales estamos manejando los que nuestro primer cuerpo legal considera como la tercera fuente del Derecho, en defecto de Ley y costumbre. Desentrañar, destacar, diseccionar los que matizan, inspiran y se extraen de la legislación sobre propiedad intelectual, puede ser, en principio, una labor importante como punto de partida del estudio de esta particular manifestación de la propiedad. Si, como dice ESSER (1), en todas las culturas jurídicas se repite el mismo ciclo: descubrimiento de problemas, formación de principios y articulación de un sistema, no podía la materia de propiedad intelectual sustraerse a esta esquemática forma de entender una legislación.

(1) ESSER (J.): *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*, Bosch, Barcelona, 1961.

Para no oscurecer el punto que tratamos de aclarar, debemos partir de una clasificación simple y que a mí se me antoja de cierto valor actual. Se hace preciso distinguir dos clases de principios: los *institucionales* y los *constitucionales*. En las cunetas de nuestro camino a recorrer debemos dejar abandonadas otras clasificaciones que el autor anteriormente citado nos brinda: los axiomáticos, los retóricos, los dogmáticos, normativos, informativos, etc. Recordemos únicamente con este autor y con GARCÍA DE ENTERRÍA, CABANILLAS GALLAS y DE CASTRO (2) que los principios generales, cualquiera que sea su origen, resultan el instrumento idóneo para que se permita la presencia en el mundo del Derecho de unos criterios de valor, naturales o sociales, reales o simplemente objetivos, que actúan de estímulo, de límite, de orientación y de justificación de todo derecho posible.

A) PRINCIPIOS INSTITUCIONALES

GARCÍA DE ENTERRÍA precisa que son los que organizan las distintas normas reguladoras disponibles para el régimen de la institución, los que dan a la misma todo su sentido y alcance y, a la vez, los que precisan, según la lógica propia, la articulación de todas ellas, así como la solución procedente en caso de insuficiencia de alguna de ellas o de lagunas existentes. Cada institución está construida sobre uno o varios principios generales del Derecho propios y específicos, sin perjuicio de que puedan afectarles otros de radio más amplio. Los principios institucionales son principios generales del Derecho, porque trascienden a las normas concretas y porque en ellos se expresa siempre, necesariamente, un orden de valores de justicia material; son así, a la vez, módulos de condensación de valores ético-sociales y centros de organización del régimen positivo de las instituciones y animadoras de su funcionamiento. Es justamente en este punto donde se anuda el mundo formal de las normas y el material de los valores de justicia.

B) PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

La estructura y forma de desarrollar el contenido de nuestra Constitución vigente hace muy difícil la precisión del concepto de principio, pues en diversos lugares en la misma se habla de principios y en otros

(2) GARCÍA DE ENTERRÍA (E.): *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho* (libro homenaje a Ignacio Serrano). CABANILLAS GALLAS (P.): «Consideraciones sobre los principios generales del Derecho» (Discurso de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1976). DE CASTRO (F.): *Derecho civil de España*, 1949.

de derechos y deberes fundamentales, lo cual pudiera servirnos para acomodar a todo ello lo que doctrinalmente se ha entendido por concepto general de principios constitucionales que, de una parte, suponen aquéllos que definen cuáles son las relaciones entre la organización estatal y el Estado (quién ejerce el poder, cómo lo ejerce y para qué lo ejerce) y, de otra, los llamados principios inmanentes o informativos, principios directrices que vinculan al legislador, aunque para el individuo no constituyan derecho efectivo hasta que se incorporen al derecho sustancial o material. Dentro de estos últimos al artículo 9.º de la Constitución, en su párrafo 3.º enumera los de legalidad, jerarquía normativa, publicidad de las normas, irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, seguridad jurídica, responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Con ello, sin embargo, como puede entender cualquier intérprete, no se agotan esos principios informativos de la Constitución que también vinculan al legislador, como pueden ser el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás, el principio de territorialidad de determinadas leyes, el criterio de la reciprocidad, el principio de la integridad física y el derecho a la vida, etc.

III. APLICACIONES DE LA TEORIA DE LOS PRINCIPIOS A LA LEGISLACION DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Las ideas expuestas anteriormente en una forma un tanto esquemática deben servirnos, sin lugar a dudas, para poder volcarlas sobre la legislación de propiedad intelectual, para extraer de la misma el conjunto de principios que la informan. No obstante, y al lado de las aplicaciones de los principios apuntados mi propósito es llegar más lejos, pues anunciando los que puedan informar la legislación vigente pretendo también extraer de la Constitución española los que se refieren a la propiedad intelectual, así como una formulación de tipo general de los que pueden o deben ser incorporados a la legislación que ha de sustituir a la del año 1879.

A) PRINCIPIOS INSTITUCIONALES

Hay que partir de una legislación vigente, con más de cien años de servicios prestados, surgida con motivo de un fracaso legislativo de formación de un Código unitario, caracterizada como legislación especial y que, como todas las de su época, trataba de resolver un problema *urgente*. En este caso la protección de los derechos del autor de una

obra científica, literaria o artística. De ella, como parte del ordenamiento jurídico, se deducen los siguientes principios que pasamos a enumerar:

a) *La propiedad intelectual como propiedad especial*

Cuando en el año 1889 (diez años después de promulgarse la Ley de Propiedad Intelectual) se publica el Código Civil, se incluye en el mismo la materia de propiedad intelectual dentro del título IV del libro 2.º que trata de las propiedades especiales, y se admite la vigencia de la legislación especial, lo que lleva a que las disposiciones del Código sobre propiedad se aplicarán en los casos no previstos por la Ley especial. Ello implica la aplicación subsidiaria de las disposiciones del libro 2.º que el Código dedica a la propiedad, incluido el Registro de la Propiedad.

El que esto sea así supuso, con base en la Real Orden de 20 de octubre de 1764, la sustitución del concepto de *privilegio* que la propiedad intelectual tuvo durante mucho tiempo por el de propiedad, con el de que desde entonces se la confirió. Habiendo recibido «carta de naturaleza» el concepto y la denominación de «Propiedad Intelectual» por la Constitución española, artículo 149, queda marginado el anhelo europeo, y concretamente el francés, de hablar de «derechos de autor». El que se la califique de propiedad especial y que en el fondo se le somete de forma subsidiaria a las disposiciones del libro 2.º que el Código dedica a la propiedad, no quiere decir que a la misma puedan ser aplicadas determinadas instituciones que puedan jugar en el concepto de propiedad general, entre otras cosas porque la propiedad intelectual, aparte de suponer un conjunto de derechos calificados como personales o personalísimos y otros de económicos, se resiste a la idea de aceptar determinadas instituciones como son la nota de perpetuidad de la propiedad común, el diverso sentido social que debe ejercerse para marcar los límites de la propiedad y, por último, esa distinción que se hace cuando se habla de bienes patrimoniales del Estado de uso, servicio y dominio público.

b) *La creación y ejecución como punto de partida para su reconocimiento*

Desde que comencé a preocuparme por la materia de propiedad intelectual sospeché que los especialistas eran «alérgicos» a ciertos matices que la Ley destacaba y que ellos no quisieron reconocer o discutir. Y así vino la tremenda confusión de que lo que regula la legislación de propiedad intelectual es la *propiedad de la idea* y de que el nacimiento de la propiedad surgía por el *requisito de la inscripción* en el Registro de la Propiedad Intelectual. Los que han dedicado comentarios a esta for-

ma de propiedad creo que desconocen el libro fundamental del que fue autor material de la Ley, MANUEL DANVILA Y COLLADO (3). Este autor dice que «los que impugnan el principio, sosteniendo que el pensamiento es fugaz, que es propiedad de quien lo concibe mientras no sale de su cerebro, y después mora en el dominio de quien lo recoge, desconocen que la propiedad intelectual no consiste en la propiedad del pensamiento, sino en el derecho exclusivo de reproducirlos bajo una forma material con todos los accidentes característicos del escritor». El Reglamento, clarísimamente, precisa, en su artículo 2.º, que para que la obra sea de su autor es preciso que éste la «conciba y realice» si es científica o literaria o «la crea o ejecuta» si es artística. No creo que el texto definitivo que se apruebe llegue a superar una definición tan correcta y tan significativa como la que hemos apuntado, y digo esto porque en uno de los borradores que obran en mi poder, aún y a pesar de mi insistencia, se refunde el concepto de creación, concepción, realización y ejecución y así se dice que se considera autor a la persona natural que crea, concibe o realiza alguna obra científica, literaria o artística.

c) *La obra y su soporte material*

Habíamos partido en el principio anterior de que la propiedad intelectual surge con su realización o ejecución, lo cual significa que la *concepción* o idea debe materializarse en algo que la haga visible y tangible: esto es, en un soporte. Surge así la compatibilidad entre la propiedad intelectual y la propiedad ordinaria sobre dicho soporte. En una de las formulaciones generales que puede contener el texto de la nueva Ley se hacía compatible la propiedad intelectual con el soporte material, con la propiedad industrial y con los derechos conexos o afines. No sé si el texto definitivo recogerá la totalidad de esta compatibilidad, pero es importante destacarla, ya que en el mercado del libro ha surgido con una gran relevancia la figura de la *edición facsímil*, que estudiaremos en forma especial dentro de los problemas que aportamos a este trabajo.

Quizá donde mejor se descubra el desdoblamiento de propiedades referida a la intelectual y a la ordinaria que recae sobre el soporte físico, sea en el ejemplo de las cartas dirigidas por una persona a otra. La propiedad intelectual es de quien las escribe y la propiedad material de quien las recibe o tiene. Igualmente pasa con los ejemplares de los libros. Donde puede haber cierta dificultad es en la obra de arte, pero ya el

(3) DANVILA Y COLLADO (M.): *Propiedad Intelectual. Legislación española y extranjera*, 1882.

artículo 9.º de la Ley de 1879 soluciona el tema de la reproducción, la exhibición y la posible reversión en caso de cesión.

d) *Diferenciación de facultades en el contenido de la propiedad*

Este principio resulta difícilísimo extraerlo de la legislación de 1879, ya que es una construcción posterior la que estima o bien que el derecho de autor es único, pero de naturaleza mixta, pues se trata de un derecho de la personalidad con trascendencia patrimonial, o que contiene dos derechos o facultades: el moral de autor con proyección de derecho personalísimo y el derecho de propiedad intelectual con arraigo en el campo patrimonial.

De cualquier forma, ya DANVILA, en sus comentarios, hablaba de que la propiedad intelectual es «la manifestación voluntaria y libre de la personalidad». Otros autores han querido ver en el artículo anteriormente citado sobre la obra de arte (art. 9.º) la distinción entre los derechos de contenido patrimonial, susceptibles de ingreso en el tráfico jurídico y los de índole moral sustraídos al mismo por su vinculación a la persona del autor. En tal sentido cabe citar al autor ALVAREZ ROMERO (4).

Entiendo que el conjunto de derechos personalísimos o morales que matizan el derecho de propiedad intelectual hay que buscarlos en diversos artículos de la Ley y su Reglamento. Así, lo que se ha denominado derecho «al inédito» está en el artículo 44, al decir en el inciso final del párrafo 1.º «manifieste en forma solemne su voluntad de que la obra no vea la luz pública». Igualmente el derecho a exigir que se haga pública la autoría (arts. 31 de la Ley y 118 del Reglamento), el de exigir respeto a la integridad de la obra (arts. 24 y 40 de la Ley), el de retirar la obra de la publicidad (arts. 20 y 23 de la Ley), etc. El borrador del anteproyecto de Ley parte de la base de distinguir dos clases de derechos dentro de la propiedad intelectual. Unos, que se consideran como morales aceptando la denominación francesa y que suponen un conjunto de facultades, entre las cuales destacan la de decidir si la obra ha de ser divulgada, la de si divulgación debe hacerse o puede hacerse con el nombre del autor en forma de pseudónimo o signo o anónimamente, la de exigir el reconocimiento de la paternidad de la obra y el respeto a la integridad de la misma, la de modificar la obra respetando los derechos adquiridos y la de retirar la obra del comercio por cambio de sus convicciones intelectuales o morales previa la correspondiente indemnización. De otra parte, la legislación recoge el conjunto de derechos que se agrupa bajo la forma de explotación y sus diferentes variedades.

(4) ALVAREZ ROMERO (C. J.): *Significado de la publicación en el Derecho de Propiedad Intelectual*, Madrid, 1969.

Los aspectos patrimoniales de la propiedad intelectual se concretan dentro del Código Civil en dos vertientes, ya que el artículo 428 recoge diversos artículos de la Ley y el Reglamento y los concreta en los de explotarla y disponer de la obra.

e) *El principio de originalidad*

No resulta pacífica la aceptación de este principio, ya que algunos consideran que va implícito en el de creación. No obstante, la Ley de 1879 parte del mismo, cuidándose de precisar en el artículo 2.º, 2, la distinción entre la obra «original» y la traducción; en la regulación de la figura de la defraudación incluye la «imitación» como causa de la misma (art. 47), lo que nos lleva a reconocer el mismo principio: la obra ha de ser original para distinguirla de la copia o imitación de otra.

El borrador del proyecto de Ley, al definir lo que debe entenderse por propiedad intelectual, acepta en principio este mismo criterio, pero no lo refiere al autor en sí, sino al definir el objeto de la propiedad intelectual como «creación *original* literaria, científica o artística».

f) *La temporalidad*

Frente al carácter perpetuo de la propiedad de las cosas, la intelectual ofrece la especialidad de que es una propiedad *ad tempus*, es decir, limitada al tiempo. La propiedad intelectual dura la vida del autor, por lo que se trata de un derecho vitalicio, como puede ser el usufructo, y se transmite a los herederos por un número de años a contar desde su muerte, que en la legislación de 1879 era de ochenta años. El problema de la temporalidad y el juego de la transmisión hereditaria en el borrador del anteproyecto de la nueva Ley ha sido sometido a un conjunto de consideraciones que deberán ser decididas en última instancia por el legislador, el cual podrá optar entre acercarse a la legislación europea, en la cual la propiedad intelectual dura la vida del autor y se transmite por un período de cincuenta años a los herederos o mantener esa legislación pionera española que respeta la propiedad intelectual durante la vida del autor y la hace transmisible a los herederos por ochenta años más. Este principio de temporalidad tiene en la nueva legislación un tratamiento diverso, según se trate de obras literarias, científicas, artísticas, o bien de derechos conexos, derivados, producciones fonográficas, fotográficas, propiedades atribuidas a personas jurídicas, etc.

g) *La publicidad*

Hemos de entender la publicidad en una de sus manifestaciones, esto es, en aquel aspecto que tiene por finalidad hacer público el conocimiento de un hecho o situación que se concreta en la comunicación de la obra de la inteligencia al público en general, cualquiera que sea el procedimiento utilizado. La Ley, en este sentido, está cuajada de referencias al hecho de hacer pública la obra, por ello, hemos de entender que el principio debe ser entendido en el sentido amplio, comprendiendo la edición, la ejecución pública, la representación, la lectura o conferencia, la difusión mecánica, telefónica, radiotelefónica o de radiotelefonía, exposición pública, etc.

El gran enigma de la Ley, sin embargo, está en su artículo 8.º, que con su pronunciamiento general pone en entredicho el concepto mismo de creación y parece dar a entender que se está refiriendo a las obras inéditas: «no es necesaria la publicación de las obras para que la Ley ampare la propiedad intelectual». DANVILA concreta el supuesto a los casos de lecturas, conferencias, explicaciones de cátedra, sermones, etc., en los que para él no existe publicación, pero sí protección. Ello reduce el sentido amplio con el que hemos mantenido el principio.

En el proyecto de la nueva Ley se ha avanzado algo en este punto, ya que de una parte se acepta como propiedad intelectual toda obra, atribuyéndose su titularidad y propiedad por el solo hecho de la creación, sin que sea necesaria la publicación. No obstante, el proyecto de Ley en un afán excesivamente definitorio, cae en la gran trampa de precisar los conceptos de divulgación, publicación, reproducción, distribución, comunicación y otros diversos, lo cual ha de plantear serios conflictos en el momento de su aplicación.

h) *La protección y sus diversos ámbitos*

El principio de protección de la propiedad intelectual, razón justificativa de la legislación, se estructura bajo diversos principios, según tenga un aspecto nacional o internacional:

- = *La protección nacional* se traduce en tres órdenes o direcciones: la registral, la judicial y la gubernativa. La protección registral, quizá mal concebida por los autores de la Ley, reside en la «inscripción estimulada» con sanción grave para su incumplimiento, permitiendo a todos utilizar la obra en dominio público. Debe alegarse en estos momentos que el texto de la Ley de 1879 lo redactaron los propios autores, los cuales consideraron que la ins-

cripción debería proteger la propiedad intelectual y que si esta protección no se aceptaba por el autor la obra caería en dominio público, pudiendo ser explotada por cualquiera.

La protección judicial se concreta en el delito de defraudación en los casos y situaciones que define la Ley y el Código Penal. Y la protección gubernativa la señala el artículo 49 de la Ley y concordantes del Reglamento, que hoy han quedado superados por lo dispuesto en la Constitución y de lo que luego hablaremos.

- = *La protección internacional* se rige, en principio, por el sistema de *reciprocidad*, señalado en el artículo 50, aunque la Ley contiene diversas aplicaciones en materia de traducciones (arts. 12 a 15) y defraudaciones (arts. 47 y 48). En la nueva Ley, a pesar de lo que dispone el artículo 18 del Código Civil, se parte también del criterio de la *reciprocidad*, manteniéndose el de *igualdad de trato* para determinados casos que, tanto en el texto como en disposiciones transitorias, se señalan en forma especial.

B) PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

La Constitución española vigente acude al llamamiento que la propiedad intelectual exige y, en diversos artículos, se ocupa del tema en forma de principios programáticos que han de traducirse en su día en esa exclusiva de reserva legislativa que para el Gobierno español significa el pronunciamiento del artículo 149. En una forma muy sintética podríamos enunciar los principios que deben regir el futuro de la nueva legislación, distinguiendo los siguientes:

a) *Principio de amparo y protección de la facultad creadora como medio de difusión de la cultura*

Las medidas que se adopten difícilmente pueden tener cabida en la Ley general y serán disposiciones complementarias las que solucionen a través de estímulos, premios, becas, seminarios, etc., el principio. Una cosa, sin embargo, es la intención y otra su realización, pues para ello será preciso la colaboración de todo el entramado gubernamental y el de las Autonomías. Con ello quiero poner de manifiesto una frase del actual Presidente del Gobierno, que en la Universidad Menéndez Pelayo, de Santander, dijo que *no podemos perder ni que se malogren talentos*. Me imagino que lo diría para los actuales y no sólo para los que puedan venir, que también son dignos de protección, pero frente a ese anhelo

van a surgir leyes como la de las incompatibilidades, que secarán fuentes de inspiración y abrirán paréntesis claves en la creación.

Es curioso cómo en el borrador del anteproyecto de la nueva Ley de Propiedad Intelectual este sentido de protección y amparo de la *facultad creadora* no tiene gran transcendencia, puesto que la Ley lo que regula es la propiedad intelectual que ya ha surgido, que ya está dentro de las formas admitidas para su reconocimiento y de ahí que se tomen medidas de protección al derecho de autor durante la vida del mismo y con posterioridad, estableciendo tasas, derechos de plusvalía y cánones o impuestos para la posible producción de sus obras.

b) *Libertad creadora*

Habiendo establecido la Constitución en su artículo 1.º como valor superior a su ordenamiento jurídico el «principio de libertad», resulta de una lógica aplastante que el artículo 20 reconozca y proteja el derecho a «expresar y difundir» libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. Todo ello, sin perjuicio de las restricciones que la misma Constitución reconoce.

c) *La cultura y creación intelectual como función social*

Hay en el conjunto de disposiciones que estructuran y dan contenido a la Constitución una configuración de la cultura y de la creación intelectual con proyección social. Demuestra esta afirmación, convertida en principio, el hecho de que se reconozca por el artículo 20 la producción y creación literaria, artística, científica y técnica, así como la libertad de cátedra, especificando el artículo 149, 2, que «el Estado considerará el servicio de la cultura como deber y atribución esencial» y considerando el artículo 50 como servicio social, el de cultura. Podría alegarse también el artículo 148, 1, 17, que atribuye a las Comunidades Autónomas «el fomento de la cultura y de la investigación».

d) *El acceso a la cultura*

Es aquí donde reside el tremendo dilema de la *exclusividad* de los derechos de autor y la necesidad de que el pueblo acceda al conocimiento cultural. Compatibilizar este sistema de intereses puede ser el reto de la nueva y progresiva legislación.

No entendí nunca que la «cultura» se me ofrezca como situación contractual del «doy para que des», pues el principio quiebra en su

aplicación general. Ya puedes dar todo, sabiendo de antemano que no vas a recibir a cambio nada en la mayor parte de los casos. Por ello, en este principio contractual de la cultura, no puede fundarse la limitación de la propiedad intelectual y su acceso. El acceso a la cultura tiene dos cauces sociales que pueden conciliar el derecho de autor y, como decía DANVILA, son los que pueda tener la sociedad en la propagación de los conocimientos útiles y el que indudablemente exige el progreso de la ciencia. Es evidente que me estoy refiriendo al «acceso» cultural a través de los nuevos medios mecánicos que antes eran fichas y ahora se han convertido en fotocopias. ¿Dónde van a estar los límites entre el acceso a la cultura usual y el que pueda reportar un abuso de Derecho? La nueva Ley en este punto no creo que se haya atrevido a abordar de plano y rigurosamente este principio, puesto que bajo la idea de una protección a ultranza del derecho de autor, restringe en forma indirecta el posible acceso a la cultura de los ciudadanos para aquellas obras que estando en dominio público necesiten del pago de un canon para que el ciudadano pueda acceder a las mismas. Esto, sin perjuicio del posible impuesto o gravamen que se establezca para las reproducciones de las obras en todos sus aspectos.

e) *El principio de protección de la propiedad intelectual*

Siempre he considerado que la enunciación del principio, sus consecuencias y realidades normativas deben responder a los presupuestos establecidos. En la Constitución quiebra esta ideología, ya que la formulación de la protección y amparo de la propiedad intelectual luego se recorta en base de negar jurisdicción al campo gubernativo. Frente a la Ley que regula el derecho de propiedad intelectual del año 1879, la Constitución recorta la protección y la reduce a la registral y a la judicial, como antes vimos.

El borrador del anteproyecto de Ley de Propiedad Intelectual ha intentado introducir, no sabemos si con posibilidades de éxito, dentro del texto algo que sustancialmente viene a estar en contradicción con el artículo 20 de la Constitución, atribuyendo facultades de intervención al campo gubernativo o administrativo. El hecho de que solamente a través de la sanción judicial puedan limitarse o reducirse los actos fraudulentos, los actos de piratería, etc., contra la propiedad intelectual, va a crear una situación que jurídicamente puede ser correcta, pero de cierta ineficacia en el campo de la práctica. El legislador español tiene aquí otro gran reto para dentro del principio constitucional, poder remodelar esta intervención administrativa en el campo de la propiedad intelectual.

f) *Principio de limitaciones legales*

El artículo 20 de la Constitución, que reconoce y protege el derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica, establece como límites el respeto a los derechos y deberes fundamentales de que habla la Constitución y singularmente el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Pero es que, además, no debe olvidarse que la propia Constitución, al reconocer en el artículo 33 el derecho a la propiedad privada (y la propiedad intelectual es una especie de ella), entiende que la misma quedará «delimitada» en su contenido por su función social. Es indudable que la precisión de lo que debe entenderse por «función social» determinará el contenido de los derechos y que esa función no puede ser idéntica a la que pueda aplicarse a la propiedad en general. El ejemplo que puede diferenciar el tratamiento jurídico de ambas propiedades viene representado por la Ley de Expropiación Forzosa, que por causas de utilidad pública o social puede provocar la expropiación de bienes en favor de la comunidad, pero que aquí tropezaría con el doble contenido que la propiedad intelectual tiene: de una parte, el aspecto puramente moral de las facultades que la integran quedarían fuera de su posible expropiación, pudiendo ser solamente objeto de la misma el derecho de explotación y los demás económicos que se deriven de la propiedad intelectual.

Algo de eso viene a traslucirse en uno de los artículos del borrador de anteproyecto, cuando al enumerar las facultades de que el autor goza dentro del aspecto moral de su derecho, afirma rotundamente que las mismas son inalienables e irrenunciables. En el concepto de inalienabilidad está incluida no solamente la venta, enajenación, transmisión, sino también el de expropiación forzosa.

VI. INCORPORACION DE OTROS PRINCIPIOS

Todo lo que se diga en este punto resulta puramente especulativo, o de *lege ferenda* y sujeto a las orientaciones que se puedan incorporar al borrador del anteproyecto. Dentro de los principios que la nueva legislación debe admitir cabría citar los siguientes:

A) EL PRINCIPIO DE UNIDAD LEGISLATIVA

Vuelve de nuevo a plantearse en este punto la polémica entre THIBAUT y SAVIGNY (5) y por razones de seguridad jurídica hay que pensar en una

(5) THIBAUT y SAVIGNY: *La Codificación*, Aguilar, 1970.

legislación jurídica de carácter unitario, aunque va a resultar difícil el llegar a una Ley que regule con amplitud todos y cada uno de los problemas que plantea la propiedad intelectual. A pesar de que la Orden Ministerial de 9 de febrero de 1979 manda refundir e incorporar las diversas disposiciones posteriores, resulta que algunas de ellas se han quedado atrasadas en el tiempo y otras no precisan, por una serie de razones comprensibles, ser incorporadas a la nueva Ley. Como ejemplo de esto pueden citarse una serie de disposiciones que se relacionan, pero no se incorporan al borrador del proyecto de Ley, tal es la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982 sobre la protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que a nuestro juicio incide en el concepto de propiedad intelectual. El cumplir la premisa de *refundir e incorporar* las diversas disposiciones posteriores supone plantear el tema del contrato de edición, que se regula en la nueva Ley con cierta minuciosidad, pero que exigirá una cláusula derogatoria de la Ley de 12 de marzo de 1975 o Ley del Libro en todos o en alguno de sus aspectos, pues la misma establece una serie de principios que o se incorporan a la nueva legislación o se rechazan de la misma. Igualmente la obra cinematográfica, regulada por Ley de 4 de mayo de 1966 y Decreto de 16 de febrero de 1967, exige una especial derogación o un aprovechamiento de alguno de sus aspectos. Las obras fonográficas reguladas por Orden de 14 de febrero de 1942 sobre ejecución de obras en discos y derechos de interpretación, la Orden de 10 de julio de 1942, por la que se concede a la obra fonográfica la consideración de obra protegida por la Ley de Propiedad Intelectual y la Orden de 1 de diciembre de 1942, habrán de ser derogadas, ya que la obra fonográfica se regula como derivada o conexas, etc. Igualmente la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento (Ley de 16 de diciembre de 1954), al romper la unidad del folio registral, puede suponer un gran obstáculo para que el Registro sea unitario y pueda funcionar en el mismo plenamente el principio de especialidad, el de publicidad y todos sus derivados.

Ello exigirá al legislador un examen concienzudo de la normativa vigente para derogar aquella que sea compatible con la nueva regulación y la admisión de aquellos supuestos que puedan ser incorporados. Este examen debe ser riguroso, pues de lo contrario existirían supuestos altamente sorprendentes que provocarían un desfase en la pretendida unidad legislativa.

B) LA CREACIÓN INDIVIDUAL, LA COLECTIVA Y LA SOCIETARIA

El tema es viejo, como la Ley que lo rige. DANVILA lo había planteado en relación con las Compilaciones, los Diccionarios, los almanques, las obras ejecutadas por funcionarios, por encargo, las subvenciones, las procedentes de un premio o concurso, las de sociedades y entes jurídicos, etc. El problema está en poder conciliar lo que puede suponer el derecho de autor (que sólo puede ser individual) con la propiedad de la obra ejecutada, el anonimato, el grupo de trabajo, etc.

El borrador del anteproyecto arranca de la idea de considerar únicamente autor a la persona natural que crea, concibe o realiza alguna obra científica, literaria o artística, presumiéndose la calidad del mismo, salvo prueba en contrario, a quien aparezca como tal en la obra, mediante su firma o designación de modo usual. No obstante y teniendo en cuenta determinadas situaciones en las cuales resulta difícil averiguar quién es el autor, el proyecto entiende que hay que aceptar diferentes supuestos. Se parte de la distinción entre aquellas obras cuya creación es el *resultado unitario de la colaboración* de varios autores con aportaciones indeferenciadas, aquellas que podrían calificarse de *obras colectivas* que son concebidas por la iniciativa y bajo la coordinación de una persona natural o jurídica y que constituyan creación unitaria, de aquellas otras constituidas por la *reunión de obras o fragmentos de obras* que tengan el carácter de creación autónoma y, por último, de *obras independientes* que sin constituir creación unitaria se publiquen reunidas aunque guarden entre sí determinada relación. Lo cual puede generar problemas de interpretación en orden al principio de que se parte y a la excepción que se admite.

C) EL PRINCIPIO DE COMPATIBILIDAD ENTRE LA PROPIEDAD INTELLECTUAL Y LA INDUSTRIAL

Resulta importante hacer viable el principio de coexistencia entre una determinada «creación» de estas dos propiedades: una cosa es el *diseño* y otra es el *invento* con fines industriales. El ejemplo clásico que se ha puesto para diferenciar ambos supuestos es el del dibujo de un farol de automóvil que queda protegido como obra intelectual, pero que en su aplicación industrial debe quedar protegido a través del Registro de la Propiedad Industrial que ampara los inventos, las marcas, etc. Este criterio es respetado por el borrador del anteproyecto de Ley de Propiedad Intelectual.

D) EL PRINCIPIO DIFERENCIADOR ENTRE LO QUE DEBE ADMITIRSE
COMO PROPIEDAD INTELECTUAL Y DERECHO CONEXO O DERIVADO

Es quizá uno de los temas difíciles el tratar de deslindar ambos derechos. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (6) define los derechos vecinos o conexos, diciendo que coexisten con el derecho de autor sobre la obra creada y presentan cierta afinidad con el derecho de autor, ya que implican un cierto derecho de señorío sobre ella con las consiguientes facultades de explotación (artistas, intérpretes, ejecutantes, productores, etc.).

El borrador de proyecto de Ley esboza los conceptos de las personas mencionadas y brinda una definición considerando que son artistas, intérpretes o ejecutantes todo actor, cantante, músico, bailarín u otra persona que represente, cante, recite, interprete o ejecute, en cualquier forma una obra y también al director escénico. A ellos se les concede un conjunto de derechos exclusivos para autorizar la fijación de sus actuaciones en determinados soportes sonoros o visuales, la reproducción de las mismas y la comunicación pública de ellas. Dentro de los derechos conexos o vecinos el borrador de la Ley, y este es un problema tremendamente discutible, se reconoce como tal a los productores de fonogramas a los que define como la persona natural o jurídica que realiza por primera vez la fijación sonora de una ejecución o de otros sonidos, considerándole como titular del derecho exclusivo de autorizar su reproducción total o parcial directa o indirectamente y la distribución de las copias de aquéllos, así como la comunicación pública que se realice. Igualmente trata el borrador del proyecto de Ley de Propiedad Intelectual de las entidades de radio y televisión que gozan respecto de sus emisiones del derecho a autorizar determinados actos como son las retransmisiones simultáneas, la fijación en soportes de imágenes o sonidos aislados difundidas en emisión, la reproducción de las fijaciones, la comunicación pública de las de televisión, etc.

E) EL PRINCIPIO DE GENEROSIDAD EN LA ADMISIÓN DE MANIFESTACIONES
DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y LA PREVISIÓN DE UN FUTURO

Toda fórmula que se emplee para su precisión, genérica o enunciativa, debe ser siempre abierta, pues la evolución de los tiempos modernos ofrece modalidades singulares casi imposible de prever.

Frente a la fórmula tremendamente abierta y progresiva que utiliza el Reglamento de la Ley de 1879, hablándonos de *todos aquellos medios*

(6) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (M.): *Derechos reales, Derecho hipotecario*, Madrid, 1982.

de reproducción que existen o pueden inventarse en lo sucesivo, el actual borrador de la Ley aceptó con cierta cicatería esa fórmula progresiva que podía abrir los grandes caminos a un futuro ciertamente imprevisible y así, sin perjuicio de aceptar en parte la fórmula y de hablar de que el objeto de la propiedad intelectual es toda creación original literaria, científica o artística que se exprese por cualquier medio o soporte tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, en forma un tanto radical enumera una serie de supuestos que no agotan en el momento actual las manifestaciones de la propiedad intelectual, pues se habla de los libros, folletos, impresos, escritos, discursos, alocuciones, composiciones musicales, obras dramáticas, obras de dibujo, pintura, grabado, proyectos, planos, maquetas, diseños, gráficos, obras cinematográficas, obras fotográficas y programas de ordenadores.

Por razones obvias ha de considerarse que, sin perjuicio de los derechos que tenga el autor sobre la obra que podríamos llamar *original* y esta es la clave de la palabra, también deben ser objeto de propiedad intelectual las traducciones, adaptaciones, revisiones, actualizaciones y anotaciones, los compendios o resúmenes y extractos, los arreglos musicales o cualesquiera otras transformaciones de una obra literaria o artística y, por supuesto, las antologías y otras formas de colección de obras ajenas que por la selección o disposición de las materias constituyen creaciones intelectuales.

F) PRECISIÓN DEL PRINCIPIO QUE HA DE REGIR EN LAS RELACIONES INTERNACIONALES EN LA MATERIA Y ESTRUCTURACIÓN DE UN SISTEMA PENAL PARA PALIAR O IMPEDIR LA PIRATERÍA, REPROGRAFÍA Y DEFRAUDACIÓN

En estos casos entiendo que hay que brindar al legislador penal la remisión a la Ley especial y no viceversa. Esto es, que dentro de la Ley de Propiedad Intelectual puedan regularse los principios que han de regir las relaciones internacionales, así como también las normas de protección de carácter penal y civil para impedir o por lo menos paliar esa piratería o defraudación a que está sometida la propiedad intelectual.

Parece ser que el legislador penal ha accedido, quizá con cierta inconsciencia, a aceptar este principio y presumir que será la Ley especial de Propiedad Intelectual la que regule las infracciones, los delitos y las penas a que debe quedar sometido el acto de infracción o delictivo contra la propiedad intelectual. De ahí que en la estructuración del borrador del anteproyecto de la Ley se establezcan un conjunto de disposiciones acerca de las *acciones* y *procedimientos* que se conceden al autor o autores, y un conjunto de *sanciones* para penalizar aquellos actos frau-

dulentos. No entramos en la determinación de los mismos, ya que la regulación resulta altamente minuciosa y queda sometida a ese principio dilucidador entre la competencia legislativa que habrá de decidir en su momento cual es el sitio o lugar legislativo donde quede ubicada la materia; no obstante, si se distingue en el borrador la *infracción* de los derechos reconocidos en la Ley y, por supuesto, los derechos que se reconocen al titular para paliar esta infracción, así como las medidas cautelares que puedan adoptarse a través de la autoridad judicial. En la sección que regula los *delitos* contra la propiedad intelectual parece dogmatizarse su existencia sobre la base de la *intencionalidad* para los supuestos de reproducción, distribución o comunicación pública de una obra o una transformación de ella sin autorización. Igualmente se estructuran los delitos y se fijan las penas en la esfera de actuaciones de los artistas, intérpretes o ejecutantes, reproducciones de fonogramas y su distribución, retransmisión por hilo o sin hilo de una emisión de radio o televisión, reproducción, distribución o exposición pública de fotografías, reproducción, distribución o comunicación pública a través de una fijación visual, con o sin sonidos, de una secuencia con imágenes, etc.

Antes hemos apuntado cómo el borrador del anteproyecto esbozaba los criterios que han de regir las *relaciones internacionales* y en la segunda parte del presente trabajo abordaremos un problema de la reprografía ilegal y de los medios que a nuestro alcance pueden adoptarse para evitarla.

G) PRINCIPIOS ECONÓMICOS

Aceptada la *temporalidad* de la duración de la propiedad intelectual y suponiendo que la misma entre en el campo de las cosas de *uso público* y no de dominio público, puede plantearse el gran tema del llamado *dominio público pagante*; aunque si se parte de la aceptación de la temporalidad queda rota toda posible «participación» del autor o sus herederos en ese posible canon de utilización. El tema es difícil, peligroso, lo mismo que el de la plusvalía de la obra (*droit de suit*), así como ese otro sistema que obliga al pago de un determinado canon por la reproducción de obras a través de los diversos medios económicos existentes.

El borrador del anteproyecto de la nueva Ley regula, dentro de los derechos concedidos al autor, el que hemos llamado *dominio público pagante*, estableciendo que la utilización total o parcial con fines lucrativos de las obras en dominio público devengará un canon cualesquiera que sea el país de origen de las mismas, siempre que se den los casos y las modalidades que la misma Ley establece. Ello supone la consecución de un anhelo, pero que está en contradicción con los posibles

derechos de reproducción que se conceden a cualquier persona por la misma Ley. La conciliación y el equilibrio de ambos derechos será la que determine, dentro del ámbito de la legislación, el criterio que debe ser aplicable. No obstante, habrá que tener en cuenta que la Ley del Patrimonio del Estado debe ser derogada *parcialmente* en este punto, y concretamente en sus artículos 99 y 174 de su Reglamento. Reconoce el borrador del anteproyecto el *derecho de plusvalía* que en los casos de reventa de obras de artes plásticas que se efectúen en pública subasta, en establecimiento mercantil o con intervención de un comerciante o agente comercial, se concede al autor la participación de un determinado canon. Igualmente, dentro de los *derechos económicos* que se regulan en el borrador y que quedan pendientes de una posible decisión política, está el de la participación que se concede a los autores de obras publicadas en forma de libro, fonograma, film cinematográfico o cualquier otro soporte sonoro o visual, con los editores o productores de dichos soportes, y los artistas, intérpretes o ejecutantes cuyas actuaciones se hallan fijadas en los mismos, en un canon compensatorio de los perjuicios presuntos que puedan derivarse de las reproducciones de tales soportes, efectuadas para uso personal por medio de aparatos mecánicos no tipográficos. El canon se exigiría a los fabricantes de los aparatos reproductores, de las cintas vírgenes o dispositivos sonoros o visuales análogos, así como de los importadores de unos y otras y no podrá ser superior al 5 por 100 del precio de venta al por menor de los aparatos y dispositivos. Ello obligaría a la creación dentro del Ministerio de Cultura de una entidad de gestión y la aprobación de unos Estatutos.

Quedan sin resolver en el borrador de la Ley algunos problemas que trataremos de forma especial en la segunda parte de estas notas, pero que quizá no deban ser objeto de una disposición legal y sí de un posible Reglamento, aunque la Ley, por su extensión, densidad y minuciosidad, parece acercarse más a lo que en la doctrina jurídica se llama Ley-Reglamento y no Ley de principios en espera de un Reglamento que la desarrolle. Sirvan de ejemplo de estas omisiones el tratamiento del título de la obra que puede generar diferentes presunciones a efectos de un posible delito, la protección internacional del símbolo del «copyright» o su análogo discográfico, el desarrollo del principio de protección registral, el soporte físico de la propiedad intelectual que no ha quedado plenamente deslindado dentro de la Ley y algún otro problema que apuntaremos posteriormente (7).

(7) Algunas de las ideas y parte del texto que se brinda han sido objeto de otra publicación anterior (núm. 9, enero 1984, *República de las letras*). Igualmente lo referente al problema del símbolo © del copyright también tuvo acogida en el número 7 de junio de 1983 de la misma revista.

V. PROBLEMAS QUE PUEDEN CONTEMPLARSE

A) EL SÍMBOLO © DEL «COPYRIGHT» O DERECHO A COPIA

Uno de los temas que no han sido recogidos por el borrador del anteproyecto, a pesar de que la Orden Ministerial creadora de la Comisión que habría de elaborar el mismo, disponía que habría que *adaptar* nuestras disposiciones a los compromisos internacionales adquiridos y *acomodar* sus preceptos a las circunstancias del presente, es el del símbolo © o *copyright* o derecho a copia. Debió ser en el siglo XVIII y hacia el año 1790 cuando en Estados Unidos se cristaliza en una disposición la protección de los derechos de autor en su diferente concepción europea. Desde entonces hasta ahora se dictaron muchas normas hasta la Convención Universal de Ginebra de 6 de septiembre de 1952, revisada en París el 24 de junio de 1971, ratificada por España en 7 de marzo de 1974. Conviene resaltar que además de estas normas existe dentro de la legislación española, la Resolución de la Dirección General de Archivos y Bibliotecas de 24 de junio de 1964 que obliga a consignar en todas las obras sujetas a inscripción el símbolo © del *copyright*. Teniendo sobre el tapete las disposiciones sobre el símbolo solamente falta destacar el hecho de que en la televisión española, desde hace muy poco, en ciertas producciones se consigna al final el símbolo o la palabra *copyright*, seguido del patronímico de TVE y el año. Al no ser un asiduo al cine, no puedo asegurar si las producciones españolas consignan esta palabra seguida del símbolo, pero sí creo haberla visto en algunas extranjeras al comienzo, seguido de la advertencia de que la semejanza de los hechos que se narran con la realidad será mera o pura coincidencia.

La autoría de la obra puede ser atribuida al que figura como tal en la portada de la misma, pero su propiedad, cosa distinta de la titularidad, ya resulta dudosa porque el empleo del símbolo anteriormente citado puede estar a nombre del autor, del editor o de otra persona, es decir, que en una misma obra pueden figurar varios *copyright*. Por si fuera poco, algunos de estos símbolos llevan una nota en la que se prohíbe la reproducción de la obra y se reserva al editor las siguientes cosas: *reproducir o transmitir por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo la fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación*, cosas que legalmente pertenecen al autor, que es el que debe autorizarlo, salvo que haya transmitido el derecho al editor. La fórmula, en las ediciones de libros, empieza a ser una especie de *cláusula de estilo* de las publicaciones, pues no hace poco, al leer gozosamente el libro *Mazurca para dos*

muertos, de Camilo José de Cela, parpadearon mis ojos al comprobar la existencia de dos *copyright* (uno para el autor y otro para el editor) y leer en una nota a pie de página que «ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor». La nueva Ley en su proyecto de redacción pudiera evitar esta problemática que está induciendo a una auténtica confusión.

El símbolo *copyright* en su versión española supone, para aquellos no iniciados en la materia, una auténtica perplejidad muy parecida a la que Televisión Española ofrecía cuando algún cantante, que no lo hacía en directo, proyectaba en la imagen la frase *play-back*. Quizá los televidentes puedan tener con esa noticia en inglés la misma sorpresa que cuando los extranjeros llegan por Navidades a España y leen en un quiosco de lotería aquella frase indescifrable para ellos de que «hay participaciones del Niño».

Las traducciones de palabras no han sido nunca muy acertadas en materia de propiedad intelectual y derechos de autor. No es este el momento de poner ejemplos, pero los hay muy abundantes. Quizá, por ello, el empleo de la palabra o del símbolo © se utiliza por no haber llegado a una acepción estimable en castellano o porque se trate de una imposición de tipo universal. Algo parecido al STOP, que, sin embargo, en ciertos países hispanoamericanos ha sido sustituido por la palabra castellana PARE.

La traducción que doy al término, aun no sabiendo inglés y, por supuesto, resistirme a la imposición de aquellas islas para aprenderlo, es la de algo así como *tener derecho a copia*, poder reproducir en exclusiva una obra literaria, científica o artística. Ello supone en términos legales el aspecto *patrimonial* de la propiedad intelectual de que antes hablábamos. El autor, como contenido material de su derecho, tiene el de publicar y reproducir la obra en exclusiva. Nadie, sin su permiso o en virtud de cesión o transmisión, puede publicar una obra ajena. La letra © encerrada en un círculo es un símbolo, una especie de escudo de armas, que el autor tiene y le da derecho en *exclusiva* a la publicación de su obra. De ahí no debe pasar la cosa, pues la otra vertiente de la propiedad intelectual que cristaliza en derechos o facultades personalísimos o morales, no quedan comprendidas en el *copyright*. Digo esto, porque cuando un autor cede el derecho de explotación de su obra, el que la adquiere puede atribuirse su *copyright* que le asegura la adquisición. Igualmente una *persona jurídica*, que sólo excepcionalmente puede considerarse como autor, según lo antes visto, puede ostentar su *copyright* como acreditativo de la explotación en exclusiva.

La legislación no exige ningún requisito previo, simultáneo o posterior para el logro del *copyright*, pues simplemente el autor debe ponerlo en los trabajos que publica. No hay que hacer nada, no hay que tramitar nada, sino que cuando se trate de obras sujetas a inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual resulta obligatorio consignarlo como requisito. Lo que pasa es que las películas y las producciones discográficas, así como las del vídeo, cassette, etc., tienen una legislación especial que, en principio, las sujeta al Registro, pero que al no ser desarrollada debidamente no tiene la eficacia que se pretendió para ellas. De todas formas, creo que es importante poner la © de *copyright* con una visión de futuro en base de lo que luego apunto.

Muchas veces la norma es interpretada caprichosamente y, por ejemplo, en la producción literaria en la que es obligatoria la consignación del símbolo para su posible inscripción, se pasa del cumplimiento al abuso de cumplimiento. Quizá bajo la idea de que lo que abunda no daña, en ciertas publicaciones he visto hasta cuatro *copyright*. Si el símbolo viene a sustituir a la antigua advertencia de que *es propiedad del autor*, en buen entendimiento sólo debe existir un *copyright* seguido del nombre del autor y del año y a lo sumo si la obra viene traducida, otro *copyright* a favor del traductor. Y aquí es donde viene la lucha diaria: si en vez del autor figura el editor u otra persona, es preciso justificar que el derecho de reproducción se ha *transmitido* en base de un contrato que debe constar, porque así lo dice la actual legislación, en documento público. Estamos hablando, por supuesto, de obras que no están en lo que la legislación actual llama *dominio público* y que cualquiera puede publicar, pues en ese caso y en esa edición puede ponerse el *copyright* a nombre del editor o del adquirente. Es muy difícil ver una obra en condiciones legales para que pueda ser inscrita. Y es que en esto, como en toda la materia regida por la norma, aflora siempre el conflicto de intereses y el desconocimiento o ignorancia de la misma.

Debe resultar curioso para el que no domina la legislación enterarse que el hecho de estampar el símbolo © del *copyright* tiene una proyección internacional importante, pero de nada o poco sirve en el aspecto nacional si no se acude a la inscripción registral. La inscripción registral en España se estableció no con el carácter de «constitutiva», como han entendido muchos, sino como requisito para gozar de los beneficios de la Ley, es decir, de la protección. El derecho de autor nace cuando se *concibe y realiza* o se *crea o ejecuta*, sin ningún otro requisito, como dice el viejo Convenio de Berna. Pero en España la protección está mediata por la inscripción, lo mismo que en algunos otros países. De ahí que aunque la obra lleve su *copyright* no queda protegida si no se

inscribe. Ello supone un auténtico contrasentido: que lo esté en todo el mundo, menos en España.

Internacionalmente la Convención Universal de Ginebra, que citábamos en el comienzo en su artículo 3.º, establece el principio citado: toda obra que lleve el símbolo © está protegida en todos los Estados contratantes, sin necesidad de cumplir los requisitos internos del país en que se publique. Por eso decía que era importante el uso del *copyright* con visión externa, ya que es en el campo internacional donde la piratería juega su decisivo papel. A la vista de estas reflexiones que me ha sugerido la lectura de la obra anteriormente citada y la visión de la *pequeña pantalla* televisiva, resulta lógico pensar que estos y otros muchos problemas que la propiedad intelectual tiene planteados deben resolverse en la nueva Ley, para dar vida al artículo 20 de nuestra Constitución, que reconoce y protege la producción y creación literaria artística, científica o técnica. Verdad que el borrador de la nueva Ley en proyecto suprime el requisito de la inscripción, haciendo la misma voluntaria y suprimiendo el carácter penalizador de la misma que llevaba a la obra al campo del dominio público. Es decir, que en la actualidad el símbolo del *copyright* viene a representar una igualdad de trato dentro del campo internacional para todos aquellos países que no exigen el requisito de la inscripción, como forma de protección de la propiedad intelectual.

B) LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y SU SOPORTE FÍSICO

En uno de los muchos borradores que la Comisión que elabora la Ley de Propiedad Intelectual confeccionó y que puede servir de base al anteproyecto de la Ley, recuerdo que se incluía un artículo en el que la propiedad intelectual se declaraba compatible o con posibilidad de coexistencia con la propiedad y otros derechos que tengan por objeto la cosa material a la que esté incorporada la creación intelectual o que constituya su soporte físico. Es muy difícil augurar la preexistencia de esta disposición, pero cobra auténticos perfiles de necesidad ante una obra que, hace poco, se me presentó en el Registro que entonces regía y que no pasaba de ser una especie de edición facsímil, en la que figuraba el *copyright* del autor.

Decía CARNELUTTI en su *Teoría general del Derecho* que espacio, tiempo y forma son las tres dimensiones del conocimiento. Los tres aspectos bajo los cuales se manifiesta la realidad. Los tres convergen en un punto y se complementan como el ancho, el largo y el alto de un cuerpo sólido. El contenido adviene al mundo sensible por medio de la forma. Es el colorante que permite descubrir la bacteria, «el contenido desde el punto de vista de su visibilidad», según dice IHERING en su

Espíritu del Derecho Romano. Para que el hecho jurídico, remata NÚÑEZ LAGOS, despierte la eficacia dormida de la norma, es preciso que se manifieste y que se exteriorice. Pues bien, para que la creación intelectual, esto es la idea mágica creadora, se convierta en propiedad intelectual es preciso que tome cuerpo, forma, dimensión que se incorpore a algo tangible, visible, que lo haga perceptible con los sentidos. Remedando a los autores citados habría que decir que el soporte como la forma y el lenguaje, es un medio de expresión y comunicación. Lo que la forma es al hecho, la expresión tangible o el soporte es a la propiedad intelectual.

La idea sin perfil, contorno o figura, sin algo que la materialice y que la sostenga, está en el mundo de las cosas *nullius* o que no son de nadie. Las ideas sin soporte son, como diría IHERING, parecidas a la espada de Bernardo, que ni pincha no corta. Del interior, de lo que está en el mundo del espíritu, nadie puede juzgar *de internis nemo judicate*. La idea para transformarse en propiedad intelectual exige el fenómeno de traducir lo invisible en una forma plástica visible. Es el simbolismo de los pueblos primitivos en la expresión jurídica del consentimiento, que toma asiento de nuevo para exteriorizar la creación intelectual. Es materializar lo inmaterializable.

Nuestro Código Civil, tan excesivamente criticado aun por aquellos que tenían la obligación de defenderlo, tiene un artículo que aquí viene como anillo al dedo. Es el 377, párrafo 2.º, que responde a las ideas anteriormente apuntadas, pero que la doctrina margina por no estar incluido dentro del título correspondiente a las propiedades especiales. Dice así: «En la pintura, escultura, en los escritos, impresos, grabados y litografías, se considerará accesoria la tabla, el metal, la piedra, el lienzo, el papel o el pergamino». Esto es, aquí se comienza a reconocer la necesidad de un soporte, calificado de *accesorio* que no planteará conflicto, y el reconocimiento de dos propiedades: la de la propiedad intelectual, que supone creación de pintura, escultura, escritos, impresos, grabados y litografías, y la propiedad normal o corriente sobre la tabla, el metal, la piedra, el lienzo, el papel y el pergamino, calificados de accesorios y que, como soportes físicos, sirven de base a la creación.

Si esto es así, y quede bien claro que margino esos supuestos en que la tecnología ha avanzado tanto que permite hablar de «medios o soportes intangibles», es evidente que la regulación coexistente de ambas propiedades es distinta: la creación va por un lado y el objeto en que se materializa va por otro. Una, la propiedad intelectual, es limitada en el tiempo: la vida del autor y ochenta años más a favor de sus herederos y legatarios y la otra es una propiedad sin límite en el tiempo: es perpetua. Una, la primera cuando cumple los límites temporales que la Ley concede pasa a lo que la legislación llama «dominio público». La otra, la

del objeto que la materializa, no pasa a dominio público salvo expropiación, incautación, embargo por deuda tributaria, etc.

Entiendo que no sólo es problema de terminología usada por la legislación, sino de construcción dogmática de un concepto. La visionaria forma de entender el concepto de *publicación* por los autores del Reglamento que en su artículo 1.º hablan de «sistemas impresores o reproductores conocidos o que se inventen en lo sucesivo» puede autorizar al intérprete a incluir, dentro de los mismos, a la edición facsímil. No entiendo muy bien la técnica de la edición facsímil, pero debe ser algo así como una «fotocopia» dignificada. El diccionario ayuda poco: perfecta «imitación o copia» de una firma, escrito, dibujo, etc. Ni la Ley ni el Reglamento son muy precisos en su terminología, pues el principio general impone la prohibición de reproducir obras ajenas sin permiso y, sin embargo, en esa expresión es preciso comprender la de publicar (artículo 7.º de la Ley), copiar o reproducir (art. 10 de la Ley), reimprimir (artículo 11), ejecutar (art. 19 de la Ley), etc. Esto es, la idea de publicación ofrece, como dice ALVAREZ ROMERO, bastante más que dar noticia de la obra o describirla y supone extraerla de la esfera privada del autor para rendirla al público, comprendiendo la edición, la ejecución pública, la representación, lectura o conferencia, difusión mecánica, telefonía, radiotelefonía y procedimientos análogos, exposición pública, etc. No sé si el borrador del anteproyecto de Ley va o no a mejorar la situación, pero sí puede complicarla al matizar los términos de divulgación, publicación, reproducción, distribución, comunicación y transformación, quedando vinculada estrechamente por ellos.

Por supuesto que la *edición facsímil* es permisible si cuenta con la autorización del autor o de quien ostente el derecho de reproducción. Entiendo que no sería inscribible si ya estaba inscrita la edición de la que se saca el duplicado, pero lo que a mi entender no es tan viable, y por supuesto no estaría nunca sujeto a protección registral, es una edición facsímil de una obra que ha pasado a dominio público. Lo que pasa a dominio público es la propiedad intelectual y no el ejemplar o ejemplares (caso del libro) que le sirven de soporte. De ahí que el artículo 38 de la Ley hable de que caso de que la obra pase a dominio público «podrá ser publicada de nuevo reimpresa». Es decir, publicarla *imprimiéndola* de nuevo. Esta expresión de «imprimir de nuevo» (reimprimir, dice la Ley) que utiliza el citado artículo, lo repiten los 41 y 42 y creo que pueden servir para interpretar la más genérica frase de *reproducción sin alterarlas* que invoca el 40 de la misma. Pero entiendo que la argumentación más poderosa no es la gramatical de la terminología que, forzándola podría llevarnos a conclusiones contrarias, sino el que la Ley de Propiedad Intelectual regula exclusivamente lo que es la propiedad, el objeto

de la misma, sus facultades y los límites que la rodean y deja a la legislación común la normativa del soporte o la propiedad del soporte. En el borrador del anteproyecto estas cuestiones quedan marginadas.

En contra de las argumentaciones citadas, debo aportar dos ideas que pueden avalar esa contradicción:

- Habíamos dicho que el artículo 377, 2.º, del Código Civil califica de cosa «accesoria» a lo que hemos denominado soporte y no debemos olvidar que la regla general en la accesión es que lo accesorio siga a lo principal. Pero creo que el argumento puede ser fácilmente superado pensando que la regla sólo entra en juego cuando existe conflicto de intereses, cosa que aquí no sucede.
- Más peligroso es el argumento que puede extraerse del artículo 5.º, 3, de la Ley del Libro de 12 de marzo de 1975, que parece equiparar la *propiedad del volumen* (soporte) con la propiedad intelectual, pues en el inciso segundo dispone que «cuando se trate de una persona jurídica el derecho del autor sobre la obra, o, en su caso, sus volúmenes, fascículos o entregas, tendrá una duración de ochenta años, contados desde la respectiva publicación». Esta disposición, dictada sin duda con la finalidad de limitar el derecho de autor cuando éste lo ostente una persona jurídica, equipara peligrosamente la propiedad intelectual con el volumen, fascículo o entrega y, lo que es peor, hace entrar en dominio público a los ochenta años a la propiedad intelectual y a la propiedad del soporte.

Entiendo que la mente del legislador no debió ser nunca la de equiparar las dos propiedades, pues sólo un lego en Derecho podría entenderlo así, aunque la redacción lo permite. De todas formas me inclino a creer que lo que se pretendía era solucionar el tema de la duración de la propiedad intelectual cuando ésta perteneciese a una persona jurídica, caso de carácter excepcional, para evitar la duración por el término de la vida y ochenta años más. Pero ello se hubiera salvado hablando del derecho de explotación en aquellas obras de autor anónimo o de grupos de trabajo al servicio de una entidad, sociedad o corporación.

Llegados a este punto es preciso plantearse dos cuestiones cuando ya la obra está en dominio público si se puede editar en forma de facsímil y si se puede inscribir como propiedad del editor:

- El primer problema creo que debe ser resuelto favorablemente y entender que aquél que puede disponer de un ejemplar de la obra puede editarlo en forma de facsímil. No hay nada que lo prohíba

por ahora, y creo que puede resultar una forma de difundir cultura y permitir ese principio de «acceso a la misma» de que habla la Constitución Española. Sé que dentro de las facultades, poderes o derechos que encierran la propiedad común no están comprendidos el de «imitar o copiar» la cosa mueble que uno tiene, pero tampoco está prohibido. Otra cosa sería si el ejemplar que se utiliza para la edición facsímil está depositado en bibliotecas, centros públicos, etc. En este caso entiendo que habría que obtener el permiso correspondiente para ello, pues admitirlo sin más podría provocar ediciones fraudulentas a base de previas fotocopias sacadas para su comercialización, no para uso propio, lo que supondría una reprografía ilícita. En todo caso, como es lógico, se hace necesario citar el origen del ejemplar y la legitimación que se tenga para su realización. Quizá también habría que insistir en la finalidad comercial o cultural que guía a la edición facsímil.

- Desde el punto de vista de la inscripción, la cosa no ofrece duda. El Registro de la Propiedad Intelectual tiene como finalidad la publicación o publicidad de la *autoría de la obra*, de las facultades que de ella se deriven y de las transmisiones del derecho de explotación que se realicen, aparte de los gravámenes que se puedan imponer sobre dicha propiedad. Ello quiere decir que la obra realizada en facsímil, si está en dominio público, no puede ser registrada, ya que no es «objeto de inscripción», pues lo que se trata de inscribir es la «imitación o la copia» de un objeto de propiedad particular o de cosa depositada en una biblioteca o centro público. Lo que el Registro publica es la autoría de la obra, la propiedad del autor o del adquirente de la obra para explotarla y publicarla y aquí lo que hay es una copia de un libro ya editado que no genera, ni muchísimo menos, ni un derecho de autor ni un derecho de explotación exclusivo.

La consulta que ha generado las notas que anteceden era mucho más complicada, pues lo que se pretendía, al amparo de una edición facsímil, era componer un libro a base de fotocopias y retazos de diversas publicaciones en dominio público, pero de volúmenes diversos. Componer el libro y luego inscribirlo como de propiedad exclusiva, resulta un tanto insólito.

C) LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Los autores de la vigente Ley de Propiedad Intelectual, casi todos ellos músicos, novelistas, pintores y poetas, dirigidos jurídicamente por

DANVILA, estructuraron la protección de la propiedad intelectual en tres vertientes: la judicial, la gubernativa y la registral. La Constitución Española del año 1978 ha dejado reducida la protección de dicha propiedad a la judicial y la registral, ya que conforme al artículo 20 «el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información sólo puede acordarse por resolución judicial» (8).

El fundamento de la protección de la propiedad intelectual está fuera de toda posible discusión, sobre todo cuando la Constitución Española entiende que debe *ampararse* y *protegerse* esa serie de manifestaciones a las que hace referencia el artículo anteriormente citado. No obstante, es evidente que al ser protegida la propiedad en general debería estar comprendida también la propiedad *especial* que significa la intelectual. DANVILA, el autor material de la Ley de 1879, lo decía con mayor precisión y elegancia «si es cierto que el hombre no vive sólo de pan y que el cultivo de su espíritu forma la parte principal de su existencia, evidente es que la sociedad debe estimular, proteger y legalizar lo que la *Société des Gens de lettres* de Francia llamó en otro tiempo la fortuna de la idea creando una nueva clase de propietarios y reforzando la base social de la propiedad, con una nueva legión de voluntarios, que bien pueden llamarse los propietarios de la inteligencia».

La protección registral se basó en la creación de un Registro público de carácter jurídico, y no administrativo, en el que el esencial principio de publicidad producía efectos y no simplemente noticias. En él se protege la vertiente del contenido moral de la titularidad y el aspecto material que lleva consigo la propiedad. Las previas garantías que rodean a la solicitud de inscripción, el principio de calificación, la publicidad que a la titularidad de la obra se le da por medio del edicto en el *Boletín Oficial*, conceden al contenido de la inscripción una presunción de que quien inscribe la obra, aparte de ser autor, es su propietario, salvo que se justifique su transmisión. Es decir, este Registro se preocupó del problema jurídico, dejando a las entidades tuitivas la recaudación económica de los posibles beneficios. No hay que confundir nunca la *protección jurídica* con lo que podríamos llamar *protección económica*.

Lo que sucede es que a los autores de la Ley, precisamente los propios interesados, se les fue de las manos la valoración que habría de darse a la inscripción. No es cierto que ésta *crease el derecho a la propiedad intelectual*, sino lo que estableció es la penalidad de que si el derecho no se inscribía dentro de un plazo, pasaba al dominio público. Es decir,

(8) Sobre este mismo punto, y con algunas de las ideas que se apuntan, publiqué en el diario *ABC* (martes, 21 de junio de 1985) un artículo para salir al paso de ciertas manifestaciones en torno a la supresión de la institución registral que protege esta forma de propiedad.

el derecho nacía desde que el autor lo crea o ejecuta, pero si el autor no desea la protección registral, su derecho pasa al dominio de todos. Era una especie de expropiación de propiedad, quizá sin causa de utilidad pública. Lo discutible no es la inscripción, sino la justicia o la injusticia de la medida.

Así las cosas, en el mundo viene a producirse un acontecimiento importante a través del Convenio de Berna en el año 1896, que, respetando las diversas legislaciones nacionales en orden a la protección, establece como principio general que para que las obras queden protegidas «en los diversos países que no sean el de origen, no se precisa cumplir ninguna formalidad». Consecuentemente con ello, en España se dictó una resolución en el año 1896 en la que se prohibía la inscripción de *obras extranjeras*, sustituyéndose por una diligencia registral de carácter voluntario. Luego vino la Convención Universal de Ginebra de 6 de septiembre de 1952 (revisada en París el 24 de junio de 1971), que sustituyó las formalidades por otra nueva y simbólica: la consignación del *copyright* que antes hemos contemplado. Todo ello hay que entenderlo estrechamente relacionado con los Tratados y Acuerdos internacionales entre los diversos países.

Al suprimirse internacionalmente la necesidad de formalidades para el logro de la protección, se respetó, sin embargo, la existencia de Registros nacionales, separando lo que es la legislación protectora nacional de la internacional. Por eso, las principales naciones del mundo civilizado conservan, regulan, miman y agrandan los derechos del Registro de la Propiedad Intelectual. Por vía de ejemplo puedo citar los Registros existentes en Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Federal Alemana, Suiza, Italia, México, Estados Unidos, toda América del Sur, Japón, Jordania, Luxemburgo, Nueva Zelanda, Pakistán, República Árabe Unida, Tailandia, Australia, Corea, India, etc.

Hubiera podido ser tentador para el legislador futuro de la Ley de Propiedad Intelectual suprimir la institución registral, a pesar de los ejemplos mundiales de subsistencia de la misma. Pero este proceder que nos *acercaría* a Francia, no supondría más que seguir una triste historia ibérica de aceptar todo lo francés como bueno. Nuestra legislación sobre propiedad intelectual fue pionera e influyó mucho en esos mundos que la Historia nos permitió colonizar, al igual que sucedió con la legislación hipotecaria. Cambiar puede ser de sabios, pero ¿cuál es la razón por la que no aceptamos el sistema del seguro de títulos en el campo inmobiliario y entendemos que nuestro sistema es el más perfecto o de los más perfectos en el tráfico de inmuebles? Pues porque uno asegura indemnizaciones y otro ofrece garantías de titularidades. Acudir a Francia y su sistema, cuando se quedó a medio camino con el *solo consen-*

timiento para la transmisión y su Registro embrionario, sería retroceder en los logros victoriosos de nuestro sistema. Renunciar a nuestra tradicional institución registral de la propiedad intelectual sería dejar reducida la protección del autor a un solo campo: el judicial. Así parece haberlo entendido la Comisión que interviene en la redacción del borrador del anteproyecto de la Ley de Propiedad Intelectual, pues no solamente acepta el Registro, sino que estructurándolo con el carácter de inscripción voluntaria, y con los efectos jurídicos precisos para su eficacia, parte de la base de la aceptación de un *folio único* en el que se pueda reflejar el historial de cada una de las obras con las posibles transmisiones existentes, así como también con los gravámenes que se constituyan, logrando así la aplicación del principio de especialidad. Si pensamos en la dimensión que pueda adquirir la protección registral en un futuro tendríamos que hacer dos consideraciones: una la posibilidad de que al amparo de la Ley de 31 de mayo de 1966 sobre propiedad intelectual de obras cinematográficas podría lograrse una gran finalidad: tener registrada una propiedad sobre la cual puede constituirse un gravamen, prenda o hipoteca, que pueda garantizar los préstamos de una instalación de crédito oficial cinematográfica, lo cual puede ofrecer a esa industria, que tanto exige protección, una gran dimensión. No debe olvidarse que gracias a los créditos y las garantías hipotecarias se logró en el siglo XIX la rica floración de la empresa en sus múltiples aspectos.

El acervo cultural que supone el archivo de los libros y la documentación original que obra en el Registro y que permite reconstruir o aportar datos a la Historia de España, así como la eficacia de su publicidad, la preconstitución de pruebas a través de las certificaciones registrales, la creencia popular en la institución, los datos estadísticos de crecimiento, etcétera, podrían ser argumentos de indudable valor para poner en ese platillo de la balanza el interrogante sobre la subsistencia o supresión de una institución tradicional.

En el aspecto puramente judicial el proyecto de borrador del anteproyecto de la Ley de Propiedad Intelectual organiza el conjunto de la protección a través del ejercicio de un conjunto de acciones de carácter civil o penal y en el fondo no viene a definir el delito, ni tampoco la infracción, sino que por infracción entiende todo aquello que vaya en contra de lo dispuesto en la Ley o de los derechos reconocidos por ella, salvando la posible sanción penal que pueda corresponder al titular para obtener la declaración de su derecho, el cese del infractor en su actividad ilícita y la indemnización de los años materiales y morales causados. De cara, al conjunto de personas e instituciones implicadas en la propiedad intelectual, la Ley no recoge la aceptación de los conceptos de *piratería* y *reprografía ilegal*, y solamente contempla la reproducción, la

distribución o comunicación pública, o transformación de la misma, sin las correspondientes autorizaciones. De ahí que contraste un poco ese conjunto de definiciones a la que el borrador de la Ley acude para precisar conceptos sobre publicación, divulgación, etc., y, sin embargo, no matice el concepto de piratería o reprografía. Ciertamente que es difícil llegar a ella, ya que toda reprografía supone una reproducción de una obra, bien sea un libro o cualquier otra manifestación de la propiedad intelectual, que se hace pública sin el permiso correspondiente de su autor, con o sin la intención defraudadora. Entiendo que para la matización de ese delito de *piratería o reprografía ilegal*, habría que tener en cuenta el aspecto económico y la *intencionalidad*. Todo ello queda pendiente de una posible revisión en aras de una pureza, que el borrador del anteproyecto no tiene.

D) LOS PROGRAMAS DE ORDENADORES, VIDEOMÁTICA Y DERECHO

Es evidente que de «juguete casero» con efectos retroactivos (como leer un periódico atrasado) se ha convertido la videomática en punta de lanza de aplicaciones incalculables en el campo electrónico: podríamos hacer la cita del famoso título de la novela francesa *En busca del tiempo perdido*.

En el campo de la terminología comienza la discusión puesto que unos hablan de vídeo y otros de video. ¿Cómo debe decirse? Evidentemente todos aquellos que hemos estado en Montevideo decimos video, en latín «yo veo» (9).

Las diversas aplicaciones que la videomática ofrecen al Derecho resultan alucinantes, pues desde las comunicaciones, la información, la enseñanza, la medicina, los aspectos judiciales, la producción y reproducción de películas, el videolibro, la escritura, el dibujo, etc., se llega a límites insospechados. Frente a este avance de la técnica no debe olvidarse nunca la conocida frase de DELIBES en torno a ello: todo avance implica un retroceso. Es como el disparo de una escopeta que da a su vez el culatazo. Pueden ponerse algunos ejemplos, incluidas las consecuencias que en el campo del Derecho ofrece el vídeo:

(9) Planteo esta cuestión sobre la base del artículo «Evidencia, video» que «el BROCCENSE» en el diario ABC (27 de noviembre de 1982) propagó en su día. Actualmente, y según cuenta el diario Ya del 2 de julio de 1984 la Academia de la Lengua acepta la palabra «VIDEO» como esdrújula para significar «aparato que registra o reproduce imágenes y sonidos electrónicamente», pero también puede ser palabra llana o grave cuando se emplea en la composición de palabras referentes a la televisión, como «videocinta», «videofrecuencia», etc.

- *Diagnóstico de cáncer.* Al ojo clínico del médico en la actualidad se le ayuda con el análisis y con el Banco de Datos de síntomas. La escuela histórica y el método dogmático de inversión aplicaron la misma idea y lo que puede suponer una facilidad para encuadrar lo que es derecho real y lo que supone obligación, presentó serias dificultades frente a determinadas figuras como eran el *ius in re*, el *ius ad rem*, el arrendamiento y la opción, que todavía provocan la discusión de en qué campo deben incluirse. Igualmente sucede con el diagnóstico médico que al aplicar ese método dogmático de inversión, puede incurrir en ciertas inexactitudes.
- *Actividad judicial.* La prueba puede facilitarse a través del empleo de dichos medios videomáticos. Aparte del principio de la inmediatez de la prueba, debo citar el Congreso de Filadelfia de 1951 de Sociólogos donde se hizo una prueba representándose una escena que duraba dos minutos y donde aparecía un negro, un payaso y una bailarina y sólo, de los mil asistentes, ocho dijeron la verdad.
- *Decisiones políticas a través de los almacenamientos de datos.* Sería importante aceptar este medio para la dirección de una política económica, agraria, urbanística, etc., pero siempre y cuando contemos con que los datos almacenados fuesen verdaderos y no falsos.
- *Criminalidad económica.* Ya ha sido denunciada por el profesor STAMPA en *ABC* del 2 de octubre de 1983, haciendo referencia a los delitos que se cometían a través de los robos directos o indirectos de datos económicos.
- *Los ordenadores y el cónclave.* Contaba la anécdota JIMÉNEZ LOZANO en el periódico *Informaciones* hace tiempo, resultando de las investigaciones realizadas que ni un solo ordenador americano dio como ganador al actual Papa WOJTYLA.
- *Vejez prematura.* En el año 1972, cuando concurríamos al I Congreso Internacional de Derecho Registral, después de haber visto en España la Exposición del SIMO, pude demostrar a los argentinos que todo su sistema registral con apoyo electrónico estaba ya anticuado.
- *Nuestro destino.* Parece ser que es el de una futura sociedad del vídeo, una sociedad sin papel, una sociedad en la que habrá que jugar al mus o al ajedrez en solitario con un ordenador. Eso resulta altamente desmoralizador.
- *Derecho a la intimidad, a la imagen y los límites constitucionales.* En el campo del derecho de creación suponen también un auténtico límite a esas posibles manifestaciones videomáticas.

En nuestro Derecho no se puede reproducir ninguna obra de propiedad intelectual sin el permiso del autor, con la sola excepción de los artículos *insertos* en una publicación periódica, citando el origen y autor, disposición que no se extiende a los *dibujos* para los que se necesita autorización. Es un derecho exclusivo, negociable, que permite el que alguien para uso propio pueda hacerlo. Existe el *derecho de cita* y actualmente, con la Constitución en la mano, el principio de *acceso a la cultura*. El uso concedido a una persona, jurídica o natural del derecho de reproducción se convierte en abuso cuando conforme al Código Civil «sobrepase los límites normales del ejercicio», con daño para tercero y con intención.

El abuso de transforma en *fraude* cuando con los actos se persiga un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, todo ello conforme al Código Civil y a las Sentencias de 17 de mayo de 1968, 10 de mayo de 1971, 15 de junio de 1974 y 26 de marzo de 1983 (procedente de la Audiencia de Murcia).

Prácticamente nuestra Ley de Propiedad Intelectual no recoge la teoría del abuso (que logra su primer reconocimiento en el año 1943) y sí la del *acto fraudulento* en los casos que recogen los artículos 45 y siguientes de la Ley de 1879, parte de los cuales han sido incorporados al borrador del anteproyecto.

Aquella Ley no hablaba de «piratería» y eso que ya ESPRONCEDA había escrito su *Canción del Pirata*, pero el concepto puede intuirse de los artículos que habíamos citado: la reproducción de una obra ya editada sin permiso de quien ostente el derecho sobre ella, con propósito de lucro. Yo el concepto de piratería lo agrandaría para incluir también el de *plagio*, pues pirata no pasa de ser un ladrón de mar o de tierra. El vídeo, la informática, la fotocopidora, la técnica aplicada, provoca una enorme facilidad para lo que se ha llamado *reprografía ilegal*.

Resulta sumamente necesario separar lo que puede estimarse como derecho de propiedad intelectual y de propiedad industrial, ya que sus diferentes campos de actuación hay que deslindarlos. La diferencia que separa una y otra propiedad es como una suela de zapato desgastada, de la que hablaba ZUNZUNEGUI, para situar las dos habitaciones contiguas de una clínica. La videomática o vídeo relacionado íntimamente con el ordenador, provoca serios problemas en orden a la protección del programa que los da vida, así como los resultados obtenidos por los mismos.

Al filo del centenario de la Ley de Propiedad Intelectual se me formuló por HERMENEGILDO BAYLOS la pregunta de si un programa de ordenador podía ser inscrito como manifestación de propiedad intelectual. Yo lo comparé con el pentagrama musical en el cual se recogen un con-

junto de notas que forman una sinfonía o una determinada manifestación musical y admití indudablemente la inscripción. Posteriormente BAYLOS ha ido reconociendo esta idea en alguna de las conferencias pronunciadas hace relativamente poco tiempo (10).

Realmente cuatro son las formas jurídicas que puede ofrecer la protección para los programas de ordenadores y son: el contrato de tecnología con la obligación impuesta de no ceder, la teoría del enriquecimiento injusto o sin causa, ante una actuación que resulte ilícita, la protección como secreto comercial o competencia desleal y considerarlo como una patente o una propiedad intelectual. Dentro del ámbito de la industria americana se está en estos momentos arbitrando unos medios para que al intentar ser copiados o plagiados los programas de ordenadores estos mismos se autodestruyan, en virtud de ciertos dispositivos. Es protección técnica, pero no jurídica.

A los efectos de terminología y de la configuración como propiedad intelectual conviene precisar que nos estamos refiriendo al soporte lógico (*software*) que comprende estos elementos: el *algoritmo* (secuencia de operaciones de cálculo) con instrucciones (ordinograma); el *programa fuente*, en el que las instrucciones se escriben en un lenguaje de programación, y el *programa objeto*, que ayuda a convertir las instrucciones para que puedan ser interpretadas por la máquina.

Parece ser que lo que supone creación del ingenio es la *filosofía del programa* u *ordinograma*, junto con el *programa fuente*, dudándose mucho de que el *programa objeto* lo sea (pues no es viable que los sentidos lo interpreten ni que pueda ser leído directamente). A todo ese conjunto se le acompaña la documentación o el soporte lógico del mismo. Distinto de todo ello es el programa que, unido a un ordenador, constituye un instrumento o herramienta de ejecución material de una idea

(10) He tomado notas de la intervención de HERMENEGILDO BAYLOS CORROZA («La protección de los programas de ordenadores en la actual legislación») en la Jornada sobre nuevos procedimientos informáticos para propiedad industrial celebrada en Madrid el día 29 de junio de 1983. Igualmente me he servido del trabajo de JOSÉ ANTONIO GÓMEZ SEGADE: «La protección de los programas de los ordenadores electrónicos» (*Revista de Derecho Mercantil*, núm. 111, enero-marzo 1969); de las conferencias dadas en el I Simposium sobre técnicas visuales y derecho de autor los días 13, 14 y 15 de octubre de 1982 en el Instituto del Libro Español; del Documento relativo al Derecho de la Informática sobre «protección jurídica de los programas del ordenador» procedente de la Oficina Intergubernamental para la Informática, 1983, y del trabajo de EUGEN ULMER y GERT KOLE («La protección de la propiedad intelectual referida a programas de computadoras»).

La gran parte de los problemas apuntados estaban sintéticamente expuestos en la conferencia que pronuncié sobre «Presente y futuro de la Propiedad Intelectual» con motivo del Centenario de la Ley de 1879 y publicada en el Boletín de la ANABAD, año XXIX, núm. 1, pág. 9, a donde me remito para la bibliografía utilizada.

inventiva, que es el proceso industrial o método de fabricación. De todo ello se deduce que se rechaza el programa como *patentable* por no ser encuadrable en los tipos de invenciones y no ser considerado como un producto, así como no ser posible determinar su novedad, ni su altura inventiva y carecer de carácter industrial, ya que supone un sistema abstracto.

Otro de los problemas que suscita el ordenador es la obra realizada por el mismo. Nunca la máquina puede considerarse como autor del resultado. El hombre que dirige y hace funcionar a la máquina es el autor, bien por otorgar márgenes de actuación a la misma, bien por sujetarla a unas normas fijas. La máquina es el instrumento, nunca titular. En el vídeo el problema se complica, ya que al asimilarse al cine surge la figura del productor y del explotador. El vídeo es resultado, como el libro, la pintura, la escultura. El Código Civil dice que en la escritura, la pintura y la escultura, el papel, el lienzo, la piedra y el pergamino son accesorios. ¿También lo es el programa?

Dentro de la legislación mundial hemos de señalar el Convenio de Munich de 1973, que firman el Reino Unido, Alemania Federal y Francia, que rechazan como *patentes* a los programas de ordenadores. Lo mismo puede decirse del modelo de utilidad. Recogen la configuración como propiedad intelectual los Estados Unidos en su Ley de 12 de diciembre de 1980 y Filipinas a través del Decreto de 14 de noviembre de 1972. Canadá y Australia se oponen a la misma.

Posturas intermedias han propuesto la posibilidad de una coexistencia, distinguiéndose los algoritmos y los programas de explotación legibles, aplicando a unos la propiedad intelectual y a otros la industrial. En el borrador de anteproyecto se sienta como principio la posibilidad de coexistencia de una y otra propiedad, aunque los supuestos en que se ha pensado son los clásicos: el diseño, el papel pintado, etc. Dentro del borrador de la Ley de Propiedad Intelectual los programas de ordenadores son considerados como manifestación de la propiedad intelectual y especialmente se regula la materia del vídeo, a la cual se incorpora el Real Decreto de 1 de septiembre de 1983 sobre la venta, distribución y exhibición del material videográfico, que tenía ciertas conexiones en el Decreto de 21 de enero de 1951, 11 de noviembre de 1977 y la Orden de 7 de abril de 1978, así como el control de taquilla del Real Decreto de 26 de junio del año 1978. A ello es preciso añadir el nombramiento Juez especial con competencia en todo el territorio nacional para perseguir la piratería del vídeo, el anuncio de remisión al Congreso de una Ley contra abusos en la utilización de la informática, el arancel que pretende gravar con un 24 por 100 los aparatos importados, y el Decreto

de medidas protectoras al cine español con los avales para al obtención del crédito, las licencias de doblaje, etc.

Con esta exposición de ciertos problemas que la Ley plantea no quedan agotados todos los que podrían ofrecerse y así, por vía de ejemplo, quedan marginados, aunque a ellos aluda el borrador del anteproyecto los supuestos de condición de autor cuando sean varios, las obras de arquitectura, las fotográficas, la fotografía noticia, la obra cinematográfica, las obras inéditas, etc.

En una de las discusiones —y esto lo cuento como ejemplo de actitudes críticas conceptuales— defendí que debería eliminarse la palabra «póstumo» aplicada al concepto de obra, ya que si se partía del principio de que la obra surge por la creación (sin ningún otro requisito) no podía hablarse de obra póstuma (que nace después de muerto el autor) y sí de inédita. Admitir la obra póstuma era reconocer la solución favorable del recurso de anticonstitucionalidad contra la Ley del aborto.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ
Registrador de la Propiedad
Vocal Permanente de la Comisión
General de Codificación

Consideraciones sobre el pago traditivo

A fin de acotar la temática de este trabajo, voy a indicar algunas cuestiones que, relacionadas en mayor o menor medida con el pago o la tradición, van a quedar marginadas del mismo.

En primer lugar, no voy a considerar los pagos que tienen como finalidad liquidar, bien por vía normal de cumplimiento, o bien por el ejercicio de las pertinentes acciones de invalidez, relaciones jurídicas preexistentes. Tales pagos, devolutivos no traditivos, pueden derivar de obligaciones legales unilaterales; caso del artículo 522 del Código Civil o bilaterales del mismo origen. Artículos 1.295, 1.298, 1.303, 1.304, 1.307, 1.308, 1.561 del Código Civil. Como dije antes, son siempre resultado de un previo proceso de liquidación de situaciones posesorias que han mediado, por diversas causas, entre el deudor y acreedor de tales obligaciones devolutivas, liquidación que, en defecto de normas específicas propias, correrá por los cauces de los artículos 451 y siguientes del Código Civil, en materia de mejoras, abono de gastos, atribución de frutos, nacimiento de créditos, privilegiados o no, derivados de tales situaciones, garantía de los mismos, así como aquellos derechos específicamente originarios de tales procesos liquidatorios, como son el *ius retentionis*, *ius tollendi* y el derecho de compensación de mejoras por menoscabos. Tampoco va a ser objeto de mi consideración la problemática de los pagos no traditivos, nacidos de obligaciones contractuales, como, por ejemplo, la entrega de la cosa que está obligado a efectuar el arrendador a tenor de lo previsto en el artículo 1.554, apartado 1.º, del Código Civil. Voy a obviar también todo lo referente a la función de la entrega en la categoría de los contratos reales (depósito, mutuo, comodato, renta vitalicia y prenda) en los que la misma opera, según la doctrina mayoritaria, como un presupuesto existencial de los mismos. Van a quedar igualmente al margen las entregas en materia de donaciones,

figura jurídica cuya naturaleza no está, ni mucho menos, definitivamente perfilada. Sin perjuicio de reconocer el interés que tendría efectuar un estudio comparativo entre las normas reguladoras del pago en general y de aquellas que disciplinan el mismo en materia de legados, en función de los artículos 881 y siguientes del Código Civil, también esta problemática va a ser ajena a mi exposición. Por último, tampoco voy a tratar el tema de las *traditios* judiciales en materia de ejecuciones forzosas, pantanoso tema que exigiría un singularizado estudio. Intimamente relacionado con el mismo está la cuestión del pago por consignación judicial, previsto en los artículos 1.176 y siguientes del Código Civil, y respecto del cual se plantea el problema de si el mismo puede valer como *traditio* o no, y en caso afirmativo, cuál es el momento de la misma.

Voy a exponer simplemente algunas consideraciones referidas al pago traditivo, es decir, aquel que extingue obligaciones de dar nacidas de ciertos contratos, los llamados traslativos de dominio o generadores de derechos reales con contacto posesorio, y que a su vez consuman, completan el ciclo transmisivo-adquisitivo en el ámbito de las mutaciones jurídico-reales. Esta doble virtualidad, extintiva y creadora de la *traditio*, es la lógica consecuencia de la teoría del título y el modo vigente en nuestro sistema jurídico en virtud de los artículos 609 y 1.095 del Código Civil. Conexos con los mismos aparecen en nuestro Código Civil otros, reguladores de aspectos concretos de dicha teoría, tales como los artículos 1.462 y siguientes, que especifican las formas o modos de efectuarse la *traditio*; en los artículos 1.157 y siguientes se regulan los presupuestos del pago, y a partir del 430 se contiene todo el conglomerado de normas posesorias a las que tendremos forzosamente que referirnos, toda vez que el pago genera en el que cobra una posesión, como veremos a continuación.

Acotada, negativa y positivamente, la temática de este estudio, y, dado el concepto de pago traditivo, paso a exponer el problema de su naturaleza jurídica, problema que ha ocupado la atención de una gran parte de la doctrina científica, la cual se ha dividido, al tratar de precisar la misma, entre aquellos que le han dado carácter negocial y los que no. Doy por sabidas las distintas posturas doctrinales y paso a exponer algunas consideraciones personales sobre este tema.

Es evidente que el pago traditivo es un acto debido; yo diría que es el acto debido por antonomasia, jurídicamente hablando. El deudor, el tradente, no paga porque quiera, sino porque está obligado a ello, en virtud de una constricción, vínculo o ligamen derivado de la obligación contractual de la cual no es sino su lógica consecuencia. Quede ello claro. El deudor está Obligado, con mayúsculas, a pagar, y esto es una

premisa indiscutible. Ahora bien: ¿y si el deudor no paga? Superados los tiempos en que era factible la coerción física extrema, según la cual si el deudor no pagaba voluntariamente se le podía forzar a ello *manu militari*, utilizando para ello todas las medidas violentas necesarias, en la actualidad la reacción del ordenamiento jurídico ante el incumplimiento por parte del deudor de su deber jurídico no puede consistir en un pago impuesto, forzoso, coactivo o violento. Y así, el pago, a pesar de ser debido, es un acto voluntario y no forzoso. Cuando el deudor paga ejercita su libre albedrío, y cuando no paga, también. No quiero decir con ello que el deudor sea libre o no de pagar; pero a efectos prácticos, así es.

Salvando las diferencias, esta cuestión se asemeja un poco al punto básico de la teleología existencial: estamos en el mundo para ser buenos, por obligación impuesta por el Creador, pero podemos ser malos. No tenemos derecho a tal comportamiento de maldad, pero no cabe ninguna duda que éste es factible. El deudor, en suma, no goza del derecho de no pagar, pero puede hacerlo, y si lo hace se ha producido un acto ilícito, con todas sus consecuencias, y entre ellas, la reacción del ordenamiento jurídico, y básicamente la intervención sancionadora de los organismos judiciales y administrativos: ejecuciones forzosas, satisfacción del *id quod interest*; exigencia de cláusulas penales, pérdida de arras, abono de daños y perjuicios, etc. Ahora bien: todo este elenco de posibilidades sancionadoras del ordenamiento jurídico no empece en absoluto a que el pago, a mi juicio, sea un acto libre. Dado este carácter del pago, como acto libre del deudor, como libres son todos los actos humanos, no puede ser sino un negocio jurídico bilateral dispositivo, cuya función es, como ya dijimos, cerrar el círculo transmisivo, que se inicia en nuestro Derecho con el negocio jurídico obligacional, que es el contrato, del cual deriva la obligación de pagar.

Esta consideración del pago como acto libre, se manifiesta meridianamente cuando el pago se efectúa por un tercero, posibilidad admitida taxativamente en el artículo 1.158 del Código Civil, y que es uno más de los de dicho cuerpo legal que permite la intromisión de terceros en la esfera jurídica ajena, intromisión que puede ser lícita, e incluso ilícita. Dentro del primer grupo, vemos cómo el Código Civil, a través de la *gestio*, permite la actuación por cuenta de otro de una forma muy amplia, vinculando al *dominus negoti* siempre que exista un *utiliter* para él; artículo 1983; el artículo 1.259 también permite al tercero contratar a nombre de otro; a su vez el artículo 439 permite al tercero adquirir la posesión por cuenta ajena. Aspectos concretos de la intervención lícita de terceros en materia de contrata-

ción los tenemos en los artículos 1.447, 1.690 y 1.591, e igualmente en materia de pagos, no sólo es lícita la intervención del tercero pagando, a tenor del artículo 1.158, sino que cobrando, también es válida la intervención del mismo según el párrafo 2.º del artículo 1.163.

Pues bien, en los pagos efectuados por terceros, no existe ejecución de ningún acto debido, por ser dicho tercero ajeno a la relación jurídica obligatoria que con su pago se extingue. Conviene, no obstante, puntualizar que el pago realizado por tercero, debe realizarse en nombre propio, pero por cuenta del deudor, quedando fuera de tal posibilidad los supuestos en que el tercero actúa en virtud de autorización voluntaria o legal del mismo, y también en aquellas hipótesis en que el tercero paga con cosa propia del deudor, o bien por error, en cuyo supuesto se aplicaría la normativa del pago indebido de los artículos 1.895 y siguientes del Código Civil.

Queda, pues, claro el carácter de negocio jurídico dispositivo y bilateral del pago traditivo. Otra cuestión relacionada con el tema de la naturaleza jurídica del pago traditivo es la referente a su carácter causal o abstracto. Realmente existen tres clases de abstracciones: Absoluta, relativa y probatoria. Negocios jurídicos traditivos absolutamente abstractos no existen en el Derecho moderno, si bien tenía tal carácter la *mantipatio* romana, figura jurídica absolutamente formal y en la que el adquirente devenía propietario a impulsos de tal formalismo. Negocios traditivos relativamente abstractos, los del Derecho germánico. Y digo relativamente abstractos porque en el supuesto de que se demuestre la inexistencia del título, el negocio jurídico en cuestión vendría ineficaz, pero tal ineficacia no perjudicaría en ningún caso a los terceros de buena fe. Negocios jurídico-traditivos probatoriamente abstractos, el pago del sistema del título y el modo. En este caso es de aplicación la presunción de existencia de la causa del artículo 1.277 del Código Civil. Demostrada la inexistencia de la misma el pago deviene inválido con efectos reales, afectando también a los subadquirentes, excepto los del artículo 34 de la Ley Hipotecaria y 464 del Código Civil. Cuando se pagó cosa que nunca se debió o que ya estaba pagada, el que recibe el pago está obligado a su restitución, siendo de aplicación los artículos 1.895 y siguientes del Código Civil. Volveremos sobre esta cuestión más tarde. Resumiendo, el pago traditivo es un negocio jurídico bilateral y causal.

Ya hemos dicho que en nuestro Derecho se halla vigente la teoría del título y el modo y que, por lo tanto, el negocio jurídico transmisivo del dominio y de los derechos reales con contacto posesorio, exige dos ingredientes: el título, o sea, aquellos contratos traslativos a que se refiere el artículo 609 del Código Civil y el modo, pagó, *traditio*, o

puesta en posesión del adquirente. Pero, veamos. Antes del pago, no existe más que el título, o sea, el contrato generador de la obligación de dar correspondiente, y en el *iter* transmisor, la desconexión entre el título y el modo es forzosa cuando la entrega quedará aplazada, o sea, cuando del título nace una obligación de dar sujeta a plazo suspensivo, o la misma queda afectada por una condición de tal carácter. La distinción, por tanto, entre obligaciones puras, suspensivas y a plazo es básica en esta materia; pero incluso en los contratos generadores de obligaciones de dar traditivas puras y simples, la frase: «Será exigible, desde luego...», que utiliza el artículo 1.113 del Código Civil, no es, a pesar de su rotundidad impresionante, tan absoluta como parece. En primer lugar, porque se aplica primordialmente a las obligaciones unilaterales, y respecto de las mismas, y por analogía, sería de aplicación el plazo suspensivo consistente en el término de gracia o cortesía que para las bilaterales permite el artículo 1.124 del Código Civil. Respecto de estas últimas, no sólo será de aplicación dicho plazo suspensivo judicial, sino que para el supuesto prototípico de la compra-venta, la reciprocidad en el cumplimiento de las obligaciones básicas —entrega de la cosa— pago del precio, es legal, y así resulta del artículo 1.466 del Código Civil. Así pues, incluso en las compraventas puras y simples, se puede producir tal desconexión, puesto que el vendedor, deudor o tradente puede suspender el pago de la cosa vendida, o sea, el negocio jurídico dispositivo, mientras el comprador no le pague el precio, salvo en los casos exceptuados de tal reciprocidad, en virtud del mismo artículo citado, y del siguiente. Vemos, pues, que la desconexión entre el título o negocio jurídico obligacional y el modo o negocio jurídico dispositivo es, en unos casos forzosa y en otros posible y en tales supuestos surge un *ius ad rem* a favor del acreedor, cuyo contenido se traduce en el derecho a la percepción de los frutos desde que nace la obligación de entregar la cosa hasta que ésta se produzca, a tenor de lo previsto en los artículos 1.095 y 1.468 del Código Civil y en un derecho a exigir la conservación de la cosa vendida por parte del deudor de la misma, a tenor de lo prevenido en los artículos 1.094 y 1.468 de dicho cuerpo legal. Respecto a las obligaciones sujetas a condición suspensiva, el *ius ad rem* antes indicado no presenta contenido fructuario por aplicación del artículo 1.120 del Código Civil, pero sí, en cambio, el acreedor tiene derecho a exigir la conservación de la cosa vendida, a tenor de lo indicado en el artículo 1.121 del Código Civil. Es evidente que en el tiempo que media entre la perfección del contrato de compraventa hasta la entrega de la cosa al comprador, el contratante deudor de la entrega o vendedor, al no haber

efectuado el pago o *traditio*, es todavía titular dominical de la cosa vendida, gozando de su disponibilidad material y jurídica y asumiendo los pertinentes riesgos: artículos 1.105-1.182-1.452 del Código Civil.

Tal disponibilidad puede efectivizarse, generando problemas de liquidación de situaciones posesorias cuando tenga lugar el pago, y en defecto de normas específicas propias serán de aplicación, como ya dijimos antes, las de los 451 y siguientes de dicho cuerpo legal con las necesarias adaptaciones.

Veamos ahora los presupuestos subjetivos y funcionales del modo como pago *traditivo*.

Desde el punto de vista del tradente, deudor o no, es de aplicación el fundamental artículo 1.160 del Código Civil que le exige un triple requisito: previa titularidad, capacidad dispositiva plena y legitimación para pagar. Veámoslo.

A) TITULARIDAD

A pesar de lo que luego diremos, conserva vigencia el aforismo clásico del Derecho romano *nemo dat quod non habet*. Se requiere la previa titularidad en el tradente, o sea, se precisa para el supuesto del pago derivado de la compraventa, que el que pague, dejando aparte los supuestos representacionales, sea dueño de la cosa con la que paga. Por lo tanto, el pago será inválido, si el tradente paga con cosa ajena, y, por supuesto, si el cobrador, en este caso, el comprador, sabe o es consciente de la falta de titularidad por parte del tradente, debe rechazar la prestación ofrecida. Si no lo hace, deviene automáticamente poseedor de mala fe.

B) CAPACIDAD

Para celebrar válidamente el pago, el tradente debe tener plena capacidad dispositiva; capacidad más rigurosa que la contractual, y tal capacidad debe ser actual, o sea, debe existir en el mismo momento del pago.

Teniendo en cuenta la desconexión antes apuntada entre el negocio jurídico obligacional o título y el negocio jurídico dispositivo o modo antes dicha, es evidente que pueden producirse desarmonías en este tema de la capacidad respecto a ambos negocios. Así, por ejemplo, contratantes plenamente capaces en el momento de perfeccionar el contrato de compraventa, pueden devenir incapaces, a efectos dispositivos, con posterioridad al negocio jurídico obligacional, en cuyo caso su situa-

ción de pródigo, o, incapacitado, quebrado o concursado, etc., les impedirá efectuar la entrega derivada del contrato que celebraron cuando eran capaces. En tal caso, sus representantes legales, contando con las oportunas licencias y asistencias, deberán pagar por ellos. También puede suceder que acontezca el fallecimiento de alguno de los contratantes, en cuyo caso, sus herederos le sustituirán en el pago. Delicados problemas se plantean en materia de disolución de personas jurídicas, colectivas, morales, abstractas, sociales o mixtas, cuestión que veremos, brevemente, más tarde.

C) LEGITIMACIÓN

Es necesario que el tradente no esté afectado por concretas prohibiciones para pagar. El Código Civil se refiere a una de ellas, la del artículo 1.165. Ahora bien, se plantea el problema de si las prohibiciones para contratar del artículo 1.459 son aplicables al negocio jurídico dispositivo. O sea, si en el momento de celebrar el contrato de compraventa vendedor y comprador no incidían en ninguna de las hipótesis previstas por dicho artículo y si quedaban afectados por tales supuestos con anterioridad a la entrega, ¿es ésta válida?

Respecto al cobrador, los requisitos subjetivos son, en definitiva, los mismos:

A) TITULARIDAD

Aparte los supuestos representacionales, el pago no será válido si el tradente no paga al acreedor (art. 1.162). Ahora bien, siguiendo con el proceso de despersonalización de la relación jurídica obligatoria, el Código Civil permite el pago hecho a un tercero, o sea, a un no acreedor, en la hipótesis del párrafo 2.º del artículo 1.163 del Código Civil, y en general declara válido el pago, por exigencias de la buena fe, en el caso del artículo 1.164 de dicho cuerpo legal.

B) CAPACIDAD

Para cobrar, y a tenor de lo prevenido en el artículo 1.163 del Código Civil, únicamente se requiere la capacidad para administrar. Ahora bien, quiero poner de relieve la contradicción entre este artículo y el 443 del mismo cuerpo legal. La mención de menores e incapacitados es excesivamente ambigua, ya que algunos de ellos carecen de la necesaria capacidad mínima para administrar. El pago, a pesar de no estar mencio-

nado de una forma concreta en el artículo 438 del Código Civil, es uno de los modos de adquirir la posesión, como veremos a continuación. Por lo tanto, y en tal caso, la norma del artículo 1.163 antes citado debe prevalecer sobre la contenida en el 433 también dicho por su carácter especial.

C) LEGITIMACIÓN

Toda la problemática expuesta sobre el artículo 1.459 del Código Civil al hablar del tradente, es perfectamente aplicable a este supuesto.

Voy a prescindir de los requisitos objetivos del pago de identidad, integridad e indivisibilidad, por sabidos. Y paso a los elementos funcionales, o formas de efectivizarse la *traditio*. Este tema se encuentra regulado, como apunté al principio, en los artículos 1.462 y siguientes del Código Civil, y en tales artículos nos encontramos, aparte supuestos de tradición simbólica, *longa manu*, *brevi manu* y *constituto posesorio*, con la tradición instrumental. Tal tradición, de la cual son Sumos Sacerdotes, nuestros compañeros, los Notarios, tiene una importancia decisiva en la actualidad. Realmente, y en función de la misma, las diferencias que existen entre el sistema del título y el modo, propio del Derecho español y el sistema francés, eliminador del modo y concentrador de toda la energía transmisiva en el título, quedan más que matizadas, desapareciendo, desde luego, esa desconexión de la que hablamos anteriormente entre el negocio jurídico obligacional y el dispositivo, por cuanto que ambos aparecen confundidos por medio del título formo-documental. Ahora bien, la realidad es la realidad y por ello, si el tradente, a través de la tradición instrumental, no era poseedor efectivo, ésta, sin perjuicio de los derechos de terceros protegidos por la fe pública registral, forzosamente tendría que decaer. Me interesa destacar que en la hipótesis excepcional de que de la misma escritura se dedujere o resultare claramente lo contrario, el Registrador deberá denegar la inscripción por no haberse completado el pertinente *iter* transmissivo del título y el modo. Esta cuestión se haya íntimamente conectada con aquella relativa a la de si la inscripción suple a la tradición en todo, en algún o en ningún caso. Tema del que no me voy a ocupar y del cual supongo tenéis ideas definidas.

EFFECTOS

A) Pago válido: La puesta en posesión derivada del modo genera en el adquirente la titularidad real pretendida, completando el proceso transmissivo que se inició con el título, con lo cual el adquirente queda

investido de tal titularidad. Al propio tiempo, el pago, como cumplimiento de la obligación, provoca la extinción de ésta (art. 1.156 del Código Civil). El Estatuto organizativo de la situación jurídica establecida será el que las partes intervinientes en el título hayan determinado: artículos 392, 2.º, 470, 598 y 1.255 del Código Civil. Tal posibilidad viene limitada por las barreras que a la autonomía de la voluntad se establecen en el artículo últimamente citado, del que no me voy a ocupar. Unicamente quiero resaltar que a través del modo, tal Estatuto puede ser establecido o modificado.

B) Pago inválido: El proceso transmisivo puede ser patológico, en virtud de los vicios afectantes a sus dos componentes, o sea, al título y al modo. No es materia de este trabajo entrar en la problemática de las causas de ineficacia de los negocios jurídicos, sino en lo estrictamente necesario a fin de obtener una visión sistemática de esta cuestión.

Según sea la causa de invalidez, las consecuencias serán distintas, y, a los efectos que me interesan, podemos sistematizarlas en tres grandes grupos:

- 1.º Invalidez derivada de cualquier vicio del título y del modo.
- 2.º Invalidez producida por la falta de titularidad de lo pagado en el tradente.
- 3.º Invalidez derivada de la inexistencia del título.

En el primer supuesto, el ciclo transmisivo es ineficaz y, aparte otras consecuencias, el adquirente frustrado deviene poseedor de buena o de mala fe, según que conozca o desconozca los vicios de tal proceso adquisitivo. La normativa sobre la posesión, conglomerado de reglas de distinto origen, es en el Código Civil bastante confusa; de todas maneras, y a mi juicio, no puede perderse de vista que todo el fenómeno posesorio contenido en los artículos 430 y siguientes del Código Civil se coloca bajo los parámetros de la buena o de la mala fe, que afecta a toda clase de posesiones contenidas en dichos artículos y que la sitúan, en todo caso, bajo el signo del FRACASO ADQUISITIVO. Se tiene la posesión, porque el fenómeno constitutivo de una situación jurídica básica, real u obligacional, del cual derivaría, como lógica consecuencia, un *ius possidentii*, es incorrecto, imperfecto y patológico. En tal hipótesis, el presunto adquirente es sólo tal y entonces, lo único importante, a los efectos de fijar el régimen de la situación posesoria, o *ius posesionis*, es determinar si conocía o no el vicio de tal proceso frustrado. Este es el significado del artículo 433 del Código Civil. La distinción entre poseedor de buena o mala fe tiene enorme transcendencia en el ámbito del Derecho, e incluso podría decirse que una y

otra situación tienen poco en común. Pues bien, en el supuesto de adquisición de tal posesión por pago, existiendo vicios en general del título o del modo en el proceso transmisivo en cuestión, el cobrador o es un poseedor de buena fe o lo es de mala fe con todas sus consecuencias, pero en todo caso la adquisición de la titularidad real queda frustrada.

En la tercera hipótesis antes aludida, o sea, en el supuesto de que el título sea inexistente, y dado el carácter causal del modo en nuestro ordenamiento jurídico, es evidente que el pago, en este caso, tampoco será válido, y que, igualmente, el adquirente frustrado devendrá poseedor de buena o de mala fe, como en el supuesto anteriormente citado, y aquí, la buena o mala fe consiste en el conocimiento o desconocimiento por parte del que cobra de la inexistencia del título fundamentador de dicho pago. Me interesa destacar que la situación posesoria que se genera para este cobrador se regirá, primordialmente por el artículo 1.895 del Código Civil y, subsidiariamente, por las contenidas en los artículos 430 y siguientes del mismo cuerpo legal.

Nos queda fijar los efectos de la patología del proceso adquisitivo en la segunda de las hipótesis anteriormente mencionadas, o sea, cuando el vicio afecta exclusivamente al modo, y consiste en el pago con cosa de otro, o sea, que el tradente carece de titularidad sobre la cosa con la que paga. En tal caso y, de nuevo, el que cobra deviene titular de un *ius posesionis* y según que conozca o no el vicio en cuestión, de buena o de mala fe.

Ahora bien, la situación posesoria genera una apariencia de titularidad y si esta apariencia es importante y provoca la creencia fundada en los terceros de que no es tal, sino realidad, el principio de invalidez, respecto a esta situación antes aludido, quiebra en favor del cobrador de buena fe. Nos encontramos en la situación del artículo 464 del Código Civil, correlativo al artículo 34 de la Ley Hipotecaria en materia de inmuebles inscritos. De ambos preceptos se han ocupado con profusión los autores. Me voy a limitar a puntualizar algunos extremos que, a mi juicio, y a pesar de la inflación interpretativa que ha sufrido el artículo 464, no han sido suficientemente aclarados. Sea cual fuere la interpretación amplia o estricta de la expresión «privación ilegal», lo que no se puede es condenar a la inanidad al artículo en cuestión y por ello tal exégesis no puede llevarse a los límites extremos de comprender cualquier caso de pago con cosa ajena en que hubiere mediado abuso de confianza. La buena fe que menciona este artículo no es la del artículo 433, sino la del 1.950, mucho más restringida, ya que en la hipótesis del artículo 464 el título tiene que ser perfecto, y el modo también. Y tal artículo únicamente subsana deficiencias de

titularidad en el tradente, que no es poco, pero nada más. La palabra equivalencia, «equivale al título» que tanta polémica ha levantado no quiere decir sino lo que quiere decir, que vale tanto como el título. Tal equivalencia se utiliza en otros artículos; por ejemplo, en el 1.462, y su interpretación es absolutamente pacífica en el sentido antes aludido. En lo que el artículo 464 yerra crasamente, es al establecer el resultado de la referida equivalencia, salvo que la palabra título utilizada se conciba en un sentido muy amplio, abarcando título y modo, puesto que a lo que equivale en realidad es a este último, o sea, a un modo perfecto. No estoy de acuerdo con la interpretación mayoritaria doctrinal de que la posesión del adquirente ha de ser en concepto de dueño. En el supuesto de que tal adquirente devenga propietario o titular del derecho real de que se trate, tal adquisición se produce *ipso iure*, y desde el mismo momento de tal adquisición, luego ésta tiene lugar no en concepto de dueño, sino como dueño. Me interesa puntualizar, además, que la posesión en concepto de dueño, y en eso radica la «creencia» de que habla el artículo 1.950 del Código Civil, debe figurar en el tradente.

Este artículo en cuestión, y en virtud de la legitimación excepcional provocada por la apariencia jurídica de que está investido dicho tradente, y por exigencias de la seguridad dinámica en el tráfico jurídico, sanciona la posibilidad de que alguien pague con la cosa de otro, que tal pago sea válido, que el que cobre devenga titular de la cosa tradida, y que el *verus dominus* pierda definitiva e irrevocablemente la cosa. Naturalmente, este último, ilegítimamente desposeído, podrá ejercitar contra el tradente de la que fue su cosa las pertinentes acciones civiles y penales que procedan, pero la pérdida para él se habrá consumado.

Para aquella hipótesis de procesos viciados por falta de titularidad del que paga, y en los que no sea de aplicación los artículos 464 del Código Civil y 34 de la Ley Hipotecaria, antes mencionados, el instituto de la usucapción ordinaria de los artículos 1.930 y siguientes del Código Civil entrará en juego con todas sus posibilidades subsanatorias de los defectos de titularidad que concurren en el que, indebidamente, pagó.

Entre la adquisición a *non domino*, factible según los artículos anteriormente citados, y la adquisición que resulte de la aplicación de la usucapción ordinaria, en definitiva adquisición a *non domino* aplazada, existe una semejanza funcional, ya que la buena fe exigida para ambas hipótesis es la misma, la del artículo 1.950 del Código Civil; el título, en ambos casos, debe existir y ser perfecto en virtud de los artículos 1.952 y siguientes del Código Civil. Sin embargo, difieren sustancialmente, en cuanto que la adquisición, en el supuesto del artículo 464, es automática, y diferida, en el caso de la usucapción ordinaria, y también en que

la posesión en concepto de dueño, en la hipótesis de la usucapión, debe recaer no sólo en el tradente o pagador, sino también en el usucapiente, durante todo el plazo prescrito en el Código Civil. Ahora bien, por parte del mismo, y en esto radica su buena fe, el usucapiente ordinario debe desconocer su condición, por lo tanto, debe ignorar su carácter de poseedor en concepto de dueño, puesto que ha de tener la convicción plena, no de ser poseedor en concepto de dueño, sino de ser dueño de la cosa que con su ignorancia usucape. Tan pronto como sepa que no es dueño, sino poseedor en concepto de dueño, la usucapión ordinaria dejará automáticamente de producir sus efectos respecto del mismo.

Vistos estos artículos, se me ocurre que es injusta la apreciación, por cierto muy generalizada, de que la propiedad del Código Civil es absoluta y carece de límites. Veremos con más detenimiento esta cuestión más tarde.

Siguiendo con mi exposición, voy a tratar de un tema que se impone como lógica consecuencia de lo que llevamos expuesto: La necesidad de admitir de forma incondicionada la validez de la venta de cosa ajena. Abonan en favor de tal validez diversas razones: El contrato, en nuestro ordenamiento jurídico, es simplemente generador de obligaciones y no traslativo del dominio por sí mismo; la titularidad de la cosa con que se paga deberá tenerla el deudor o tercero que pague por él, en el momento del pago, no siendo preciso que la ostente antes; los artículos 1.271 y siguientes del Código Civil determinan las condiciones que deben reunir las cosas objeto de las obligaciones que nazcan de los contratos y en ningún caso exigen la titularidad actual de las mismas en el contratante; por el contrario, el artículo 1.271 admite la posibilidad de contratar sobre cosa futura, y respecto de tal cosa, ni se tiene la titularidad ni la disponibilidad actual, al igual que en la ajena. Téngase en cuenta la definición que de cosa futura afectúa el artículo 635 del Código Civil, perfectamente aplicable a la cosa ajena.

Llegado el momento de la exigencia de la prestación contractual, si el vendedor de cosa ajena no cumple, o no cumplen por él, el comprador defraudado podrá ejercitar las correspondientes acciones por incumplimiento que procedan, pero una cosa es la validez inicial y otra muy distinta las consecuencias derivadas del incumplimiento, doloso o culposo, del deudor.

Veamos otro supuesto de desconexión entre el negocio jurídico obligacional o contrato traslativo y el dispositivo o modo, pago, *traditio* o puesta en posesión del acreedor: La venta de pisos futuros. A fin, sobre todo, de recabar disponibilidades financieras, las empresas constructoras venden los pisos por construir, prototípico caso de venta de cosa futura, generalmente incorporado tal negocio jurídico obligacional a un docu-

mento privado. Terminada la fase constructiva, suelen otorgar con el comprador la correspondiente escritura pública del piso en cuestión, pero no de entrega o pago, como ejecución de aquel negocio jurídico obligacional, que en su día celebraron sobre el piso a construir, sino desvinculándola totalmente de aquel documento privado, o sea, celebran un nuevo contrato de venta, que consuman con tal tradición instrumental. A veces, en el proceso mencionado, surgen problemas: Suspensiones de pagos, concursos de acreedores, quiebras, incapacitaciones judiciales, etc., de vendedores o compradores, siendo las normas reguladoras de tales procedimientos las que ayuden a resolver las cuestiones que se susciten. También puede ocurrir que, una vez otorgado el correspondiente negocio jurídico obligacional de venta, formalizado en documento privado, la Sociedad constructora, antes de la ejecución del mismo, cosa factible, pero no frecuente, o del otorgamiento de uno nuevo, como vimos antes, se disuelva. En tal caso, asumen la representación de la misma los liquidadores, representación orgánica muy cualificada, cuyo contenido se circunscribe estrictamente, y como indica su nombre, a la liquidación del Patrimonio Social. En el caso más frecuente, el de la Sociedad Anónima constructora, tales liquidadores tendrán, en el ejercicio de su cometido, las atribuciones contenidas en el artículo 160 de la Ley de Sociedades Anónimas, y la pregunta que nos planteamos es la siguiente: ¿Qué hacer ante la hipótesis de ventas formalizadas, antes de la disolución, en documento privado y no ejecutadas? A mi juicio, lo que no debe hacerse es admitir la posible actuación representacional de apoderados atípicos de la Sociedad disuelta, en los que puede incidir el carácter imperativo del artículo 1.732 del Código Civil, párrafo 3.º, que declara la extinción del mandato por muerte del mandante (en este caso la disolución); ni tampoco que los socios, una vez disuelta la sociedad, acuerden el nombramiento de órganos representacionales distintos de los liquidadores, y con un poder de representación también diferente, dados los términos imperativos con que están redactados los artículos de la Ley de Sociedades Anónimas en esta materia, ni se pueden aplicar, analógicamente, los preceptos que determinan la subsistencia de apoderamientos mercantiles, a pesar de la muerte de los comitentes y poderdantes, en los supuestos específicos de los artículos 280 y 290 del Código de Comercio, preceptos que se atienen estrictamente a lo que dice el inciso 1.º del artículo 1.257 del Código Civil, del cual es una excepción el artículo 1.732 del Código Civil antes citado. Ahora bien, difícilmente se pueden aplicar tales artículos, por analogía, al supuesto que nos ocupa, por cuanto que falta lo que constituye la apoyatura de la subsistencia de tales poderes, o sea, herederos que continúen la posición de su cau-

sante a estos efectos, herederos que si bien pueden existir tratándose de personas físicas, de ningún modo existen respecto a las jurídicas.

A mi juicio, lo que procede es que los liquidadores ejecuten el negocio jurídico obligacional de venta, en su día formalizado en documento privado, antes de su disolución, por la sociedad de cuya liquidación se trate y otorguen, con referencia al mismo, la pertinente tradición instrumental, o sea, en definitiva, que paguen, y para ello el artículo 160 de la vigente Ley de Sociedades Anónimas les confiere expresa autorización. Naturalmente, las consecuencias fiscales y civiles serán distintas si aquel documento privado es fehaciente o no, e incluso podría discutirse si puede adquirir fehaciencia desde la fecha de la disolución de la sociedad, considerando como equivalentes, a estos efectos, la muerte de las personas físicas, y la disolución de las jurídicas, con la posible aplicación, en este último caso, y por analogía, del artículo 1.227 del Código Civil, tesis arriesgada y opinable, pero que no debe interferir la viabilidad del proceso que he expuesto.

La teoría del título y el modo quiebra relativamente en el supuesto prevenido en el artículo 1.473 del Código Civil, regulador de los casos de la doble o múltiple venta, otorgada por un mismo vendedor, sobre una misma cosa, y con compradores distintos. En tales supuestos, la exigencia de la buena fe del primer apartado no tiene razón de ser cuando quien consuma el proceso adquisitivo a su favor, mediante la tradición, es el primer comprador; el que con posterioridad al contrato celebrado por el mismo, y antes de recibir la cosa, conozca que su vendedor ha celebrado otros contratos, no le afecta en absoluto; ahora bien, si el primer comprador, por las razones que sean, no cobra, es decir, no recibe la posesión traditiva de la cosa comprada, el segundo o ulteriores compradores podrán devenir titulares dominicales de tal cosa, siempre que, a la tradición que consumen a su favor, añadan otro requisito, el de su buena fe, que en tal caso consiste en el desconocimiento del contrato, o contratos anteriormente celebrados. Por lo tanto, y en tales supuestos, al título y el modo, se le añade otro requisito, que es el de la buena fe del segundo o ulteriores compradores. Todo esto, en lo relativo a los muebles; respecto de los inmuebles, deviene titular dominical quien inscriba primero su adquisición en el Registro. El segundo párrafo del artículo en cuestión, que contiene tal norma, no menciona la buena fe del inscribiente, pero una interpretación sistemática de este artículo con los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria llevan a esta conclusión. Para el supuesto de propiedad no inscrita serán de aplicación los dos párrafos siguientes, que atribuyen la propiedad, sucesivamente, al primer comprador que obtuvo primero la posesión traditiva con buena fe, en cuyo caso la situación es idéntica para el

supuesto examinado de los bienes muebles, y, en segundo lugar, al que presente título de fecha más antiguo, también de buena fe, referencia al título que no tendría sentido, si no es a aquél del 1.462, o sea, a la escritura pública traditiva.

Al socaire de alguno de los artículos citados, me interesa destacar, y con ello concluyo, como recientes acontecimientos jurídico-políticos, han puesto el tema en la calle: sobre la propiedad privada, se está escribiendo y hablando ahora más que nunca, y ciertamente, las críticas no faltan. La polémica, repito, está en la calle, y yo no sé exactamente si ese es el sitio adecuado. Ahora bien, me interesa poner de relieve que las quejas que se hacen de la propiedad privada del Código Civil, considerándola como un derecho absoluto, son infundadas. El Código Civil, al definir la propiedad en su artículo 348, atribuye al propietario una trilogía de facultades: la de disfrutar, la de disponer y la de reivindicar. Pues bien, espigando en el artículo del Código Civil, nos encontramos múltiples limitaciones a cada una de ellas. Así, respecto a la de disfrutar, facultad que podemos concebir en un sentido amplio, como comprensiva del derecho al uso y utilización de la cosa, o en sentido restringido, como derecho a la percepción de los frutos de la misma, está en uno y otro sentido, hartamente limitada. En sentido amplio, tal derecho está condicionado, en primer lugar, por esas leyes a que se refiere el artículo 348, y que son, no sólo las vigentes al tiempo de promulgarse el Código Civil, sino también las posteriores; por el artículo 350, que si bien atribuye al propietario de un terreno la titularidad de su superficie, y de lo que está debajo de ella, es evidente que se separa de la clásica y vieja teoría de CINO DE PISTOIA y de los postglosadores, que concedían al propietario un dominio en sentido vertical hasta el cielo y los infiernos. Obsérvese cómo tal artículo, en cuestión, únicamente habla de la superficie del terreno, y no de lo que está por encima de ella. Por otra parte, y de inmediato, el referido artículo, limita la propiedad por las leyes sobre minas y aguas, y por los reglamentos de policía. Aparte de ello, y si bien es cierto, que el propietario puede efectuar edificaciones, plantaciones y siembras sobre su terreno, que en virtud de la accesión le pertenecen, artículos 353 358 y siguientes del Código Civil, no es menos cierto que deberá atenerse, respecto de las mismas, y en cuanto a distancias, obras de resguardo, volúmenes constructivos y demás, a lo prevenido en los artículos 589 y siguientes del Código Civil y a todas las normas a las que estos artículos se refieren. Destacable es también la circunstancia de que el derecho de dominio del Código Civil genera obligaciones y responsabilidades. Así resulta de los artículos 389 y 1.906 y siguientes de dicho cuerpo legal.

No puede pasar desapercibido el hecho de que el artículo 351, ati-

nente al régimen jurídico del tesoro, atribuye al descubridor casual del mismo una mitad de lo descubierto.

Por lo que afecta al disfrute, en sentido estricto, está limitado técnicamente, mediante la constitución, legal o negocial, de derechos fructuarios, que tiendan, principal o secundariamente, a parasitar el mismo, sin que por ello tal derecho de dominio quede desvirtuado. Así, los derechos de usufructo, uso, habitación, censos, anticresis. Secundariamente, en el supuesto del artículo 1.868 en materia de prenda. Citable —por conexión con los preceptos reguladores de la hipoteca del Código Civil— es también el artículo 131 de la Ley Hipotecaria sobre administración y posesión interina en materia de ejecución hipotecaria que añade un contenido fructuario a la hipoteca.

El simple *ius ad rem*, que como vimos adquiere el contratante que compra, hasta la entrega de la cosa, priva al propietario de los frutos de la misma, a tenor de los artículos ya citados 1.095 y 1.468, sin olvidar que tal propietario los pierde también en favor del poseedor de buena fe, a tenor del artículo 451 y del artículo 1.896, *a sensu contrario*.

También la facultad de disponer está limitada, no sólo de forma absoluta, por las prohibiciones que le afecten, de distinto origen, negociales o no, sino también por la existencia de retractos legales (comuneros, colindantes, consorcios, coherederos, enfitéutico, el del censo a primeras cepas), que vienen a modalizar las referidas facultades dispositivas, que, por otra parte, se hallan fuertemente condicionadas cuando se trata de disposiciones a título lucrativo, *inter vivos* o *mortis causa*, en virtud de los artículos 634 a 636 y 806 y siguientes del Código Civil.

Por último, la facultad que resta, la de reivindicar, se extingue, en todos los procesos expropiatorios mencionados en el Código Civil. Así, en el artículo 349, que cita la expropiación en sentido técnico, y en otros que se refieren a distintos supuestos que podríamos calificar de expropiatorios en sentido amplio: artículo 612 respecto a los enjambres de abejas y a los animales amansados y domesticados; 613, respecto a las palomas, conejos y peces; 615, respecto al régimen jurídico de las cosas perdidas; 369, respecto a los árboles; 375, respecto a la accesión y sobre todo los supuestos de adquisiciones *a non domino* de los artículos 464 y 1.930 del Código Civil, en los que la utilidad pública consiste en la salvaguarda de la seguridad dinámica de los derechos; la autoridad competente expropiatoria, es la Ley, y la indemnización a percibir por el titular desposeído, será satisfecha por el que dispuso de la cosa ajena, o por el causante de tal desposesión.

Sin criterio exhaustivo, hemos visto una porción de limitaciones del Derecho de dominio del Código Civil, limitaciones muy importantes; pero técnicas, y no políticas, y éstas son, precisamente, las que pueden provocar grandes perturbaciones en ese viejo instituto de la propiedad privada, en definitiva, reducto íntimo de la libertad individual. Espere-mos que no sea así, para bien de todos.

JOSÉ ANTONIO MIQUEL CALATAYUD
Registrador de la Propiedad



La reparcelación y la compensación en relación con el Registro de la Propiedad (PRIMERA PARTE)

A diferencia de la fase de planeamiento, en que se actúa sobre sectores, zonas o terrenos, la fase de gestión, en que se incluye el estudio de la reparcelación y de la compensación, actúa sobre *fincas* concretas, lo cual hace más necesaria y al mismo tiempo más factible la deseada coordinación entre Registro y Urbanismo. Por eso existe una multiplicidad de preceptos que se refieren al aspecto registral en materia de reparcelación y de compensación.

I. LA REPARCELACION Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

La reparcelación es una técnica operatoria dentro del sistema de cooperación. Por eso hay que huir de posibles defectos terminológicos, evitando hablar de «reparcelación compensatoria», por ejemplo, pues una cosa es la reparcelación y otra distinta el sistema de compensación.

Lo que ocurre es que en el sistema de compensación hay cierta analogía de efectos con la reparcelación, pero esto no puede dar lugar a que se confundan y se mezclen indebidamente.

Por otra parte, hay que advertir que, dentro del sistema de cooperación, aunque lo normal es que exista reparcelación, cabe que ésta sea innecesaria por no haber ningún problema de distribución de beneficios y cargas del planeamiento entre los partícipes.

En cualquier caso, el sistema de cooperación se diferencia del sistema de compensación, en que la Administración actuante tiene en aquél una participación mucho más intensa, no sólo en la tramitación del

expediente, sino en la ejecución de la urbanización, aunque sea con cargo a los propietarios. En cambio, en el sistema de compensación, cobra especial relieve la actuación de los propios interesados a través de la Junta de Compensación, sin perjuicio del control de la Administración actuante.

Entrando en las dos posibilidades del sistema de cooperación —con o sin reparcelación— hay que tener en cuenta que cuando la reparcelación es innecesaria, la incidencia registral del sistema es mucho menor, pues no hay adjudicación de fincas a los propietarios. Ahora bien, no cabe desconocer una doble incidencia del sistema de cooperación en relación con el Registro, aunque no haya reparcelación, a saber: a) Respecto a la inscripción de las cesiones obligatorias de terrenos a la Administración actuante, que plantean el problema de si cabe formalizarlas e inscribirlas a través del acta administrativa, cosa que en la reparcelación está ya resuelta al ser título hábil el acuerdo firme de reparcelación. Parece que al ser una cuestión impuesta por el plan, el enfoque tiene que ser a través de acta administrativa, a diferencia de si se tratase de una mera cesión voluntaria o convenida con el particular, en cuyo caso sería necesaria la escritura pública; b) Respecto al pago de los costes de la urbanización, en relación con lo cual, si bien no está prevista la nota de afección registral que se regula en el caso de reparcelación, no cabe duda de que el órgano actuante puede exigir el pago de dichos costes por la vía de apremio, y a través del Recaudador y del pertinente mandamiento obtener anotación preventiva de embargo en el Registro por razón del pago de dichos costes.

Pero, como queda dicho, la incidencia registral es mucho mayor cuando dentro del sistema de cooperación se da la reparcelación, que es de lo que nos vamos a ocupar seguidamente.

1. LEGISLACIÓN APLICABLE: ¿ESTÁ VIGENTE DE MODO PARCIAL EL REGLAMENTO DE REPARCELACIONES?

La reparcelación y los aspectos registrales de ella están regulados por los artículos 97 a 102 de la Ley del Suelo y por los artículos 71 a 130 del Reglamento de Gestión Urbanística de 25 de agosto de 1978. Pero cabe preguntar: ¿está todavía vigente el Reglamento de Reparcelaciones en sus aspectos registrales? ¿En qué parte al menos puede considerarse vigente?

La pregunta nos la hacemos a sabiendas de que existe la Sentencia de la Sala 4.^a del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 1982, que se plantea la cuestión de si es posible que estando iniciada la reparcelación, pueda ser sustituida por el sistema de expropiación, y la resuel-

ve en sentido afirmativo, en contra de lo que resultaba del Reglamento de Reparcelaciones, señalando que «la aplicación de éste sólo cabe entenderla operativa en todo aquello en que este Reglamento no se oponga a la Ley y mientras no se dicten disposiciones complementarias de ésta en tal materia, lo cual aparece actualmente cumplido con la entrada en vigor del Reglamento de Gestión Urbanística de 25 de agosto de 1978».

Y es que, aunque exista esta sentencia, hay que referirla a la cuestión concreta planteada en la misma, y no a los aspectos registrales en que el planteamiento, según ahora veremos, es totalmente diferente.

Desde esta perspectiva, hay que reconocer que existen distintas opiniones doctrinales. Por un lado, ANTONIO CARCELLER FERNÁNDEZ dice que «a la entrada en vigor del Reglamento de Gestión ha quedado derogado el Reglamento de Reparcelaciones» (1). Pero como no señala ningún tipo de razonamiento, no es suficiente para dejar solucionada así la cuestión en materia registral.

Enfoque totalmente diferente mantiene JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ, que es el que aquí se comparte y se trata de fomentar (2).

Antes de señalar los argumentos en que me baso para destacar cierta vigencia, parcial al menos, del Reglamento de Reparcelaciones, hay que advertir que no es procedente, después de la entrada en vigor del Reglamento de Gestión, tramitar y formalizar los expedientes de reparcelación al viejo estilo del Reglamento de Reparcelaciones, como he detectado alguna vez en la práctica, pues una cosa es que se defienda esa vigencia parcial, y otra muy distinta es admitir que ha cambiado la forma de practicar las inscripciones a raíz del Reglamento de Gestión, no pudiéndose actuar, efectivamente, como si no hubiera ocurrido nada, una vez aprobado dicho Reglamento. Ni lo uno —considerar totalmente derogado el Reglamento de Reparcelaciones— ni lo otro —estimarlos vigentes en su totalidad.

Para defender la vigencia parcial —en los términos que veremos— hay que partir de la tabla de vigencias del Texto Refundido de la Ley del Suelo, pues en ella se reconoce que el Reglamento de Reparcelaciones está vigente hasta la publicación del nuevo Reglamento que lo sustituya y en tanto no se oponga al presente Texto Refundido de la Ley del Suelo. Es cierto que el Reglamento de Gestión ha regulado con cierto detalle la reparcelación (arts. 71 a 130), pero hay que tener en cuenta lo siguiente:

(1) En su libro *Reparcelación y compensación en la Gestión Urbanística*, Madrid, 1980, pág. 113.

(2) *Derecho Urbanístico*, vol. III, pág. 133, nota 71.

1.º Que el Reglamento de Gestión no contiene ninguna disposición derogatoria, y como dice JOSÉ LUIS LASO, parece, por la forma en que termina, «una sinfonía inacabada». Comparto lo de «inacabada», pero dicho sea de paso, no parece tampoco una «sinfonía», al menos no siempre suena bien en relación con la Ley del Suelo. Pero lo que ahora quiero resaltar en esa falta de disposición derogatoria, muy significativa en relación con ciertos aspectos del Reglamento de Reparcelaciones que no contradicen, sino todo lo contrario, la regulación del Reglamento de Gestión.

2.º Que, aunque el Reglamento de Gestión ha regulado con bastante detalle la reparcelación, hay muchos aspectos registrales que han quedado sin desarrollar, por lo que, en relación con la tabla de vigencias del Texto Refundido, no cabe hablar de «nuevo Reglamento que haya sustituido *totalmente* la regulación registral del Reglamento de Reparcelaciones». Habrá quedado derogado éste en aquellos aspectos en que ha habido un Reglamento que lo ha sustituido, pero no en aquellas materias que han quedado huérfanas de regulación.

3.º Que las lagunas del Reglamento de Gestión en materia registral no hay más remedio que cubrirlas con el Reglamento de Reparcelaciones, pues aunque la Ley del Suelo en su artículo 102, 2, se refiere a la aplicación supletoria de la legislación de expropiación forzosa, ésta tampoco es suficiente para cubrir los aspectos hipotecarios en todos sus detalles, y además, el artículo 101, 2, de la propia Ley del Suelo reconduce la regulación registral a la forma en que «reglamentariamente se determine y de acuerdo con la legislación hipotecaria», frase ésta reveladora de que la legislación reglamentaria en materia de reparcelaciones, cuando está de acuerdo con la legislación hipotecaria, es la legislación a tener en cuenta en esta materia, lo que nos lleva a aplicar supletoriamente el Reglamento de Reparcelaciones, en lo no previsto por el Reglamento de Gestión.

4.º Que parece aventurado —y en ello insiste JOSÉ LUIS LASO— prescindir de ciertas soluciones registrales del Reglamento de Reparcelaciones —en cuanto no se opongan al Reglamento de Gestión—, estando todavía pendiente de cumplimiento la disposición final 13 de la Ley de Reforma de la Ley del Suelo de 2 de mayo de 1975, que señala lo siguiente: «Se autoriza al Gobierno para que, a propuesta del Ministerio de Justicia y previo informe del Ministerio de la Vivienda —hoy Obras Públicas y Urbanismo— se dicten las disposiciones precisas para acomodar la legislación hipotecaria a lo dispuesto en esta Ley, a fin de asegurar que las limitaciones y deberes establecidos en la misma y en los planes, programas, proyectos, normas, ordenanzas y catálogos se reflejen con toda exactitud en el Registro de la Propiedad».

Esas soluciones registrales del Reglamento de Reparcelaciones están en la línea de acomodar la legislación hipotecaria a lo dispuesto en la Ley del Suelo y son muy interesantes mientras no se cumpla la citada disposición final 13:

¿Cuál es la parte vigente y la parte no vigente? La parte no vigente es la que se refiere a la agrupación y segregaciones, y a la previa titularidad formal o instrumental a favor del Ayuntamiento. En cambio, hay una serie de puntos concretos en que la falta de regulación del Reglamento de Gestión impone la vigencia del Reglamento de Reparcelaciones. Así:

1.º El sistema de reanudación del tracto sucesivo interrumpido dentro del expediente de reparcelación, que se regula en los números 5, 6 y 7 del artículo 28, dando al expediente de reparcelación tal carácter de reanudador de tracto interrumpido siempre que la última inscripción contradictoria sea de más de treinta años de antigüedad, si fue debidamente citado el titular registral, y caso de no comparecer, no formulare oposición el Ministerio Fiscal, y se estimare acreditado el derecho del interesado por parte del órgano actuante; o bien, si el asiento contradictorio es de menor antigüedad y no se probare documentalmenete traer derecho del titular registral, si citado éste no compareciera ni se opusiere el Ministerio Fiscal, siempre que el órgano actuante estimase acreditado el derecho, en cuyo caso la inscripción que se practique producirá plenos efectos, sin perjuicio de los derechos del titular registral de la finca aportada, procediendo la cancelación de esta limitación a instancia de cualquier interesado al cumplirse treinta años desde la última inscripción de la finca aportada.

2.º La caracterización del título de reparcelación como inmatriculador respecto a las fincas no inscritas, con publicación de edictos en el tablón del Ayuntamiento, conforme al artículo 205 de la Ley Hipotecaria, pero sin la limitación de efectos del artículo 207 de la misma (artículos 28, 8, y 34, 2, del Reglamento de Reparcelaciones). Es discutible esta vía media de aplicar la regla de la publicación de edictos del artículo 205, no aplicando en cambio la limitación de efectos del artículo 207, si bien las garantías de tramitación del expediente administrativo pueden justificar que no exista esta limitación de efectos. Pero también debería justificar la innecesidad de publicación de edictos. No obstante, se puede considerar vigente esta vía media, ante la falta de otra regulación sobre la materia.

3.º La configuración del título de reparcelación como medio para hacer constar excesos de cabida, con el mismo sistema de publicación de edicto y sin la limitación del artículo 207.

4.º La necesidad de aportar los planos de información y de adjudicación para su archivo en el Registro de la Propiedad, conforme al artículo 51, 4.ª, del Reglamento Hipotecario en su reciente reforma de 1982 habría que llegar a similar conclusión. Lo que ocurre es que con el Reglamento de Reparcelaciones en la mano, hay que aportar esos dos tipos de planos y no sólo el de adjudicación.

5.º La solución que se ofrece para el caso de doble inmatriculación en el número 9 del artículo 28 de dicho Reglamento: «Cuando existiere doble inmatriculación de todo o parte de una finca identificada se entenderán las actuaciones con el Ministerio Fiscal; se extenderán las notas a que se refiere este Reglamento en el folio registral de cada uno de los inmuebles, y en el acuerdo se reservarán a los interesados las acciones oportunas, haciéndolo constar en el asiento del nuevo inmueble adjudicado por reparcelación, que se practicará «a favor de quien acredite mejor derecho sobre la finca».

6.º La solución que se ofrece para el caso de titulares desconocidos, siguiéndose las actuaciones con el Ministerio Fiscal, y con adjudicación a quien acredite ser su dueño, pues aunque el número 2 del artículo 35 alude a la inscripción provisional a nombre del Órgano actuante, actualmente ha sido suprimida esta titularidad formal, y hay que aplicar únicamente la referencia a la adjudicación «a quien acredite ser su dueño». Según el número 3 del artículo 35 del Reglamento de Reparcelaciones, «transcurridos cinco años desde la inscripción en la forma señalada sin que sean reivindicadas se enajenarán en pública subasta, y el precio se consignará en la Caja General de Depósitos a disposición de quien acredite ser su titular».

7.º El amplio contenido posible del título de reparcelación, según apartados *k)* y *n)* del artículo 24 de dicho Reglamento, en cuanto a determinación de parcelas mínimas, normas sobre atribución y uso de espacios libres aledaños a los solares edificables, formen o no una sola finca con éstos (supuesto este que da pie a la configuración de ciertas fincas como comunes con titularidad *ob rem* resultante de quien sea titular de las obras), la regulación con efectos reales de las nuevas situaciones jurídicas derivadas de la ordenación ejecutada, tales como régimen de patios comunes, servidumbres recíprocas, zonas de estacionamiento y otras análogas; el establecimiento posible de un Estatuto de limitaciones que regulen con carácter real: ubicación de los edificios, altura, tipo de construcción, destino, normas sobre conservación de espacios libres y demás semejantes.

8.º La posibilidad de inscribir los bienes de dominio y uso público, conforme al artículo 30, 1, del Reglamento de Reparcelaciones, en relación con el artículo 124, 2, del actual Reglamento de Gestión.

9.º Ciertos aspectos complementarios de la nota marginal de iniciación del expediente de reparcelación del actual artículo 102 del Reglamento de Gestión, aunque sólo en parte, como, por ejemplo, la duración de dicha nota y el supuesto de anotación preventiva en caso de finca no inscrita.

10. Cierta orientación en cuanto a la interpretación del actual artículo 123 del Reglamento de Gestión para concordarlo con el artículo 101, 3, de la Ley del Suelo, a base de distinguir como supuestos distintos los previstos en el número 4 del artículo 31 del Reglamento de Reparcelaciones.

11. La idea orientadora de afección de «máximo» a que alude el último inciso del número 6 del artículo 45 del Reglamento de Reparcelaciones, como aclaración y complemento de la regulación del actual artículo 126 del Reglamento de Gestión.

2. NATURALEZA Y CONCEPTO DE LA REPARCELACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA REGISTRAL

a) *Naturaleza jurídica de la reparcelación*

Hay cuatro teorías posibles sobre la naturaleza de la reparcelación:

1.ª La de la subrogación real; 2.ª La de la expropiación forzosa; 3.ª La de la concentración parcelaria; 4.ª La de la permuta forzosa.

Procede descartar las dos últimas teorías. La de la permuta forzosa, pues en la permuta cada parte contratante recibe la finca de la otra parte con las cargas que dicha finca tenía, y en cambio, en la reparcelación, cada titular recibe las mismas cargas que su finca tenía. En cuanto a la concentración parcelaria, si bien puede servir a título meramente comparativo de situaciones jurídicas, existe la fundamental diferencia con la reparcelación derivada de la diferenciación entre lo rústico y lo urbano, pues aquélla se aplica a fincas rústicas sin que se plantee ninguna cuestión acerca de las afecciones por razón de los gastos inherentes al sistema, a diferencia de lo que ocurre en la reparcelación. Por otra parte, aunque la concentración parcelaria se basa también en la subrogación real, sin embargo, no se aplica la misma técnica registral, ya que el título de concentración es siempre un título inmatriculador, al carecer de enlace registral con las fincas antiguas, cuyo historial no se conecta registralmente con las nuevas fincas, por existir problemas de identificación y de falta de inscripción que no se suelen producir en el ámbito urbanístico de la reparcelación.

Descartadas las dos últimas teorías, hay que reconducir la figura de la reparcelación, desde el punto de vista institucional y de los efectos a la subrogación real, sin perjuicio de admitir también, a efectos de tramitación del expediente y con carácter supletorio, cierta idea de expropiación forzosa, como telón de fondo en alguna medida en la reparcelación.

En cuanto a la subrogación real, se destaca este efecto fundamental en el artículo 100, 1, b), de la Ley del Suelo, así como en el artículo 71, 3, del Reglamento de Gestión, al decir que «las parcelas resultantes que se adjudiquen a los propietarios sustituirán a las primitivas, sin solución de continuidad en las respectivas titularidades, a todos los efectos». Se manifiesta claramente en la forma de practicar las operaciones registrales resultantes de la reparcelación, según los artículos 113 y 114 del Reglamento de Gestión, puesto que tanto en las hojas de las fincas antiguas como en las nuevas, se señala la mutua correspondencia de titularidades de dominio y cargas entre unas y otras. No obstante, hay que tener en cuenta la diferenciación que establecen los artículos 122 y 123 del Reglamento de Gestión, entre casos en que se da la subrogación real y casos en que no se da. De esto me ocuparé después.

Por lo que se refiere a la idea de expropiación forzosa, ésta sólo tiene entrada en la reparcelación en cierto aspecto supletorio, que destaca el artículo 102, 2, de la Ley del Suelo, y en una serie de materias concretas, como, por ejemplo, a propósito de determinación de titularidades en el expediente (art. 76 del Reglamento de Gestión), tasación de plantaciones, edificaciones y derechos reales que haya que extinguir por su incompatibilidad con el planeamiento (art. 97 de dicho Reglamento), referencia a la misma eficacia del título de reparcelación que el «acta de ocupación a efectos expropiatorios» en el artículo 125 del Reglamento, a propósito de la extinción de tales cargas o derechos reales incompatibles.

b). *Concepto de la reparcelación*

El número 1 del artículo 97 de la Ley del Suelo la define diciendo que «se entenderá por reparcelación la agrupación de fincas comprendidas en el polígono o unidad de actuación para su nueva división ajustada al Plan, con adjudicación de las parcelas resultantes a los interesados, en proporción a sus respectivos derechos». Dice CARCELLER que esta definición está impregnada de «técnica registral» y, efectivamente, así lo parece, pues se alude a «agrupación» y «nueva división» de las fincas, cosa que concordaría con la regulación del Reglamento de Reparcelaciones en esta materia.

Ahora bien, el Reglamento de Gestión ha quitado esta posible imprecisión registral al concepto de reparcelación, y ello con mandato legal de la propia Ley del Suelo, que en su artículo 101, 2, del Texto Refundido señaló que se hará la inscripción «de acuerdo con la legislación hipotecaria, en la forma que reglamentariamente se determine». Y resulta que el Reglamento de Gestión ha previsto un distinto sistema de inscripción, consistente en la cancelación de las hojas registrales de las fincas antiguas y en la apertura de nuevas hojas para las fincas resultantes del acuerdo, prescindiendo de los conceptos de agrupación y de división o segregación. Con ello, la citada definición del artículo 97, 1, de la Ley del Suelo hay que interpretarla como referida a los conceptos vulgares de agrupación y de división, y no a los estrictamente registrales. El propio Reglamento de Gestión, en su artículo 71, 1, alude indistintamente a «agrupación o integración del conjunto de las fincas», como dando a entender que se habla de «agrupación» en el sentido de «integración del conjunto de fincas», y no en el sentido hipotecario de «formación de una nueva finca registral por unión de las existentes».

En vista de todo ello, podemos dar otra definición de la reparcelación a los efectos registrales que aquí interesan, y es la siguiente: «Es una operación urbanística, dentro del sistema de cooperación, que consiste en la extinción de las antiguas fincas registrales y en la creación de otras nuevas, con mantenimiento de las mismas titularidades en virtud de la técnica de la subrogación real, con afección de las fincas resultantes al pago de los gastos inherentes al sistema y con cesión obligatoria de los terrenos correspondientes a favor del órgano actuante».

La idea central del concepto es esa «extinción» y correlativa «creación» de fincas registrales, por una parte, y ese mantenimiento de «titularidades» como consecuencia de la subrogación real, por otra parte.

De todos modos, la cuestión no puede considerarse totalmente cerrada, pues no cabe descartar que en una futura reforma reglamentaria se pueda volver al sistema de agrupación y segregaciones del Reglamento de Reparcelaciones, que concordaría con la terminología del artículo 97, 1, de la Ley del Suelo. Así, por ejemplo, a título de curiosidad, puede decirse que en un proyecto de reforma del Reglamento Hipotecario, que no llegó a publicarse, pues en la reforma de 1982 sólo se modificó una parte del mismo y no todas las materias previstas en el proyecto, se contenía un artículo sobre inscripción de la reparcelación, tratándola en forma alternativa, «bien mediante la cancelación directa de las inscripciones y demás asientos vigentes de las fincas aportadas con referencia al folio registral abierto a la finca o fincas resultantes de la reparcelación, bien mediante la agrupación instrumental previa de

la totalidad de la superficie aportada para su división ulterior en todas y cada una de las fincas resultantes de la operación de reparcelación o compensación».

3. LA NOTA MARGINAL DE INICIACIÓN DEL EXPEDIENTE DE REPARCELACIÓN

Esta nota marginal, regulada actualmente en el artículo 102 del Reglamento de Gestión representa una efectiva coordinación entre Registro y Urbanismo durante la fase de tramitación del expediente de reparcelación; nota marginal, cuya omisión puede dar al traste con el expediente e impedir incluso la inscripción en su día del expediente de reparcelación, según veremos, por lo que hay que fomentar su práctica, conforme, además, a lo reglamentariamente previsto.

El antecedente de esta nota marginal es la nota del artículo 32, 1.ª, del Reglamento Hipotecario en relación con los expedientes de expropiación forzosa. En los procedimientos judiciales también existen ejemplos de una nota marginal similar, como los del artículo 131, regla 4.ª, de la Ley Hipotecaria, en el procedimiento judicial sumario, y del artículo 143 del Reglamento Hipotecario en relación con el juicio ejecutivo y procedimientos de apremio.

En la expropiación forzosa, el órgano administrativo recaba del Registrador de la Propiedad la oportuna certificación de dominio y cargas, al objeto de poder notificar la tramitación del expediente a los titulares del dominio y derechos reales de la finca, pues el expediente ha de seguirse con los titulares registrales. Pero para evitar la situación límite de tener que notificar en cada momento a los sucesivos titulares registrales, el Registrador, conforme al artículo 32, 1.ª, del Reglamento Hipotecario, ha de extender al margen de la inscripción de dominio de la finca una nota marginal expresiva de haber expedido la certificación, indicando la fecha y el procedimiento de que se trate. Esta nota sirve de notificación a todos los titulares registrales posteriores a la misma.

El Reglamento de Reparcelaciones reguló esta nota marginal en su artículo 21, estableciendo: «21. De la certificación y nota de afección. 1. Aprobado inicialmente el proyecto, el Organismo actuante recabará de oficio o a instancia de parte certificación de titularidad y cargas de las fincas afectadas, a cuyo fin aportará los datos necesarios para la identificación de los inmuebles. La certificación podrá solicitarse asimismo una vez declarada la zona 'en estado de reparcelación'. 2. El Registrador, expedirá la certificación y extenderá la nota marginal prevenida a efectos expropiatorios en el artículo 32, regla primera, del Reglamento Hipotecario, y en el asiento se hará constar Organismo

actuante en la reparcelación y fecha del acuerdo. Si los inmuebles no constaren inscritos, se extenderá anotación preventiva, en la que se consignará la descripción de aquéllos y referencia al expediente de reparcelación. La anotación caducará y será cancelada de oficio o a instancia de parte a los tres años de su fecha, sin perjuicio de que el Organismo actuante pueda acordar su prórroga por un plazo igual. 3. Los interesados que hagan constar su derecho en el Registro de la Propiedad con posterioridad a la fecha de dichos asientos no tendrán que ser citados preceptivamente en el expediente».

Actualmente, el Reglamento de Gestión en su artículo 102 establece lo siguiente: «1. Una vez iniciado el expediente de reparcelación, la Administración actuante deberá recabar de oficio, del Registro de la Propiedad correspondiente, certificado de titularidad y cargas de todas las fincas incluidas en la unidad de reparcelación». «2. El Registrador, al mismo tiempo que expida las certificaciones antedichas, extenderá al margen de cada finca nota expresiva del Organismo actuante y fecha de iniciación del expediente de reparcelación». «3. La nota marginal expresada en el apartado anterior solamente producirá el efecto de que los interesados que hagan constar su derecho en el Registro con posterioridad a ella no tendrán que ser citados preceptivamente en el expediente. No obstante, si se personaren en el mismo, seguirán con ellos las sucesivas actuaciones».

¿Qué cambios ha introducido el artículo 1.º, 2, del Reglamento de Gestión en relación con el artículo 21 del Reglamento de Reparcelaciones?

Los siguientes: 1.º Ahora se dice que la Administración recabe «de oficio» la certificación, a diferencia del artículo 21 del Reglamento de Reparcelaciones, en que, al decirse «de oficio o a instancia de parte», no era tan terminante como en la redacción actual, en que queda «a solas» el Organismo actuante con esa obligación de recabar la certificación; 2.º Antes, el Reglamento de Reparcelaciones decía que la certificación se recabaría «aprobado inicialmente el proyecto» de reparcelación, y en cambio, ahora, se recaba «una vez iniciado el expediente de reparcelación», matiz diferencial que significa que la certificación registral ha de solicitarse en el comienzo mismo del expediente y no en el momento ulterior de la aprobación provisional del proyecto de reparcelación; 3.º En el artículo 21 del Reglamento de Reparcelaciones, se denominaba «nota de afección», según el epígrafe inicial del precepto. Ahora en el artículo 102 no se utiliza esa denominación e incluso se dice que «solamente» producirá el efecto de notificación a titulares posteriores, con lo que a primera vista parece que se limitan los efectos de la nota marginal. Luego insistiré sobre esto, para ver si realmente es o no así.

Aparte de estos cambios de redacción, la comparación entre el Reglamento de Gestión y el Reglamento de Reparcelaciones, muestra que la regulación de este último era más amplia que la del primero, por lo que en los puntos no regulados por el de Gestión cabría aplicar supletoriamente lo establecido en el Reglamento de Reparcelaciones, pues aquí ya no estamos ante ningún cambio, sino ante una falta de regulación. Ello ocurre en los siguientes aspectos: 1.º En relación con el supuesto de fincas no inscritas, en que cabría aplicar la anotación preventiva establecida en el artículo 21 del Reglamento de Reparcelaciones; 2.º Respecto a la duración de la nota marginal, en que cabría aplicar el plazo de tres años, con posibilidad de mayor duración, que resulta del artículo 32, 1.ª, del Reglamento Hipotecario, al que se remite el citado artículo 21 del Reglamento de Reparcelaciones; 3.º En relación con la frase del artículo 21, de que el Organismo actuante «aportará al Registro —al solicitar la certificación— los datos necesarios para la identificación de los inmuebles», pues en cualquier caso, es una regla general que impone el Reglamento Hipotecario en todos los supuestos de petición de certificación. Ahora bien, precisamente en este punto radican las principales dificultades para esa actuación «de oficio» del Organismo actuante, que impone el artículo 102 del Reglamento de Gestión, según se dice a continuación.

La petición de certificación en la práctica

Se ha detectado en ciertas ocasiones que el Organismo actuante no recaba la certificación registral del artículo 102 del Reglamento de Gestión. La explicación de esta omisión podría encontrarse en un doble orden de consideraciones: 1.ª Por una parte, existe esa dificultad de identificación de las fincas en el Registro, ante una falta de coordinación entre descripciones registrales y descripciones del planeamiento, lo que lleva al Organismo actuante a esperar a la aportación de certificación por los propios interesados en la reparcelación, sin recabarla del Registro en el momento «inicial»; 2.ª Por otra parte, el artículo 81, 1, b), del Reglamento de Gestión señala como uno de los contenidos del proyecto de reparcelación «la relación de propietarios e interesados, con expresión de la naturaleza y cuantía de su derecho». Entonces, el representante de los propios interesados suele pedir al Registro las certificaciones de las fincas para reflejar su resultado en el expediente. Pero ocurre que los Registradores de la Propiedad no pueden hacer constar la expedición de la certificación por nota marginal, no ya sólo porque normalmente no se dice en la solicitud que se pide la certificación a efectos del expediente de reparcelación, sino porque la nota marginal

sólo puede reflejarse como consecuencia de la petición «de oficio» del Organo actuante, con indicación de la fecha de iniciación del expediente, pues tiene los efectos de «notificación» antes indicados que no podrían predicarse si se extendiese por mera petición de los particulares. Continuando este planteamiento, resulta que el Organo actuante se encuentra con las certificaciones registrales aportadas al expediente por los interesados, y podría creer que ya está cumplido el trámite del artículo 102 del Reglamento de Gestión, con lo que la nota marginal quedaría sin extender con las posibles graves consecuencias que ello tendría respecto a la tramitación e inscripción ulterior del expediente.

Para evitar todo esto, y para cumplir el artículo 102 del Reglamento, el Organo actuante debe recabar «de oficio» las certificaciones registrales. Ahora bien, para evitar una duplicidad de certificaciones y de gastos, se ofrece la siguiente solución en casos como el expuesto. El Organo actuante remitiría al Registrador de la Propiedad las certificaciones que obran en el expediente con un oficio en el que solicitara la «actualización» de dichas certificaciones mediante diligencia al pie de las mismas, conforme al párrafo 3.º del artículo 350 del Reglamento Hipotecario, a los efectos del artículo 102 del Reglamento de Gestión, con expresión de la fecha de iniciación del expediente de reparcelación. En base a ello, el Registrador de la Propiedad haría constar la nota marginal consignando la fecha de actualización de la certificación y la de iniciación del expediente de reparcelación.

Efectos de la nota marginal del artículo 102

Ya se ha indicado que tiene efectos de «notificación» a los titulares posteriores. Pero el número 3 del artículo 102 recalca que «solamente» producirá esos efectos, y encima prescinde de la denominación de «nota de afección». Con ello, parece a primera vista que se quiere «minimizar» el significado de la nota marginal. Por otra parte, el «solamente» puede producir confusión interpretativa a propósito del artículo 169, 3, del Reglamento de Gestión que se remite a este precepto en la compensación.

En vista de ello, hay que quitar importancia, a efectos interpretativos, al «solamente» del número 3 del artículo 102, tratando de darle una explicación que no minimice la nota, sino que concrete los efectos de la misma. Ante todo, habría que decirle al legislador: ¿Y le parece poco ese efecto de «notificación», como para aplicar el adverbio «solamente»? Además, como consecuencia de ese efecto de notificación surgen otros efectos en cadena: esa notificación a titulares posteriores determina una «publicidad» de la existencia de un expediente de repar-

celación en trámite, con todas las posibles consecuencias; determina que en su día se pueda inscribir el acuerdo de reparcelación, aunque esos titulares no hayan sido notificados; determina que no pueda alegarse nulidad de actuaciones. Es, por tanto, una nota marginal esencial a efectos registrales y a efectos del expediente.

El «solamente» podría explicarse como una contraposición a los efectos «más amplios» del «acuerdo de reparcelación», que sólo se producen en virtud de éste y no por la nota marginal, que no tendría efectos anticipadores. Así, mientras el artículo 100 de la Ley del Suelo señala los tres efectos básicos del acuerdo de reparcelación (cesión al Municipio, subrogación real y afección de las fincas al pago de cantidades) la nota marginal no produciría tales efectos, sino otros distintos («solamente» otros), pero que son muy importantes, pues va a permitir que en su día se produzcan con normalidad los «efectos del acuerdo de reparcelación». No produce los efectos del «acuerdo», pero «posibilita» que en su día no haya obstáculos para que esos otros efectos se produzcan. No hay «afección» en el sentido de «garantía de las fincas al pago de cantidades concretas», pues ésta sólo se produce en virtud de la nota marginal del artículo 126 del Reglamento de Gestión, pero hay «publicidad» de la existencia de un expediente de reparcelación y sus posibles consecuencias.

¿Cuál es el fundamento de este efecto básico de «notificación» que tiene la nota marginal? Ya se ha aludido antes a la nota marginal del expediente de expropiación forzosa. Ahora vamos a relacionarla con la situación de la reparcelación. El artículo 76 del Reglamento de Gestión considera como «partes» en el expediente de reparcelación a los siguientes: «a) Los propietarios de los terrenos afectados, y en su caso, los titulares de terrenos afectados por sistemas generales que hayan de hacer efectivo su derecho en el polígono de que se trate. b) Los titulares de derechos reales sobre los mismos. c) Los arrendatarios rústicos y urbanos. d) Cualesquiera otros interesados que comparezcan y justifiquen su derecho o interés legítimo». Continúa el precepto diciendo que «a efectos de determinación de titularidades se aplicarán las normas de la expropiación forzosa». Pues bien, en relación con todo esto, hay que tener en cuenta que, según el principio de legitimación registral, recogido en los artículos 38, 1.º, y 1, 3.º, de la Ley Hipotecaria, se presume «a todos los efectos legales» que el dominio y los derechos reales inscritos existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo, estando bajo la salvaguardia de los Tribunales. Por ello es preceptivo que el expediente se siga contra los titulares registrales. La legislación de expropiación forzosa —básica para la determinación de titularidades en la reparcelación— confirma estas

ideas, pues en el artículo 3, 2, de la Ley y en el 6 de su Reglamento se dice que «salvo prueba en contrario, la Administración expropiante considerará propietario o titular a quien con este carácter conste en Registros públicos que produzcan presunción de titularidad, que sólo pueda ser destruida judicialmente, o, en su defecto, a quien aparezca con tal carácter en Registros fiscales, o finalmente al que lo sea pública y notoriamente». Además, a propósito de la expropiación urbanística, el artículo 199, 2, del propio Reglamento de Gestión dice que «para la determinación de los propietarios de bienes o titulares de derechos en un polígono de expropiación, a efectos de la relación señalada en el número anterior, se estará a lo que resulte de los Registros Públicos». Y este precepto hay que relacionarlo con el artículo 139 de la Ley del Suelo que sólo permite hacer el pago del justiprecio a quien figure como titular en el Registro de la Propiedad.

Pues bien, si en el expediente de reparcelación son «parte» los titulares de dominio y de derechos reales, lo lógico es que el Órgano actuante se cerciore de ese extremo a través de la certificación registral y siga con ellos las actuaciones, y para evitar esa situación angustiosa de que pueda aparecer en un último momento terceros hipotecarios que no sabrían que existe una reparcelación en marcha y que no podrían ser «parte» en ella, se prevé esa nota marginal similar a la del artículo 32, 1.ª, del Reglamento Hipotecario.

Respecto a la eficacia de esa nota marginal en relación con el problema de la inscripción en su día del futuro acuerdo de reparcelación, hay que tener en cuenta lo siguiente: los titulares registrales anteriores a dicha nota serán los que refleje como vigentes el acuerdo de reparcelación, debiendo calificar esta concordancia el Registrador de la Propiedad; y en cuanto a los titulares registrales posteriores a la nota marginal, no figurarán en el acuerdo de reparcelación, a pesar de lo cual no existirá defecto de tramitación en el expediente que impida la inscripción, en principio, pues la nota marginal ya se ha dicho que sirve de notificación.

Ahora bien, ¿qué dificultades prácticas adicionales pueden producirse, al inscribir el acuerdo de reparcelación, si existen tales titulares registrales posteriores a la nota marginal? La pregunta es necesaria si se compara con el expediente de expropiación forzosa, pues mientras en éste la cuestión se limita a la «cancelación» de las titularidades posteriores a la nota marginal, en el caso de la «reparcelación» no cabe tal «cancelación», sino que hay que contar con tales titularidades por aplicación del principio de subrogación real. Pero el problema está en si cabe hacer un traslado de «oficio» por parte del Registrador de la Propiedad, en base a la «subrogación real», y de ahí el problema plan-

teado en la pregunta que nos acabamos de hacer. Hay que recordar que existe el principio hipotecario «de rogación», según el cual el Registrador procede por regla general «a instancia de parte» y no «de oficio», por lo que ese traslado «de oficio» chocaría con ese principio de «actuación a instancia de parte».

Para resolver el problema, creo que debe distinguirse entre titulares de dominio y titulares de derechos reales limitados.

Por lo que se refiere a los titulares de derechos reales limitados posteriores a la nota marginal, éstos figurarán en el Registro, pero no en el certificado del acuerdo de reparcelación, a pesar de lo cual es posible inscribir la reparcelación haciendo constar en las fincas correspondientes los derechos reales que resultan según el Registro. Y es que es perfectamente compatible inscribir el acuerdo de reparcelación en cuanto al «dominio» y reflejar en base a la subrogación real «los derechos reales» que resultan del Registro. No se trata de algo contradictorio con el acuerdo, sino de algo complementario. Confirma esta posibilidad el número 2 del artículo 85 del Reglamento de Gestión, según el cual «los titulares de derechos reales que no se extingan con la reparcelación, aunque no se les mencione en el proyecto, serán adjudicatarios en el mismo concepto en que lo fueron anteriormente, por aplicación del principio de subrogación real». En la nota de inscripción al pie del título de reparcelación, el Registrador hará constar los derechos reales resultantes del Registro.

Cuestión algo diferente es la de los adquirentes del dominio posteriores a la nota marginal del artículo 102. En principio, cabría decir que es aplicable la misma regla que la de titulares de derechos reales. Pero mientras éstos representan un aspecto *complementario* de la titularidad resultante del acuerdo de reparcelación, los titulares del dominio representan una contradicción o sustitución total de lo que dice el acuerdo de reparcelación. No es que surja entonces un obstáculo insalvable para la práctica de la inscripción. Pero, dadas las peculiaridades del caso, parece que ha de exigirse que esos titulares de dominio posteriores *soliciten* la inscripción de la nueva finca resultante de la reparcelación. En base a tal solicitud, cabría cancelar la antigua hoja registral y reflejar en la nueva hoja, en forma de tracto abreviado, la titularidad resultante de la reparcelación y la titularidad del adquirente ulterior del dominio. Ambas titularidades reflejarían la subrogación real respecto a su correspondiente inscripción en el folio de la antigua finca.

Claro que si el adquirente del dominio con posterioridad a la nota marginal comparece en el expediente de reparcelación, antes de que éste termine, puede solicitar que se haga la adjudicación a su favor, dado lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 102 y en el apartado d)

del artículo 76, ambos del Reglamento de Gestión, de los que resulta que «si se personaren en el expediente» «seguirán con ellos las sucesivas actuaciones», pudiendo ser considerados «partes» en el expediente. En tal caso, constará ya en el acuerdo de reparcelación la nueva titularidad de dominio y no habrá ningún problema a la hora de practicar la inscripción.

Otra posibilidad sería la de prever en el momento de otorgar la escritura de transmisión de la finca antigua, que está sujeta a expediente de reparcelación, consintiendo de antemano el adquirente que en su día se haga constar en el Registro la titularidad del mismo sobre la finca resultante de la reparcelación en base a la subrogación real. Cabe incluso señalar algunos datos identificadores de la nueva finca, si es que está suficientemente avanzado el expediente de reparcelación y concretada la adjudicación en proyecto. En este supuesto, cabría practicar la inscripción en el folio de la finca antigua, expresando ese consentimiento de subrogación real, y al inscribir la reparcelación podría consignarse esa nueva titularidad en base a los datos resultantes del Registro. Si, dado lo avanzado del expediente, el interesado prefiere esperar para la práctica de la inscripción a que ésta se produzca directamente sobre la nueva finca, cabe hacerlo así, inscribiéndose entonces primero el título de reparcelación por subrogación real del titular registral (el vendedor) y a continuación una inscripción de transmisión en base a la escritura de venta en que consta el consentimiento de constancia registral sobre la nueva finca. Pero en este caso, se corre el riesgo de que otro título se anticipe en la prioridad registral al de ese interesado, con los efectos perjudiciales correspondientes, por lo que no siempre será aconsejable esa espera.

4. FORMA DE PRACTICAR LA INSCRIPCIÓN DE LA REPARCELACIÓN

Conviene distinguir el sistema de practicar las inscripciones según el antiguo Reglamento de Reparcelaciones, pues aunque el sistema actual es el de este último, hay que conocer ambas situaciones, no sólo porque los libros registrales así las reflejan, sino porque todavía puede seguir practicándose alguna segregación conforme al antiguo sistema.

El Reglamento de Reparcelaciones partía de una inscripción de agrupación en folio nuevo de la total superficie objeto de reparcelación que se practicaba a favor del Ayuntamiento, como trámite formal o instrumental para las ulteriores segregaciones a favor de cada propietario, quedando un resto que era el terreno destinado a zonas verdes. Por tanto, se seguía la técnica registral de la agrupación y de las segregaciones. Pero no había simultaneidad ni identidad de título para la

práctica de unas y otras operaciones. Por una parte, la inscripción de agrupación a favor del Ayuntamiento como órgano actuante, se practicaba en base al certificado del acuerdo aprobatorio de la reparcelación. Una vez practicada esa inscripción se devolvía el certificado administrativo, que se protocolizaba notarialmente, y las copias parciales respectivas de cada finca servían de título para la práctica de las segregaciones. Había, pues, un lapso de tiempo más o menos largo entre la inscripción de agrupación y la de las segregaciones y ello podía plantear algunos problemas. Así, por ejemplo, a propósito de anotaciones de embargo, se había planteado en la práctica qué es lo que podía embargarse estando todavía inscrita la finca a favor del Ayuntamiento. Parece que la solución consistía en embargar el derecho del particular a recibir la correspondiente finca resultante de la segregación, embargo que podía reflejarse de momento en el folio de la finca resultante de la agrupación, ya que la titularidad del Ayuntamiento era meramente formal o instrumental y no debería impedir anotaciones de embargo contra los particulares. Otra solución hubiera sido la del artículo 140 del Reglamento Hipotecario, a base de solicitar judicialmente la protocolización del expediente respecto a la parcela en cuestión, y una vez inscrita esta segregación proceder a la anotación preventiva de embargo.

En el nuevo sistema del Reglamento de Gestión Urbanística instaurado por los artículos 113 y 114 del mismo, en cumplimiento del mandato legislativo recibido por la Ley del Suelo en su artículo 101, no se alude para nada a la inscripción de agrupación ni a la de las segregaciones, por lo que parece que actualmente hay que prescindir de dicho sistema, a pesar de la definición del artículo 97, 1, de la Ley del Suelo, considerando derogado en este punto el antiguo sistema del Reglamento de Reparcelaciones.

Según el Reglamento de Gestión, ya no hay inscripción de agrupación ni de segregaciones, y en consecuencia no aparece como titular registral, ni siquiera transitorio e instrumental, el Ayuntamiento actuante, y, además, existe simultaneidad e identidad de titulación inscribible respecto a la práctica de operaciones en las fincas antiguas y en las nuevas.

Del artículo 114 del Reglamento de Gestión se desprende una doble actuación registral:

1.^a *Cancelación de las hojas registrales de las fincas antiguas.*— Según el apartado a) del artículo 114 del Reglamento de Gestión «se cancelarán las hojas registrables (debe decir «registrales») correspondientes a las antiguas fincas reparceladas con extinción de todos los derechos incompatibles con la ejecución del planeamiento. En las fincas

que se correspondan con otras resultantes se hará expresa indicación de la nueva hoja registral que se abra a la correlativa finca resultante». Y añade que «en la misma forma se cancelarán las hojas registrales correspondientes a las fincas ocupadas para la ejecución de los sistemas generales cuando sus titulares fuesen adjudicatarios en la unidad reparcelada».

2.^a *Apertura de nuevas hojas a las fincas resultantes de la adjudicación.*—Según el apartado b) de dicho Reglamento «se abrirá nueva hoja registral a todas y cada una de las fincas resultantes adjudicadas, incluso las que lo sean en favor del patrimonio municipal del suelo o estén afectadas a cualquier servicio público». El apartado c) añade que «en la inscripción de las fincas resultantes que se correspondan con otras anteriormente inscritas se hará expresa indicación de la hoja registral cancelada por efecto de la reparcelación». Según el apartado d), «en las restantes se practicará un asiento de primera inscripción». Por último, el apartado e) establece que «se harán constar las cargas y gravámenes que subsistan o se establezcan sobre las fincas resultantes y las demás circunstancias que puedan afectar a las titularidades inscritas, con arreglo a la legislación hipotecaria y, en todo caso, la cuantía del saldo de liquidación, a los efectos prevenidos en el artículo 100, 1, c), de la Ley del Suelo».

Interpretación de estos conceptos de «cancelación de hoja registral» y «apertura de nueva hoja»

Respecto a la «cancelación de hoja registral», cabe plantearse si efectivamente se está ante un supuesto de «asiento de cancelación», tal como lo concibe la legislación hipotecaria, es decir, como modo de extinción de otro asiento.

Desde luego que hay cierre o clausura formal del «folio» de las antiguas fincas, en el sentido de que ya no se practicarán nuevas operaciones registrales sobre ellas, con una excepción: la de operaciones meramente extintivas de derechos allí existentes, cuya práctica tenga lugar por nota marginal.

De todos modos, tampoco puede decirse que la palabra «cancelación» es improcedente y que debió emplearse la de «cierre» o «clausura», pues esto tampoco es exacto, ya que aquí hay algo más que un «cierre de folio», aunque no tanto como una «cancelación» propiamente dicha.

Podría decirse que se está ante un asiento de cancelación especial.

Por una parte, respecto al elemento objetivo *finca* se opera una *extinción o cancelación*, y en este sentido está bien empleado el concepto «cancelación». Junto a las operaciones de agrupación, segregación, división y agregación, está también la operación de extinción de finca registral, y aquí precisamente estamos ante este último supuesto, por lo que se trata de una «modificación de entidad hipotecaria» consistente en la extinción de una finca registral (cancelación) y su sustitución por otra nueva (apertura).

Por otra parte, respecto a los elementos *subjetivos*, es decir, las titularidades, no se produce en principio ninguna extinción ni, en consecuencia, tampoco cancelación alguna. Sólo cuando se trata de derechos reales incompatibles con el planeamiento o con la nueva situación, se producirá esa cancelación. Pero la regla general, según se ha dicho, es la de la «subrogación real». Por eso, en el citado artículo 114 del Reglamento de Gestión, a pesar de aludir a la «cancelación de las hojas registrales» se dice que se haga expresa indicación de la nueva hoja registral que se abra a la correlativa finca resultante. Esta conexión de hojas significa que hay una correlación o continuación entre una y otra, a efectos de titularidades (subrogación real), aunque desde el punto de vista del objeto haya una extinción y correlativa apertura de fincas.

En definitiva, la cancelación de hoja registral en el Reglamento de Gestión es una «operación extintiva de la entidad hipotecaria» con mantenimiento de la titularidad de dominio y de los derechos reales que recaerán sobre la nueva hoja que se abre. Y consiguiente, la «apertura de hoja registral» consiste en una operación relativa a entidad hipotecaria por la que se crea una nueva finca como objeto de Derecho, pero como continuadora de las titularidades de dominio y derechos reales existentes sobre la finca antigua. Por eso, también en los asientos de las nuevas hojas se hace expresa indicación de la hoja registral cancelada que se corresponda con ellas, y las titularidades anteriormente existentes. Por excepción, cabe también el «establecimiento» de nuevas cargas, y también la afección de cada finca a la cuantía del saldo de liquidación (apartado e) del art. 114).

El título inscribible en la reparcelación

A diferencia de lo que se establecía en el Reglamento de Reparcelaciones, ya no existe esa distinción entre título «para la práctica de la agrupación» y título «para las segregaciones», pues aparte de haberse suprimido la agrupación y las segregaciones, todas las operaciones registrales se practican en base a la misma formalidad del título. Con ello se produce una simultaneidad de operaciones registrales respecto a las

fincas antiguas y las nuevas, sin que exista ningún período de tiempo transitorio entre una y otra fase. Por tanto, al mismo tiempo que se «cancelan» las hojas registrales de las fincas antiguas, se «abren hojas» a las fincas nuevas.

¿Cuál es ese título inscribible?

El artículo 113 del Reglamento de Gestión en su apartado 1 establece que «una vez firme en vía administrativa el acuerdo de aprobación definitiva de la reparcelación, el Organismo que lo hubiere adoptado lo notificará a todos los interesados y procederá a otorgar escritura pública o a expedir documento con las solemnidades y requisitos dispuestos para las actas de sus acuerdos». Y en el número 2 del citado artículo se dice que «la escritura pública o el documento administrativo previsto en el número 1 de este artículo, protocolizado notarialmente, será inscrito en el Registro de la Propiedad».

Aunque este precepto señala un mismo título para la práctica de todas las operaciones registrales, según acabo de decir, sin embargo, el precepto reseñado recoge dos posibilidades de título inscribible: el documento administrativo protocolizado notarialmente o la escritura pública otorgada por el Organo actuante. En la práctica predomina la primera posibilidad (documentado administrativo protocolizado notarialmente), pues la segunda (escritura pública otorgada por el Organo actuante), tal como está prevista en el Reglamento de Gestión roza un poco con el absurdo. En realidad, no se ha recogido adecuadamente la previsión del artículo 101 de la Ley del Suelo. En este precepto se lee que «este documento administrativo (el expedido por el Organo actuante) se protocolizará notarialmente, sin perjuicio de que también pueda *otorgarse* en escritura pública, en los casos y forma que se señalen reglamentariamente». Nada hay que objetar al mandato recibido por el Reglamento de Gestión y a la actuación de éste, pues efectivamente la Ley del Suelo da facultades para el desarrollo reglamentario de ese otorgamiento en escritura pública. Pero hubiera sido más lógico que el otorgamiento de la escritura pública se contemplase no como hecho por el Organo actuante, pues la forma normal de manifestarse es a través del «documento administrativo», sino como posibilidad de que «todos los interesados en la reparcelación» otorgasen escritura pública, con aprobación, eso sí, del Organo actuante. Es lo que ocurre, por ejemplo, con la reparcelación voluntaria del artículo 115 del Reglamento de Gestión, de la que luego me ocuparé. Pero lo que no parece muy adecuado es que el propio Organo actuante comparezca ante el Notario y otorgue documento notarial en una cuestión en que lo lógico es el documento administrativo, sin perjuicio de su protocolización

notarial. ¿Quién comparecería a otorgar escritura pública? ¿El Alcalde y el Secretario?

Tal como está redactado el artículo 113 del Reglamento de Gestión parece, efectivamente, como si Alcalde y Secretario pudiesen comparecer ante Notario para otorgar escritura pública. Pero sería una especie de «acta de protocolización» de un previo documento administrativo, con lo que en definitiva volvemos al supuesto de «protocolización del documento administrativo», pues sería absurdo que «el Organismo actuante» manifestase directamente su voluntad en escritura pública. Por reducción al absurdo, no hay más remedio que interpretar el artículo 113, 1, del Reglamento de Gestión en el sentido de que cabe como título inscribible el «documento administrativo protocolizado notarialmente» y también la «escritura pública otorgada por todos los interesados» debidamente aprobada por el Organismo actuante. En este último caso, tendríamos un título inscribible complejo: escritura pública más documento administrativo en que consta la aprobación de la escritura (ejemplo: artículo 115).

Quizá el error del artículo 113 del Reglamento de Gestión haya sido interpretar el artículo 101 de la Ley del Suelo en el sentido de que «lo que se formaliza en escritura pública es el documento administrativo», en vez de interpretar, para evitar el absurdo, que «lo que se formaliza en escritura pública es el documento de la reparcelación». Es, en definitiva, una mala lectura del artículo 101, 1, de la Ley del Suelo.

La protocolización notarial del documento administrativo

El artículo 3.º de la Ley Hipotecaria prevé tres clases de documentos inscribibles: los notariales, los judiciales y los administrativos. Pues bien, en el presente caso, si el certificado del acuerdo aprobatorio de la reparcelación consiste en un documento administrativo, ¿por qué el Texto Refundido de la Ley del Suelo y el Reglamento de Gestión exigen que se protocolice? ¿No podría ser directamente inscribible el documento administrativo?

Para contestar a esta pregunta, hay que tener en cuenta el antecedente que representa el Reglamento de Reparcelaciones, y también la legislación de concentración parcelaria. Además, hay expedientes judiciales que también se protocolizan notarialmente. Como dice GIMÉNEZ-ARNAU, en su *Derecho Notarial Español* (tomo I, pág. 294), refiriéndose a los expedientes judiciales, «el acta notarial, en estos casos, es formalidad complementaria imperativa, pero no dispositiva o constitutiva en sus efectos, cuya finalidad genérica es la conservación, a efectos

de tráfico jurídico y de expedición de copias, del expediente de que se trate».

Efectivamente, la protocolización notarial no altera la naturaleza del documento, pues éste sigue siendo «administrativo». Pero es un buen sistema para la conservación del expediente y para la expedición de copias en el tráfico jurídico. Hay que tener en cuenta que, aunque el expediente de reparcelación es de carácter administrativo, sus resultados afectan a la propiedad privada, y en este sentido, es mucho más adecuada su conservación en el protocolo notarial, de efectos más permanentes.

Pero el título inscribible es de los «administrativos», a efectos de la clasificación del artículo 3.º de la Ley Hipotecaria. Ello a diferencia del otro supuesto antes visto consistente en la «escritura pública», en que el título inscribible es «notarial», si bien complementado por el documento administrativo de aprobación de la reparcelación.

La firmeza del acuerdo en vía administrativa

El artículo 113, 1, del Reglamento de Gestión exige que sea «firme en vía administrativa el acuerdo de aprobación definitiva de la reparcelación».

Obsérvese la diferencia entre «aprobación definitiva» y «firmeza del acuerdo». La aprobación definitiva se regula en los artículos 110 y 111 del Reglamento y se contrapone a la aprobación inicial del proyecto. En cambio, la firmeza del acuerdo de aprobación definitiva deriva de no poderse interponer recursos contra dicho acuerdo. En la práctica a veces no se expresa esta «firmeza» del acuerdo de aprobación definitiva en la vía administrativa, siendo necesario completar este requisito, a efectos de poder practicar la inscripción. Ahora bien, ¿qué recurso cabe en vía administrativa contra el acuerdo de aprobación definitiva de la reparcelación? Teniendo en cuenta que el Organismo actuante suele ser el Ayuntamiento, hay que tener en cuenta que el artículo 237 de la Ley del Suelo, del que resulta que sólo cabe el recurso de reposición. Pero si el acuerdo es dictado por órgano distinto del Ayuntamiento —supuesto excepcional— entonces cabe recurso de alzada, según el artículo 233 de la Ley del Suelo.

No se exige, en cambio, a efectos de inscripción, que el acuerdo sea también firme «en vía contencioso-administrativa». Ello deriva, como dice JOSÉ LASO MARTÍNEZ (3), de la ejecutividad de los actos administrativos y de su presunción de validez y eficacia.

(3) En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 510, septiembre-octubre de 1975, pág. 1082.

No obstante, ¿qué ocurre si se interpone recurso contencioso-administrativo una vez inscrito el acuerdo de reparcelación?

Hay que distinguir dos casos, según el número 2 del artículo 112 del Reglamento de Gestión, pues «en vía contencioso-administrativa sólo será impugnabile por vicios de nulidad absoluta del procedimiento o para determinar la indemnización que en su caso proceda». En el supuesto de que se reclame acerca de la indemnización que proceda, ello no repercute en las adjudicaciones del acuerdo de reparcelación, pues el Tribunal se limita, según el número 4 de dicho artículo, a fijar «la indemnización correspondiente y los sujetos que hayan de satisfacerla, sin afectar a la efectividad del acuerdo de reparcelación recaído, en cuanto a la definición de la propiedad de las fincas resultantes». Por tanto, en este caso, en nada podría afectar a las inscripciones registrales. Pero cuando se trate de reclamación por nulidad absoluta del procedimiento «el Tribunal se limitará a ordenar la retroacción de las actuaciones al momento oportuno». En este segundo caso sí que podría quedar afectado el acuerdo de reparcelación inscrito. Ahora bien, si como consecuencia de la inscripción han surgido terceros amparados por el Registro, entonces los derechos de estos terceros no pueden quedar afectados por la sentencia. Precisamente para evitar esta situación sería adecuado admitir la constancia registral del escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo por vía de anotación de demanda, interpretando en sentido amplio el artículo 42, 1.º, de la Ley Hipotecaria. Sobre este problema véase JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ (4).

Calificación registral del documento administrativo de reparcelación

JOSÉ LUIS LASO destacaba la importancia de la calificación registral en las reparcelaciones, diciendo: «la ausencia de la intervención notarial, puramente esporádica en este caso, y la posibilidad de que las reparcelaciones se lleven a cabo fuera de los Ayuntamientos, son motivos específicos y trascendentales por los que queda en manos del Registrador toda la responsabilidad sobre el carácter y formación jurídica de la reparcelación» (5). Actualmente son los Ayuntamientos los órganos administrativos encargados de tramitar las reparcelaciones, pero por la incidencia que la reparcelación tiene en la propiedad privada y en las fincas y titularidades anteriormente inscritas, es fundamental la calificación registral.

El propio autor señalaba una lista de supuestos en que se manifestaba la calificación registral, si bien algunos de ellos (referidos a la

(4) Estudio citado en nota anterior, pág. 1080.

(5) Lugar citado.

descripción de la finca formada por agrupación y a las segregaciones) han quedado sin efecto por superación del antiguo sistema del Reglamento de Reparcelaciones.

En todo caso, el Registrador ha de calificar los extremos resultantes de los artículos 113 y 114 del Reglamento de Gestión, de los que resulta el contenido del título inscribible.

Así, por vía de ejemplo:

1.º Ha de controlar la protocolización notarial del documento administrativo. En alguna ocasión, quizá por aplicación inerte del antiguo Reglamento de Reparcelaciones, se ha presentado al Registro el documento administrativo de reparcelación sin protocolizar. En tal caso, procede *suspender* la inscripción hasta que se lleve a efecto tal requisito. El defecto puede calificarse como subsanable, lo que permitirá mantener la prioridad de la fecha del asiento de presentación, pues ya se ha dicho antes que la protocolización es una «formalidad complementaria» que no altera la naturaleza del «título inscribible».

2.º Ha de controlar que conste la «firmeza en vía administrativa» del acuerdo de reparcelación, lo que no siempre aparece en el certificado del acuerdo, según se ha dicho anteriormente.

3.º Respecto a las fincas antiguas, ha de constar en el documento su descripción tal como resulte del Registro y las titularidades existentes sobre ellas, tanto de dominio como de derechos reales limitados, que han de coincidir en principio con las resultantes del Registro. Sin embargo, no hay necesidad de expresar las titularidades posteriores a la nota marginal del artículo 102 del Reglamento de Gestión, que se dan por notificadas de la existencia del procedimiento. No obstante, hay que tener en cuenta lo ya dicho antes sobre la distinción entre titulares de dominio y titulares de cargas. Podría suceder que faltase tracto sucesivo, en cuyo supuesto no sería inscribible el documento, salvo que se hubiese seguido la tramitación de reanudación de tracto sucesivo interrumpido prevista en los números 5, 6 y 7 del artículo 28 del Reglamento de Reparcelaciones antes visto. Podría también darse el caso de que esas fincas antiguas no estuviesen inmatriculadas o existiesen excesos de cabida, en cuyo caso se expresará así en el título. Antiguamente cabía la inmatriculación o constancia de excesos de cabida de tales fincas antiguas. Actualmente, aunque el título de reparcelación sigue siendo «inmatriculador» por aplicación de esta característica que le asigna el Reglamento de Reparcelaciones (art. 28, 8), cabría plantear si no será más adecuado inscribir directamente las nuevas fincas resultantes en base a tal título inmatriculador, en lugar de dar el rodeo de inscribir previamente las fincas antiguas y luego cancelarlas e inscribir

las nuevas por subrogación real. No obstante, en base a la idea de la subrogación real, estimo más adecuado practicar previamente la inmatriculación de la finca antigua y seguidamente cancelar su hoja registral y abrir la que corresponda a la nueva finca que la haya sustituido.

4.º Respecto a las fincas resultantes, han de describirse con arreglo a la legislación hipotecaria, incluyendo en su caso las de la Administración adjudicataria del 10 por 100 del aprovechamiento medio y las que sean viales y zonas verdes. Ha de expresarse el respectivo titular a quien se adjudiquen y el concepto en que lo fuere, lo que en realidad viene completado por el apartado *b)* del artículo 113 del Reglamento de Gestión en el sentido de expresar «respecto a cada finca la antigua a que corresponda o el derecho que da lugar a la adjudicación; así como las cargas y gravámenes, condiciones, sustituciones y demás derechos que las afecten por no ser incompatibles con el planeamiento». De este párrafo se desprende que es esencial expresar la «correspondencia» de la finca antigua respecto a la nueva. Esto lo impone el principio de «subrogación real» y la técnica registral implantada por el artículo 114 del Reglamento de Gestión, al exigir la cancelación de las hojas registrales de las fincas antiguas con expresión de la correspondencia, y la apertura de nuevas hojas con esa misma expresión. Luego veremos que el Reglamento de Gestión en sus artículos 122 y 123 introduce alguna excepción en este punto, a propósito de la llamada «adquisición originaria» y de la extinción de «derechos reales». En tal caso, ha de calificarse con gran rigor la relación del expediente con tales titulares registrales a estos efectos y el pago de la pertinente indemnización por tal extinción.

Un dato muy importante a calificar es la expresión en cada finca de la «cuantía del saldo de la cuenta de liquidación provisional con que quede gravada cada una de ellas». Obsérvese en este aspecto la imperatividad del artículo 114, *e)*, del propio Reglamento, que alude a la expresión «en todo caso» de esa cuantía del saldo de liquidación.

Lo que no es necesario es describir la finca formada por agrupación y las ulteriores segregaciones, pues ya se ha visto que ha cambiado el sistema de inscripción. No obstante, en la práctica se sigue produciendo esa forma de descripción en el título de reparcelación, a pesar de lo cual cabe interpretar a efectos registrales que las llamadas «segregaciones» reflejan las «nuevas adjudicaciones de fincas» que han de abrir folio registral, y que la descripción de la agrupación es un mero dato físico descriptivo de la unidad reparcelable, sin reflejo registral, por lo que no cabe considerar defectuosa esta técnica. Ahora bien, estimo improcedente que se pretenda liquidar el Impuesto de Actos

Jurídicos Documentados por los conceptos de agrupación y segregación, pues, en el nuevo Reglamento de Gestión, lo que se produce es «extinción de hojas registrales de las fincas antiguas» y «apertura de nuevas hojas», cosa esta última que se produce en virtud de «las nuevas adjudicaciones por subrogación real» y no como consecuencia de ninguna segregación. En todo caso, el artículo 102, 1, de la Ley del Suelo y su concordante 130 del Reglamento de Gestión, de los que ahora me ocuparé, son terminantes, acerca de las exenciones en materia de reparcelación.

Respecto a la subsanación de defectos o superación de obstáculos, unas veces bastará documento administrativo de ampliación en base a los datos del expediente. En otros supuestos procederá aplicar el número 3 del artículo 113 del Reglamento de Gestión, según el cual «las operaciones jurídicas complementarias que sean del caso, que no se opongan al proyecto de reparcelación ni al plan que se ejecute, se aprobarán por el Órgano urbanístico actuante, el cual procederá a extender documento con los requisitos y solemnidades previstos en el número 1 de este artículo, que se protocolizará notarialmente o a otorgar escritura pública». Y termina diciendo que «uno u otro documento se inscribirán en el Registro de la Propiedad». Aunque este precepto está previsto más bien para ampliar el contenido del título de reparcelación, posibilitando añadir nuevos aspectos como el llamado «Estatuto de Limitaciones», antes aludido, también puede ser utilizado para subsanar ciertos obstáculos que impiden la inscripción, si ello fuera factible.

Aparte de esta calificación registral por vía de control del documento ya expedido, existe en la práctica la calificación registral por vía de informe, que ahora recoge claramente el Reglamento Hipotecario reformado en 1982, al prever en el artículo 355 el informe del Registrador. En ocasiones se ha consultado acerca de ciertos aspectos registrales de la reparcelación que se plantean en la fase del proyecto, como sería, por ejemplo, la forma de concretar y configurar ciertas fincas de uso común o parte de los titulares de la reparcelación, aparte de la manera de interpretar el propio Reglamento de Gestión en ciertos puntos relativos a la subrogación real, a la extinción de derechos reales incompatibles, a la creación de otros nuevos, y demás preceptos de aplicación.

Por último, como telón de fondo de todo lo dicho, hay que tener en cuenta actualmente el artículo 99 del Reglamento Hipotecario acerca de calificación de documentos administrativos, que puede ser aplicable al título de reparcelación por ser de esta clase.

El carácter «obligatorio» de la inscripción de reparcelación

En el sistema del Reglamento de Reparcelaciones, ya se ha dicho que cada interesado formalizaba las respectivas segregaciones según su propio criterio. Pero actualmente, la cancelación de la hoja antigua y la inscripción de la finca nueva se practican simultáneamente en base al mismo título de reparcelación, y según el número 2 del artículo 113 del Reglamento de Gestión, dicho documento «será inscrito en el Registro de la Propiedad», fórmula imperativa ésta que parece implicar la caracterización del supuesto dentro de las llamadas «inscripciones obligatorias». Esa obligación resultante del carácter imperativo del «será inscrito» corresponde cumplirla al Organó actuante, que es el encargado de expedir el documento. Téngase en cuenta que no se defiende el carácter constitutivo de la inscripción, sino simplemente su carácter «obligatorio» en el sentido en que lo emplean los hipotecaristas.

Los requisitos fiscales en relación con la inscripción del título de reparcelación

a) En cuanto a la relación del Registro de la Propiedad con los Impuestos de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, sabido es que toda inscripción en el Registro requiere la previa nota al pie del documento extendida por la Oficina Liquidadora correspondiente relativa al pago, exención o no sujeción al impuesto, sin la cual no cabe extender ningún asiento en el Registro, salvo el asiento de presentación. Pues bien, esa nota, así como la de toma de razón en el correspondiente Registro Fiscal de Rentas y Patrimonios, debe extenderse en el documento, con carácter previo a la inscripción. Actualmente, es una nota basada en una autoliquidación, por lo que se producirá la nota marginal de afección al posible pago del impuesto, caso de que se estime en su día, al revisar la autoliquidación, que la declaración de exención era improcedente. El artículo 102, 1, de la Ley del Suelo, coincidente con el artículo 130 del Reglamento de Gestión, establece que «las adjudicaciones de terrenos a que dé lugar la reparcelación, cuando se efectúen en favor de los propietarios comprendidos en el correspondiente polígono o unidad de actuación y en proporción de sus respectivos derechos, estarán exentas, con carácter permanente, del Impuesto General sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, ... Cuando el valor de los solares adjudicados a un propietario exceda del que proporcionalmente corresponda a los terrenos aportados por el mismo, se girarán las liquidaciones proce-

dentes en cuanto al exceso». Por tanto, existe exención por el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, salvo que exista un exceso de adjudicación, en cuyo caso ya resultará del documento. Sea de ello lo que fuere, el Registrador de la Propiedad no puede practicar la inscripción sin la previa nota fiscal de autoliquidación, sea con declaración de exención o con liquidación por excesos, extremos estos en los que no puede entrar el Registrador, pues ello corresponde decidirlo a la Oficina Liquidadora en trámite de revisión de la autoliquidación. De momento, el Registrador extenderá la referida nota marginal de afección por autoliquidación.

Lo que no parece procedente, aunque alguna vez he oído decir que se ha practicado por ciertas Abogacías del Estado, es girar liquidación por Actos Jurídicos Documentados por el concepto de «segregación», aun declarando exenta la «adjudicación». Este criterio es erróneo, pues el nuevo Reglamento de Gestión prescinde de la idea de previa agrupación y de las segregaciones, siguiendo directamente la técnica de la adjudicación por subrogación real, por lo que, aún en el supuesto de que se siguiera en el documento la vieja técnica ya superada del Reglamento de Reparcelaciones —agrupación y segregaciones— se trataría de conceptos inexistentes desde el punto de vista registral y jurídico, que no darían lugar a ninguna liquidación impositiva, en consonancia con el carácter meramente vulgar de tales expresiones.

b) En cuanto al arbitrio de plusvalía o impuesto municipal de incremento de valor de los terrenos, la relación del mismo con el Registro de la Propiedad consiste en ser requisito imprescindible para la práctica de la inscripción el presentar una declaración relativa a dicho Impuesto acreditativa de haberla presentado en el Ayuntamiento, aunque todavía no haya tenido lugar el pago. Ahora bien, en el caso de las reparcelaciones, la solución es diferente, en base al citado artículo 102, 1, de la Ley del Suelo y al concordante artículo 130, 1, del Reglamento de Gestión, pues, a diferencia de lo que hemos visto señala para el Impuesto de Transmisiones, en que se alude a «exención», tratándose de plusvalía, dice que las adjudicaciones «no tendrán la consideración de transmisiones de dominio a los efectos de la exacción del arbitrio sobre incremento de valor de los terrenos», salvo el caso ya citado de excesos de adjudicaciones. Ello significa que se trata de un supuesto de NO SUJECION al arbitrio de incremento de valor de los terrenos, lo que permite interpretar que no es necesario presentar la citada declaración de plusvalía a efectos de obtener la inscripción. Esta se producirá directamente, sin necesidad de que conste ninguna nota marginal de afección

por plusvalía. Únicamente en el supuesto en que del documento resulten expresamente excesos de adjudicaciones, cabría exigir la declaración de plusvalía, haciendo entonces constar la afección por nota marginal. Y es que «no tener la consideración de transmisiones» significa que hay que despreocuparse de cualquier formalismo a efectos de la declaración de plusvalía, salvo el caso de excepción ya señalado.

(Continuará.)

JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA
Registrador de la Propiedad
de Barcelona

Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre (Segunda parte)

SUMARIO: CONSTITUCION DE LA TUTELA.—I. *Legitimación para instar el procedimiento:* A) Obligación de promover y facultad de comunicar. B) ¿Cuándo nace la obligación de instar el procedimiento constitutivo? C) Responsabilidad del artículo 229 del Código Civil.—II. *Medidas provisionales.*—III. *Constitución en sentido estricto:* A) Procedimiento tutelar. B) Toma de posesión. C) Prestación de garantía. D) Inventario: a) Momento de formación. b) ¿Quién está obligado a la formación de inventario? E) Inscripción de la tutela.—**FUNCIONAMIENTO DE LA TUTELA.**—I. *Introducción.*—II. *Ambito y naturaleza de la actuación del tutor:* A) Actuación del tutor sobre la esfera personal del pupilo: a) Deberes del artículo 269 del Código Civil. b) Deber de audiencia. c) Límites a la actuación del tutor. B) Actuación del tutor sobre la esfera patrimonial del pupilo: a) Significado y naturaleza. b) Límites a la actuación del tutor. C) Prohibiciones: a) Personas afectadas. b) Eficacia del negocio prohibido. D) Autorizaciones: a) Naturaleza jurídica. b) Eficacia del negocio realizado sin autorización, cuando ésta sea precisa.

CONSTITUCION DE LA TUTELA

La constitución de la tutela exige el cumplimiento de ciertos requisitos y trámites. Debemos distinguir: A) Legitimación para instar el procedimiento; B) Medidas provisionales; C) Constitución en sentido estricto; D) Obligaciones complementarias.

I. LEGITIMACION PARA INSTAR EL PROCEDIMIENTO

Como señala el Profesor SANCHO REBULLIDA (LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, IV bis, pág. 39), la promoción del procedimiento constitutivo puede surgir de estas fuentes: actuación de oficio; acción pública de denuncia e instancia de parte; formas, todas ellas recogidas en los artículos 228 y sigs. del Código Civil:

«Si el Ministerio Fiscal o el Juez competente tuvieren conocimiento de que existe en el territorio de su jurisdicción alguna persona que deba ser sometida a tutela, pedirá el primero y dispondrá el segundo, incluso de oficio, la constitución de la tutela.»

Artículo 229: «Estarán obligados a promover la constitución de la tutela, desde el momento en que conocieren el hecho que dé lugar a ella, los parientes llamados a la tutela, la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor o incapacitado y las mencionadas en los artículos 239, y si no lo hicieren, serán responsables solidarios de la indemnización de daños y perjuicios causados.»

Y artículo 230: «Cualquier persona podrá poner en conocimiento del Ministerio Fiscal o de la autoridad judicial el hecho determinante de la tutela.»

De los artículos transcritos surgen aspectos dignos de consideración:

A) OBLIGACIÓN DE PROMOVER Y FACULTAD DE COMUNICAR

Vemos, pues, que existen dos fórmulas positivas en dichos preceptos, que suponen distintos efectos: así, de los artículos 228 y 229 se deriva una obligación directa a las personas y órganos en ellos mencionados de instar directamente el procedimiento constitutivo; mientras que del artículo 230 lo que surge es la facultad para todos de «poner en conocimiento» del Ministerio Fiscal o Autoridad judicial el hecho que motiva la tutela, de donde se deduce que la instancia del procedimiento no corresponde a cualquier persona, sino sólo la posibilidad de comunicar. Luego están legitimados para instar el procedimiento constitutivo, además del Ministerio Fiscal y la Autoridad judicial, los parientes llamados a la tutela, la persona bajo cuya guarda se halle el incapacitado y los directores de establecimientos públicos donde estuvieren acogidas las personas susceptibles de precisar guarda tutelar.

B) ¿CUÁNDO NACE LA OBLIGACIÓN DE INSTAR EL PROCEDIMIENTO CONSTITUTIVO DE LA TUTELA?

La pregunta tiene dos vertientes: momento desde el cual hay obligación de instar el procedimiento; hecho que motiva esa necesidad. Ambos aspectos, sobre la norma ahora derogada, fueron ya tratados por la jurisprudencia y doctrina con acierto, determinando criterios que son perfectamente asumibles dentro del nuevo orden positivo. Así, LETE DEL RÍO (*Comentarios al Código Civil*, tomo IV, pág. 351) señala, al interpretar la antigua redacción del artículo 293, recordaba el criterio juris-

prudencial, disponiendo que el cumplimiento «ha de ser tan próximo e inmediato como aconseja la prudencia del hombre más escrupuloso» (Sentencia 1 mayo 1894), pero «sujeta, según las circunstancias de cada caso, a aquellas diligencias previas que necesariamente hayan de practicarse...» (Sentencia 18 junio 1923).

El segundo de los aspectos a considerar sería el «hecho que dé lugar a ella (la tutela)», del artículo 229, o «exista(e) en el territorio de su jurisdicción alguna persona que deba ser sometida a tutela», del artículo 228. Al igual que el autor antes citado, el Profesor Díez-PICAZO (RCDI, 1973, págs. 1391 y 1392), al profundizar en la legislación anterior, formula pautas que resultan adecuadas para la interpretación de la nueva ley. El citado profesor entiende que el hecho originante de la tutela es vario: orfandad absoluta del menor de edad, muerte, declaración de ausencia o fallecimiento del titular de la patria potestad, suspensión en el ejercicio de la misma o privación de la titularidad y resolución judicial de incapacitación.

No obstante, depende de la especie de hecho que origine la tutela, para que se ordene de una u otra manera la obligación de instar el procedimiento constitutivo de la misma (cfr. Díez-PICAZO). Por lo tanto, cuando estemos ante alguno de los supuestos de los números 1 y 3 del artículo 222 existirá, con todas sus consecuencias, obligación de instar el procedimiento para las personas a que se refiere el artículo 229; pero cuando el origen se halle en una sentencia de incapacitación será preferente la obligación del Ministerio Fiscal y Autoridad judicial (cfr. artículo 228), que trae como consecuencia el exonerar de responsabilidad a las personas y parientes mencionados en primer lugar. A esta solución deben equipararse todos aquellos supuestos en los que ha habido un previo conocimiento jurisdiccional de la situación presupuesto de tutela, por razón de sus funciones (ej.: expediente de declaración de herederos *ab intestato* de ambos cónyuges, cuya descendencia, en todo o en parte, es menor de edad).

C) RESPONSABILIDAD DEL ARTÍCULO 229 CC

El incumplimiento de la obligación de instar el procedimiento de constitución de la tutela, del artículo 229 del Código Civil, y para las personas en él mencionadas, trae consigo que sean «responsables solidarios de la indemnización de daños y perjuicios causados». No obstante, para delimitar debidamente tal responsabilidad es preciso hacer referencia a algunas cuestiones. ¿De qué tiempo disponen los obligados para el cumplimiento de su obligación? Nos sumamos a las tesis juris-

prudenciales (Sentencias 1 mayo 1894 y 18 junio 1923), que concluyen declarando la imposibilidad de fijar un término concreto; siendo necesario estar a las circunstancias que rodean el caso concreto, aunque actuando, en todo momento, con la debida diligencia.

Otro aspecto sería el de los daños que deban ser indemnizados. Como idea de partida nos sirve la de considerar, de modo general, que el incumplimiento de la obligación a que impone el artículo 229 del Código Civil convierte al causante del mismo en responsable de los perjuicios directos y los que son consecuencia (ej.: imposibilidad de celebrar un contrato por falta de representación adecuada); quedando reducida la responsabilidad señalada a los daños directos, en caso de actuación de buena fe. Como consecuencia, defendemos la aplicabilidad del sistema que nuestro Código Civil tiene establecido para el incumplimiento de las obligaciones de hacer (arts. 1.101 y ss.), sin olvidar que es la propia norma quien determina el carácter solidario de la obligación y, por lo tanto, de la responsabilidad.

II. MEDIDAS PROVISIONALES

El artículo 299 bis del Código Civil, redactado conforme a la Ley 13/1983, de 24 de octubre, prescribe:

«Cuando se tenga conocimiento de que una persona debe ser sometida a tutela, y en tanto no recaiga resolución judicial que ponga fin al procedimiento, asumirá su representación y defensa el Ministerio Fiscal. En tal caso, cuando además del cuidado de la persona hubiera de procederse al de los bienes, el Juez podrá designar un Administrador de los mismos que deberá rendirle cuentas de su gestión, una vez concluida.»

Dentro del transcrito precepto, que pretende cubrir el vacío que se crea desde que el órgano jurisdiccional tiene conocimiento del presupuesto de hecho de la tutela hasta que queda definitivamente constituida, destacamos la intervención de dos elementos: a) intervención del Ministerio Fiscal; b) Administrador del patrimonio. En primer lugar, se hace preciso concretar las funciones que en este orden detenta el Ministerio Fiscal e interpretar el texto positivo al decir «representación y defensa». Podríamos ver en ello, con carácter exclusivo, competencias de carácter procesal, que parecen amparadas por la utilización del término «defensa». Sin embargo, el también utilizado término «representación parece que nos obliga a traspasar los límites señalados, llevándonos a la representación legal fuera de juicio. El fundamento habría de hallarse en que no se puede obviar la posibilidad de que durante la tramitación del proceso constitutivo surjan situaciones personales o patri-

moniales que deban ser decididas antes de la conclusión del mismo, por mucha agilidad que haya querido dar el legislador al procedimiento y confirmen, en la práctica, los Jueces. Por otro lado, esta solución parece que viene amparada en el propio texto positivo, al denominar a la otra figura interviniente en el momento que estudiamos como un mero administrador del patrimonio, que delimita en sí mismo las funciones que le competen. Así, el Ministerio Fiscal quedará sometido en su actuación a los normales requisitos que ha de cumplir cualquier tutor en el ejercicio de su cargo (ej.: autorizaciones judiciales); pero caracterizando su actuación por dos circunstancias: la intermitencia y la urgencia. Esto es, no creemos que en el Ministerio Fiscal deba recaer todo el peso de la guarda y protección, sino que sus funciones van dirigidas a los aspectos externos de la misma (representación en cada caso concreto-intermitencia) y siempre que se trate de asuntos que no puedan demorarse hasta la conclusión del proceso por suponer un potencial peligro de perjuicio para el protegido (urgencia). Lo dicho es válido en cuanto al patrimonio; pero respecto de la persona donde parece que el artículo 229 bis atribuye al Ministerio Fiscal la posición de guardador, nos inclinamos por una estructura compleja: será el Ministerio Fiscal quien tenga un poder decisorio o de revisión, pero sin olvidar al guardador de hecho, quien se mantendrá en su situación y a quien se aplicará su régimen específico.

En cuanto al Administrador del patrimonio, queda clara su naturaleza por la precisión del término utilizado en la norma positiva para designarle. No plantea por ello mayores problemas interpretativos, si no es la posible pluralidad de tales Administradores, respecto de lo que no encontramos inconveniente al tenor del propio texto positivo.

III. CONSTITUCION EN SENTIDO Estricto

A) PROCEDIMIENTO TUTELAR

Señala el artículo 231 del Código Civil, en su nueva redacción:

«El Juez constituirá la tutela previa audiencia de los parientes más próximos, de las personas que considere oportuno y, en todo caso, del tutelado si tuviera suficiente juicio y siempre que fuera mayor de doce años.» Por otra parte, el artículo 223 del Código Civil faculta al Juez para «establecer, en la resolución por la que se constituya la tutela o en otra posterior, las medidas de vigilancia y control que estime oportunas, en beneficio del tutelado».

Siguiendo al Profesor SANCHO REBULLIDA (ob cit., págs. 39 y ss.), tal procedimiento, que habrá de llevarse a cabo por los trámites de la LEC sobre jurisdicción voluntaria (disposición adicional, Ley 13/1983), concluirá por medio de un auto judicial en el que se resuelvan cada uno de los puntos precisos para poner en marcha el organismo tutelar.

El contenido propio de dicho auto será más o menos amplio, dependiendo de las circunstancias que correspondan a cada caso. El objetivo mínimo será el nombramiento de tutor; que podrá verse ampliado mediante el nombramiento de los órganos establecidos por los padres (cfr. artículo 223), del Administrador nombrado por extraño (cfr. art. 227), medidas de control y vigilancia del artículo 233 o la exigencia de constituir algún tipo de garantía por el tutor.

B) TOMA DE POSESIÓN

El tutor queda nombrado en el auto judicial que pone término al procedimiento anteriormente citado; pero es un posterior requisito, al que se refiere el artículo 259 del Código Civil, el que posibilite que el tutor nombrado pueda comenzar el desempeño del cargo: «la Autoridad judicial debe dar posesión del cargo al tutor nombrado».

Como en algún otro lugar hemos señalado, la reforma supone volver al Derecho anterior al Código Civil, siendo una nueva prueba de ello todo lo relativo al procedimiento constitutivo. En forma concisa, recordemos cuáles eran, bajo la legislación anterior, los pasos a dar tras la intervención judicial en la formación del Consejo de familia (ant. artículos 293 y ss.): nombramiento por este órgano del tutor y protutor y toma de posesión de los mismos (ant. art. 261), previo, en su caso, el afianzamiento correspondiente (ant. art. 261) e inscripción en la sección correspondiente del Registro civil (ant. art. 205). De lo expuesto se deduce claramente que la ley era un perfecto reflejo del sistema de tutela de familia en el que se basaba. Lógico que al variar el sistema (tutela de autoridad) lo haga también la localización del poder decisorio en el momento que estudiamos: Autoridad judicial.

Entonces, ¿cuáles son los pasos a dar desde que recae la resolución judicial en el procedimiento constitutivo, cuyo incumplimiento sería obstáculo a que el tutor comience el ejercicio de sus funciones? La prestación de fianza, cuando así lo decida el Juez que entendió en la constitución (art. 260 CC) y la toma de posesión. Incluimos la prestación de la fianza exigida (término que emplea la ley) como circunstancia obstaculizadora al desempeño del cargo, en caso de incumplimiento, aun a pesar de haber desaparecido la antigua y clara fórmula del derogado texto del

artículo 252, porque parece así inferirse de la nueva regulación; siendo la negativa del Juez a dar posesión la única garantía para el cumplimiento de la prestación de «fianza», en caso de que le fuera exigida al tutor, o de cualquier otra exigencia pedida por el Juez, al amparo del artículo 233 del Código Civil.

Por otra parte, a pesar de que la norma nada dice al respecto, será necesaria la toma de posesión de las personas integrantes de los órganos creados por los padres o del Administrador nombrado por extraño.

C) PRESTACIÓN DE GARANTÍA

Transcribimos los siguientes preceptos:

Artículo 260 CC: «El Juez podrá exigir al tutor la constitución de la fianza que asegure el cumplimiento de sus obligaciones y determinará la modalidad y cuantía de las mismas.»

Artículo 261 CC.: «También podrá el Juez en cualquier momento y con justa causa dejar sin efecto o modificar en todo o en parte la garantía que se hubiese prestado.»

Dentro del tema de las posibles garantías a prestar por el tutor resalta el Profesor SANCHO REBULLIDA (ob. cit., pág. 41), el que nueva ley mantenga en el texto del artículo 260 la utilización inexacta del término «fianza»; defecto que ya supuso la crítica a la antigua redacción que sobre esta materia contenía el Código Civil, donde incluso se hacía referencia a fianza hipotecaria y fianza pignoraticia (en este sentido, LETE DEL RÍO, ob. cit., pág. 277); pero aún es más incomprensible en la nueva ley cuando el propio legislador corrige el error en el artículo siguiente, donde dice: «... la garantía que se hubiese prestado».

En cuanto a los caracteres que dibujan esta obligación de prestar garantía, recordemos que bajo el imperio de la norma ahora derogada la obligación de garantizar tenía el carácter de previa al desempeño del cargo de tutor (ant. art. 252 CC), sistema sólo atemperado por el texto del antiguo artículo 260, donde se señalaban los supuestos en que el tutor quedaba eximido de la obligación contemplada. El sistema vigente, basado en los principios que lo informan, concede al Juez no sólo la posibilidad de determinar su clase y cuantía, sino también el ordenar su establecimiento, al utilizar el artículo 260 la fórmula futura «podrá». Como decimos, lo mismo habrá de entenderse sobre la elección del tipo o su extensión, al haber desaparecido las antiguas concreciones de los artículos 253 y 254. Por lo que al momento en que debe prestarse, a diferencia del sistema anterior, abre éste la posibilidad de que la cons-

titución de la garantía oportuna pueda ser demandada por la Autoridad judicial en un momento posterior al de la constitución, como se desprende de la amplitud del nuevo texto dado al artículo 261 del Código Civil, puesto en relación con el ya conocido artículo 233 del Código Civil.

Si por lo expuesto concluimos que el momento en que el tutor habrá de constituir la garantía exigida puede ser anterior o posterior al comienzo de sus funciones, ¿cómo influye el incumplimiento en el desarrollo de la actividad del tutor? En caso de que la garantía haya sido pedida antes de la toma de posesión, nos reiteramos en la tesis ya expuesta acerca del carácter obstativo de esta circunstancia para la toma de posesión. Sin embargo, esta afirmación, válida en principio, no debe ser considerada aplicable en forma general, sino matizada por dos elementos: el beneficio del menor y la naturaleza de la garantía exigida. Las propias necesidades del tutelado hacen inconveniente la creación de obstáculos para que sus guardadores se hallen en disposición de cumplir con su finalidad; por otro lado, debe tenerse en cuenta la protección exigida en la ley para el pupilo; y, por último, la diferente naturaleza jurídica y requisitos a cumplir en las distintas especies de las posibles garantías a prestar (hipoteca, prenda, fianza personal, etc...). Por lo tanto, la exigencia judicial al tutor para que constituya una cierta garantía debe ser atemperada mediante la concesión de un plazo adecuado a la naturaleza de la misma.

En caso de que la garantía sea exigida con posterioridad al comienzo de las funciones del tutor (toma de posesión) o sea solicitada su modificación, la solución no aparece expresa como ocurría bajo la legislación ahora derogada (ant. núm. 2, art. 238 CC), que sancionaba con la remoción del cargo. Hoy no existe norma alguna que dictamine la sanción en forma expresa; pero, sin embargo, la idea puede verse ínsita en el contenido del artículo 247 en su actual redacción, cuando dice que «serán removidos de la tutela los que después de deferida... se conduzcan mal en el desempeño de la tutela, por incumplimiento de los deberes propios del cargo...»

Visto lo expuesto, parece no existir diferencia alguna entre la sanción aplicable al caso de incumplimiento, cualquiera que sea el momento en que la obligación haya nacido (por algo el artículo 247 ya señala que la posibilidad de remoción existe desde que el cargo de tutor está «deferido»). Ciertó; pero la diferencia no se halla en los que podríamos denominar efectos directos, sino en los indirectos. No nos referimos a las acciones que puedan corresponder al pupilo mediante las que reclamar del tutor los daños y perjuicios que le haya ocasionado la falta de cumplimiento (cfr. art. 285 CC); sino que si se trata de la remoción de

un tutor que no ha comenzado propiamente a desempeñar su cargo, no se hace preciso poner en marcha todo el mecanismo propio de la extinción de la tutela (sentido subjetivo), en cuanto al delicado aspecto de la rendición de cuentas y problemas liquidatorios.

D) INVENTARIO

La necesidad de formalizar un inventario en los comienzos del ejercicio de las funciones de tutor se ha entendido siempre como una necesidad exigida por la protección del pupilo. Ya en la legislación ahora derogada se recogía esta obligación (ant. art. 264), complementada por otras disposiciones contenidas en los artículos siguientes. Esta necesidad de formar inventario se mantiene en la actual redacción, y así el artículo 262 del Código Civil prescribe:

«El tutor está obligado a hacer inventario de los bienes del tutelado dentro del plazo de sesenta días, a contar desde aquel en que hubiese tomado posesión de su cargo.»

a) *Momento de la formación*

Declara el artículo transcrito que el tutor puede utilizar los sesenta días siguientes a su toma de posesión para formar inventario. De la declaración positiva se deduce una primera característica: el ser posterior al momento de la toma de posesión. Recalcamos esta circunstancia, ya que bajo el régimen ahora derogado la formación de dicho inventario se entendía como requisito previo al inicio de la gestión del tutor, considerando que a partir del cumplimiento de tal formalidad se tenían elementos de juicio suficientes para determinar la necesidad de prestar garantía y su cuantía (LETE DEL RÍO, ob. cit., pág. 298). Indudablemente, no faltaban razones al citado autor para sustentar la tesis reseñada, habida cuenta de los principios que regían la materia tutelar. Por idénticas razones, el pasar a un régimen de tutela de autoridad permite tratar la cuestión, quizá, con más flexibilidad, teniendo a la vista ciertas circunstancias: la constante intervención judicial es garantía de derechos e intereses del tutelado; las competencias de la Autoridad judicial en materia de garantías a prestar; sistema de sanciones, etc...

En conexión con el momento en que ha de hacerse el inventario se sitúa la posibilidad de la prórroga del plazo para realizar el inventario a que se refiere el artículo 263 del Código Civil, sujeta de decisión motivada del Juez competente cuando «concurriere causa para ello».

b) *¿Quién está obligado a la formación de inventario?*

Dice, expresamente, el artículo 262 del Código Civil que será el tutor el sujeto pasivo de tal obligación. Pero no es la figura del tutor la que podría plantear problemas o dudas, sino la del Administrador nombrado por extraño y la del defensor judicial. En cuanto al primero de ellos, nada dice el artículo 227 del Código Civil, pero al señalar que será el disponente quien determine las reglas por las que habrá de llevarse a cabo tal administración abre la puerta a la posible necesidad de inventario; así como las propias competencias concedidas a la Autoridad judicial para dictar las medidas que considere precisas o convenientes para el control o vigilancia del desarrollo de la tutela. Lo dicho, por otra parte, no resulta extraño, ya que el Código Civil impone la misma carga en otros supuestos donde existe poder de gestión o disposición sobre patrimonios ajenos. No pensamos de igual forma para el caso del defensor judicial, cuya razón de ser obliga a tener presentes ideas de temporalidad y transitoriedad; quizá por ello el artículo 302 del Código Civil sólo impone la obligación de rendir cuentas al concluir la gestión.

Quedan por comentar otros aspectos de la reforma que, en sí, precisan de poco más que la transcripción del nuevo texto. Huyendo de tan farragosa tarea señalamos las siguientes ideas: la formación del inventario será judicial, con intervención del Ministerio Fiscal y un trámite potestativo de audiencia (art. 264); el artículo 265, párrafo 1.º, es semejante al texto del antiguo párrafo 1.º del artículo 266, con modificaciones en el segundo, para hacer recaer sobre el patrimonio del menor o incapacitado los gastos ocasionados por la formación del inventario; la ley mantiene la renuncia presunta del tutor a los créditos de que sea titular contra el pupilo y no haya incluido en el inventario (art. 266), pero coincidimos con SANCHEZ REBULLIDA (ob. cit., pág. 42) al considerar que se trata de una presunción *iuris tantum*...

E) INSCRIPCIÓN DE LA TUTELA

Artículo 218: «Las resoluciones judiciales sobre los cargos tutelares y de curatela habrán de inscribirse en el Registro Civil.

Dichas resoluciones no serán oponibles a terceros mientras no se hayan practicado las oportunas inscripciones.»

Artículo 219: «La inscripción de las resoluciones a que se refiere el artículo anterior se practicarán en virtud de la comunicación que la Autoridad judicial deberá remitir al Encargado del Registro Civil.»

Indudablemente, la reforma operada supone un cambio positivo, por cuanto clarifica el tema de inscripción, centra su naturaleza y abre el

camino para la necesaria reforma de la normativa sobre Registro Civil. Recordemos que el texto derogado dedicaba a esta materia el artículo 205, donde se otorgaba a la inscripción el carácter de requisito *sine qua non* para el ejercicio del cargo de tutor. Tal fórmula hizo que la doctrina se plantease si la inscripción tenía carácter constitutivo. No obstante, las opiniones se inclinaron hacia la idea del título de legitimación. Díez-PICAZO (ob. cit., págs. 1398 y ss.) dice: «El Código la miraba (inscripción), más que nada, como una condición de entrada del tutor en el desempeño de sus funciones. Las inscripciones se limitaban, como se ve, al cargo de tutor, sin alcanzar a los demás componentes del organismo familiar, y no tenían, en ningún caso, carácter constitutivo. Sin embargo, parece la inscripción como un título de legitimación, en el sentido de que el tutor inscrito representa legalmente al tutelado frente a los terceros que pueden confiarse en la inscripción, y que el tutor no inscrito no puede alegar esa cualidad frente a estos mismos terceros.» Exponentes de la tesis anterior son otros autores de nombrada valía: SANCHO REBULLIDA (ob. cit., pág. 19) y LETE DEL RÍO (ob. cit.). Por ello, al comenzar señalábamos cómo el legislador, al emprender la reforma, ha centrado el tema de la eficacia jurídica de la inscripción en materia tutelar.

FUNCIONAMIENTO DE LA TUTELA

I. INTRODUCCION

A modo de prólogo, antes de comenzar el estudio de lo que se ha venido en denominar funcionamiento o ejercicio de la tutela, es conveniente reiterar algunas reflexiones sobre principios inspiradores de la institución tutelar, amparados en doctrina pacífica y el aval de una jurisprudencia constante y uniforme. Para el estudio completo de cualquier institución jurídica es imprescindible no sólo la interpretación y desmenuzamiento de la norma positiva, sino también atender a aquellas pautas de principio o teóricas que sirven de origen a la posterior formulación de la norma.

Con el interés apuntado, hay que recordar que la doctrina moderna, no sólo contemporánea, ha entendido que las instituciones de guarda de menores e incapacitados tienden, exclusivamente, a la protección de aquellos a los que se dirige. Este principio, que en la actualidad no provoca sino adhesiones, supuso en su día un grave e importante giro res-

pecto de las líneas inspiradoras de la guarda de menores e incapaces. La idea de que toda institución de guarda lleva insito el deber de protección es decisoria a la hora en que el legislador reglamenta el contenido y ejercicio de tales formas de protección. Por lo tanto, cuando hablamos del conjunto de derechos y deberes que comporta la figura del tutor no hemos de pensar que estamos concediendo al titular de dicho cargo poder alguno que permita denominarle derecho subjetivo, con excepción de la misma titularidad del órgano tutelar (cfr. Díez-PICAZO). Por el contrario, el poder de que dispone el tutor se concreta en posibilidad de acutación y defensa, amparada en la norma, pero para el mantenimiento y exclusión en favor de la esfera jurídica del protegido y exclusivamente en beneficio de éste. Por ello LETE DEL RÍO (ob. cit. página 288) afirma que «si se pretende cierta exactitud, los poderes atribuidos a los órganos de la institución tutelar no podrán ser calificados de verdaderos derechos subjetivos, sino como 'potestades'; entonces parece más lógico hablar de atribuciones o facultades, sus funciones tanto tienen de facultades como de obligaciones». Otro tanto observa Díez-PICAZO (ob. cit., pág. 1372) cuando señala que «los poderes conferidos a los componentes de la institución tutelar no son derechos subjetivos, sino potestades». La Ley 13/1984 consagra de manera definitiva esta concepción mediante el artículo 216, cuando dice: «Las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado...» El tutor será el instrumento que la ley utiliza para el cumplimiento de una función social, otorgándole, como medio para el cumplimiento de sus fines, potestad sobre el pupilo, que es conjunto de derechos, deberes y facultades.

Otro aspecto de indudable importancia para lograr una visión global de la institución dentro de los grandes apartados del Derecho civil es su ubicación dentro del Derecho de familia; esto es, ¿es la tutela una institución familiar o, al menos, cuasifamiliar, como afirmaba el Profesor CASTÁN? Para dar respuesta hay que partir del presupuesto de que el origen de la tutela se halla en el propio Derecho civil, lo que supone que sus raíces abstractas no sean lo suficientemente profundas como para otorgar a la institución autonomía teórica, sino que se hace preciso establecer una relación de dependencia con respecto de alguna otra institución jurídica que sí posea los necesarios principios informadores y abstractos que le permitan superar los límites del Derecho civil. El hallazgo de esa otra institución que sirva para completar el entramado teórico de la institución tutelar depende, a nuestro juicio, de una simple pregunta: ¿cuándo necesitamos de la tutela? Cuando no existe o no se puede rehabilitar la paria potestad, que es el reflejo jurídico del víncu-

lo de filiación. Todas estas disquisiciones teóricas parecen confirmadas por la ley, pues recordemos que el artículo 222 del Código Civil, en su actual redacción, somete a tutela a los menores no emancipados que «no estén bajo la patria potestad», y, por exclusión, el número 3 del citado precepto se refiere a los que están sujetos a la patria potestad prorrogada.

En orden a la extensión de la guarda que la tutela supone, la legislación ahora derogada imponía un sistema unitario, que sólo quebraba en los casos del sordomudo (ant. art. 218 CC: la sentencia debía fijar «la extensión y límites de la tutela según el grado de incapacidad de aquéllos») y del pródigo (ant. art. 229 CC: ordenaba una graduación parecida a la del sordomudo). La Ley 13/1983, de 24 de octubre, en línea con los principios en los que se ha inspirado y huyendo de declaraciones estandarizadas o excesivamente estrictas, aplica, como criterio general, la idea de la graduación de las consecuencias que implica al pupilo el sometimiento a tutela. Prueba de lo dicho es el artículo 267, al señalar:

«El tutor es el representante del menor o incapacitado, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la ley o de la sentencia de incapacitación.»

Por lo tanto, y a la vista de lo expuesto, hay que concluir por señalar que será el Juez competente el que en la sentencia de incapacitación habrá de fijar los límites hasta donde se extiende el contenido de la tutela; lo que supone que los preceptos del Código Civil dedicados a esta materia cumplen una función supletoria de lo dictaminado, para casos de omisión.

Tratadas estas cuestiones preliminares, pásemos al estudio de los apartados que tradicionalmente forman el núcleo del ejercicio o funcionamiento de la tutela.

II. AMBITO Y NATURALEZA DE LA ACTUACION DEL TUTOR

Utilizando de nuevo la dependencia que creemos tiene la institución tutelar respecto de la patria potestad, el primer comentario comprensivo de las cuestiones que pretendemos abarcar con el título propuesto sería el de los Profesores Díez-PICAZO y GULLÓN (*Sistema de Derecho civil*, volumen IV, pág. 362), que al tratar sobre la amplitud del poder de representación derivado de la patria potestad dice: «... comprende todas

las facultades concernientes a los bienes, derechos y deberes de los hijos, salvo aquellos que se encuentren expresamente exceptuados.»

No obstante, quizá sea preferible para estudiar el ámbito de actuación del tutor recordar aquello que en páginas anteriores expusimos sobre la naturaleza jurídica de la figura del tutor. Es el tutor órgano de institución tuitiva, que tiene por finalidad primera (a semejanza de la patria potestad) el beneficio del protegido (idea de orden público positivo), encaminada a posibilitar el desarrollo integral del menor o incapaz (cfr. art. 49 Constitución española 1978), que precisa de medios jurídicos para la consecución del fin apuntado. Desde un punto de vista global, y como ha quedado expuesto, el arma que la ley otorga al tutor será la potestad que ostenta sobre y en favor del pupilo, que se desglosa por una doble vía: a) esferas jurídicas del pupilo sobre las que recaen las funciones del tutor: personal y patrimonial; b) parcelación del contenido de la situación del tutor: derechos, deberes y facultades. Desde otro punto, y al señalar que el núcleo central de la tutela es el beneficio del pupilo, habrá que tener en cuenta que la consecución de dicho fin lleva consigo la necesidad de instrumentalizar una serie de límites a la *potestas* del tutor, no sólo para evitar el perjuicio (principio de orden público restrictivo), sino para asegurar la obtención del beneficio (principio de orden público positivo). Todo ello, al entremezclarse, supone que la actuación del tutor estará presidida por unas u otras pautas, dependiendo de la esfera jurídica del menor sobre la que recaiga la decisión concreta. Así, las dos corrientes de actuación posibles del tutor irán dirigidas a la esfera personal o patrimonial del pupilo.

A) ACTUACIÓN DEL TUTOR SOBRE LA ESFERA PERSONAL DEL PUPILO

Para el cumplimiento de sus deberes en la esfera personal goza el tutor de poderes (art. 268, párrafo 2.º: «Los tutores podrán, en el ejercicio de su cargo, recabar el auxilio de la autoridad. Podrán también corregir a los menores razonable y moderadamente») e incluso los pupilos son deudores frente al tutor de respeto y obediencia (art. 268, párrafo 1.º). Sin embargo, y a pesar de las declaraciones de la norma, no podemos llegar a la conclusión de que el Código siga, en esta materia, orientaciones restrictivas, remozando y actualizando el cuadro romano, hoy superado, de la *potestas*. Por el contrario, el sentido que hemos de atribuir a este artículo 268 del Código Civil es puramente complementario de la declaración de principios del artículo 216 del Código Civil, que de modo tajante ordena que «las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado...»; lo que se

concreta, en el orden personal, mediante el artículo 269 del Código Civil, al señalar que «el tutor está obligado a velar por el tutelado». Como dicen los Profesores Díez-Picazo y Gullón (*ob. cit.*, pág. 360), al hablar de las facultades correctoras que al padre concede el último párrafo del artículo 154 del Código Civil, «debe ser la función pedagógica la que invista toda la actuación».

Entonces, y en la misma línea de argumentación, el verdadero sentido de las funciones del tutor en la esfera personal no está en los poderes correctores o el deber de sumisión del pupilo; sino, por el contrario, en el conjunto de obligaciones legales que le vienen impuestas y a las que se refiere el artículo 269 del Código Civil. Precepto que contiene evidentes similitudes con el artículo 154 del Código Civil, donde se relacionan los deberes de los padres para con los hijos sujetos a la patria potestad. Las citadas similitudes tienen una doble función: 1.º, el propio Código Civil confirma las relaciones de dependencia de la tutela respecto de la patria potestad; 2.º, la interpretación del artículo 154 del Código Civil nos servirá de pauta para hacer lo propio con el artículo 269 del Código Civil, partiendo del principio, sentado doctrinalmente, de que sobre la esfera personal del pupilo no tendrá el tutor competencias o poderes representativos, sino que únicamente estará legitimado para la defensa de los derechos e intereses personales, consecuencia lógica de su principal deber y la naturaleza de la esfera a la que sus actos van dirigidos.

a) *Deberes del artículo 269 del Código Civil*

En ambos preceptos citados, aunque situado en distinta forma, aparece el «deber de velar». En el artículo 269 parece configurarse como un deber superior del que derivan todos los demás; circunstancia en la que no coincide aparentemente el artículo 154. No obstante, ha sido la propia doctrina la que le ha otorgado idéntico lugar de preponderancia; ejemplo de ello es el siguiente comentario de Díez-Picazo y Gullón (*ob. cit.*, pág. 359): «La expresión velar comprende la dispensación de toda clase de cuidados, materiales y morales, pero globalmente ello no es distinto de cada uno de los elementos que después se reseñan (los del art. 154)»; o el Profesor Sancho Rebullida (*Elementos...*, t. IV, página 741), que le conceptúa como «la medida y hasta la actitud que debe informar el cumplimiento de los restantes deberes...».

La subsiguiente enumeración de deberes en ambos preceptos es idéntica, salvo por la no inclusión en el artículo 269 del Código Civil del «deber de compañía», defecto que, desde nuestro punto de vista, debe ser subsanado mediante la aplicación analógica del citado artículo 154

del Código Civil (recordemos las relaciones de dependencia y similitud apuntadas y la obligación de procurar un desarrollo integral al pupilo, necesidad de ambiente familiar). Empero, este nuevo deber del tutor, y teniendo en cuenta las circunstancias del caso, puede ser dispensado por el Juez competente. Podríamos, pues, concretar esta idea diciendo que se presume la necesidad de dar al pupilo un adecuado ambiente familiar, como elemento determinante de su íntegro desarrollo; pero que cuando el beneficio del pupilo exija otra situación podrá el Juez competente actuar en la forma apuntada (arg. art. 233 CC).

La identidad señalada entre el contenido de los artículos 154 y 269 quiebra en los números 3 y 4 del último de los preceptos citados, debido a las especialidades propias de la institución tutelar.

b) *Deber de audiencia*

El artículo 154, en su penúltimo párrafo, otorga a los hijos el derecho (y correlativo deber) de ser oídos antes de que los progenitores adopten cualquier decisión que les afecte, siempre que aquéllos tuvieren suficiente juicio. Este deber de audiencia ha sido considerado como limitación a la patria potestad (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *ob. cit.*, pág. 361). En materia de tutela aparece este deber-derecho en distintos preceptos: artículo 207, sobre el procedimiento de incapacitación (en este artículo, estrictamente hablando, lo que se otorga es un derecho de personarse en el procedimiento); artículo 231, en cuanto al procedimiento constitutivo de la tutela; artículo 273, en cuanto a los actos que deban ser autorizados por el Juez. No obstante, aun cuando la *ratio* pueda ser la misma, los presupuestos del derecho comentado varían: el artículo 154 hace referencia a los hijos que tengan «suficiente juicio», sin más; en los artículos citados sobre materia tutelar se utilizan diversas condiciones y circunstancias, desde la mayor amplitud, en cuanto al contenido, del artículo 210, hasta el libre arbitrio judicial del artículo 273 («o lo considerara oportuno»). Así, como configura el Código en sede de tutela el derecho de audiencia: 1.º, va dirigido a las intervenciones del Juez y no a las del tutor; 2.º, salvo en materia de constitución, y por lo que al ejercicio de la tutela se refiere, se recoge sólo en actos o contratos que precisen de autorización judicial y no con carácter general; 3.º, las condiciones para su ejercicio, durante la tutela en ejercicio, son ser mayor de doce años o entenderlo oportuno el Juez a quien se solicita la autorización para un acto concreto.

Ante lo expuesto, ¿debemos concluir que el menor o incapacitado no debe ser oído por el tutor antes de tomar decisiones que le afecten? Para comenzar es conveniente precisar la trascendencia que debe-

mos otorgar al denominado al derecho de audiencia que obtenemos de algún comentario doctrinal. Señalan LACRUZ-SANCHO (*ob. cit.*, pág. 722), al esbozar una crítica sobre la Ley 13/1981, de 13 de mayo, que «acaso el principal defecto de la ley consista en el peligro de inseguridad jurídica a que pueden dar lugar su afán de flexibilidad y respeto a la personalidad del hijo: expresiones y conceptos como 'de acuerdo con su personalidad', 'procurarles una formación integral', 'si los hijos tuvieran suficiente juicio'... pueden ser de difícil apreciación y reducción a medidas jurídicas concretas y objetivas»; aspecto éste de inseguridad al que también se refiere CASTÁN VÁZQUEZ (*Comentarios...*, t. III, v. II, página 110). Temores que la doctrina plantea y que imponen un principio de matización para que podamos hablar, con un sentido estricto técnico-jurídico, de derecho del sujeto a patria potestad a intervenir o ser oído en cuantas decisiones le afecten.

Esta ha sido la causa de que otros autores, intentando extraer el verdadero sentido de la reforma, hayan hecho hincapié en los aspectos extrajurídicos de las declaraciones positivas antes comentadas. Para PRADA GONZÁLEZ (*AAMN*, t. XXV, pág. 362) se trata de «un criterio moderno educativo» y que «quizá sea excesivo exigir siempre consultarle (al hijo) e imponer al Juez el oírle en todo supuesto...»; y en cuanto a su extensión, dicen Díez-PICAZO y GULLÓN (*ob. cit.*, pág. 361) que «no se trata de actuar de acuerdo con lo que los hijos desean, sino simplemente oírlos»; y por lo que a su inobservancia se refiere señalan los mismos autores que «no invalida los actos, pero determina una grave extralimitación en el ejercicio de la patria potestad». De todas las opiniones reproducidas parece evidente que el «derecho» que tratamos no debe entenderse ni tratarse como una categoría jurídica tradicional; por el contrario, lo que supone es un reflejo cierto de lo que ha acaecido dentro de las materias de Derecho de familia al ser de nuevo reguladas en el Código Civil: la lógica positivista, propia del siglo XIX, quiebra ante la necesidad de dar entrada en la norma a factores psicológicos o sociológicos que imposibilitan la aplicación de soluciones generales y obligan a resolver en función del caso concreto, para lo que es preciso la concesión de libre arbitrio a la Autoridad judicial (potenciación de la libertad de decisión, no en cuanto a hechos, sino en cuanto a principios que constituyen la *ratio* de la norma, que es moldeable al caso concreto, de donde resulta la posible casación por infracción de ley).

Visto lo anterior, consideramos que la pregunta planteada debe hacerse en otra forma. ¿Es preciso que la norma recoja de modo expreso el deber de audiencia o derecho de intervención? No hay tal necesidad, sino que su ejercicio, pues constituye «criterio educativo», debe ser con-

siderado como parte de los deberes formulados con mayor amplitud (arg. número 2, art. 269 CC: deber de educación y formación integral). El incumplimiento de este deber por parte del tutor será elemento de primer orden para enjuiciar su actuación en orden a la consecución del principio básico de la tutela (orden público), cual es el beneficio del pupilo; y en el sentido apuntado, serviría de causa suficiente, a nuestro entender, para que el tutor pudiera ser removido de su cargo (arg. artículo 247 CC).

c) *Límites de la actuación del tutor*

Precisamente para asegurar los fines de la tutela concretados en los tres primeros números del artículo 269 del Código Civil, y teniendo en cuenta que el beneficio del pupilo obliga a pensar no sólo en su desarrollo, sino también en su protección (principio de orden público que, en conflicto con la tendencia abierta del desarrollo integral del pupilo, no debe superponérsele), la norma deja abiertos cauces a través de los cuales tiene el tutor que contar con la opinión o decisión de otras personas, órganos o autoridades o parcelas donde su *potestas* no llega. ¿Cuáles son esas limitaciones?

La primera de ellas es la intervención del propio pupilo en las decisiones que le afecten, bien sea por el camino del comentado derecho de intervención, bien mediante el ejercicio, por él mismo, de las parcelas de autonomía que le permita la propia sentencia de incapacitación o la propia ley. Un segundo camino será el del artículo 223 del Código Civil, que permite a los padres, en testamento o documento público notarial, «ordenar cualquier otra disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados». Por otra parte, tengamos en cuenta que esta facultad de los padres puede ordenarse con distinta finalidad: instrucciones directas al tutor, de observancia obligada; creación de órganos fiscalizadores de la función tutelar con competencias decisorias o consultivas. Existe, por último, una tercera vía: la necesaria intervención de la Autoridad judicial, que pasamos a comentar.

Son los artículos 233 y 271, 1.º, del Código Civil los que afectan a esta materia, aunque no en igual forma. El primero de ellos, que, como veremos, es consecuencia lógica del principio general de salvaguarda de la tutela por la Autoridad judicial (arg. art. 216 CC), es de contenido general y configura un poder genérico del Juez competente para el control y vigilancia de la tutela (tanto en el orden personal como patrimonial). El segundo de ellos establece, de modo expreso, la necesidad de autorización judicial para que el tutor pueda internar al pupilo en establecimiento *ad hoc*. Para dar coherencia al sistema es preciso encontrar

la vía que nos muestre cuál es el nexo de unión entre los preceptos citados, pues deben ser reflejos positivos de una misma construcción lógica. El artículo 233 concede al Juez los medios precisos para concretar iniciativas y establecer controles, pero cuando él lo estime oportuno; el artículo 271, 1.º, prescribe una autorización para un concreto caso. Son datos importantes, pero no suficientes para aclarar el problema que subyace: competencias del tutor sobre los derechos de la personalidad del pupilo.

A diferencia de lo que ocurre en sede de patria potestad, donde el artículo 162, 1.º, del Código Civil orienta, en cierta medida, el problema; en materia de tutela nos encontramos con el ya citado artículo 271, 1.º, que, aun cuando está ahí y es de obligada observancia, resulta extraño al ubicarse en un medio que no le es propio (el citado artículo, junto con el siguiente, contemplan los casos en los que es precisa la autorización judicial para actos o contratos relativos a la esfera patrimonial del pupilo). ¿Es que, acaso, tiene mayor trascendencia el internamiento del pupilo que la explotación de su imagen, el desprecio por su honor, el olvido de su educación o cualquier otra forma negativa de actuación en esfera tan íntima? Como nuestra respuesta tiene que ser en el sentido de afirmar la equivalencia de todos esos posibles atentados (pues del art. 10 de la Constitución de 1978, en relación con el art. 49 de la misma, resulta con claridad que «la dignidad de la persona, los derechos que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad... son fundamento del orden político y de la paz social») habrá que integrar el sistema tutelar aplicando, analógicamente, lo que se ha entendido al tratar de patria potestad (el ya citado art. 162, 1.º, CC). Concretando, entendemos que los derechos de la personalidad del pupilo deberán ser por el mismo ejercitados siempre que lo permitan sus condiciones físicas o psíquicas (ámbito de aplicación de los arts. 210 y 233 CC) y tendencia de especial importancia en la forma de dirección del tutor (cumplimiento de los deberes impuestos al tutor en los números 2.º y 3.º del art. 269 del Código Civil); en la medida en que la defensa de estos derechos no pueda ser verificada por el propio pupilo correrá a cargo del tutor, quien deberá observar una actuación conforme a las directrices dictadas por los padres (arg. art. 223 CC, en relación con el art. 162, 1.º, CC) o a las condiciones personales, creencias religiosas, postulados ideológicos y medio socioeconómico del pupilo, con especial obligación para el Juez que sigue el desarrollo de la tutela y del Ministerio Fiscal (cfr. art. 232 del CC) la vigilancia y control de la actuación del tutor, quien podrá ser removido del cargo al constatare el perjuicio (incluso el no beneficio) para el pupilo (cfr. art. 247 CC).

Creemos, pues, que no se solventa el problema con la necesidad de autorización judicial para un caso concreto (que, por otra parte, no ha de ser necesariamente previa, si relacionamos el art. 271, 1.º, con el artículo 211, que, más pausadamente, contempla los supuestos de urgencia), sino por un principio general de actuación del tutor, limitado por la propia intervención del pupilo, en la forma ya dicha, y con una exquisita vigilancia de los órganos jurisdiccionales. Indudablemente, es hartocomplicada la labor del legislador al trasplantar a la norma reglas concretas de actuación en materia tan difícil como los derechos de la personalidad; pero quizá el sistema quedaría encajado recordando una idea ya apuntada y que puede formularse diciendo que las competencias del tutor nunca pueden recaer sobre la esfera de la personalidad del pupilo, fuera de la legitimación para su defensa.

B) ACTUACIÓN DEL TUTOR SOBRE LA ESFERA PATRIMONIAL DEL PUPILO

a) *Significado y naturaleza*

Hasta ahora hemos expuesto qué es y significa para nosotros la intervención del tutor en la esfera personal del pupilo; y allí dejamos dicho que tal intervención dimana, exclusivamente, de la legitimación que ostenta el tutor para la defensa de los derechos del pupilo, derivada del deber de beneficio del menor o incapacitado: estábamos excluyendo del poder representativo del tutor la persona del pupilo. Ahora bien, dentro de la persona existen dos aspectos fundamentales: estático, la propia persona; dinámico, que cambia o puede cambiar (estado civil). Pues bien: nos atañe ahora ese segundo aspecto cambiante de la persona, que por diversas causas puede verse inmersa en distintos estados civiles que, aun cuando no afectan a la capacidad jurídica, sí afectan a la capacidad de obrar. Surge la necesidad de instrumentalizar medios que permitan al incapaz o menor, cuyos estados civiles no se lo permiten, un íntegro desarrollo (cfr. art. 49 Constitución 1978).

La técnica que utiliza el Derecho para posibilitar el íntegro desarrollo, por lo que al patrimonio se refiere, en su concepción dinámica, es la denominada representación legal. Salta a la vista un aspecto de vital importancia, que cierra el sistema que venimos exponiendo: la representación del pupilo por el tutor no es el medio de actuación global, sino un medio que se otorga a éste para la consecución del beneficio del pupilo y referido a un ámbito que le es adecuado, las relaciones patrimoniales. Es decir, utilizando la terminología del Profesor Díez-PICAZO, la

relación originante de la representación (concepto que en este caso hemos de entender en un sentido lato) está en el necesario contacto que ha de tener el tutor con el patrimonio del pupilo; entendiendo éste como un medio más de búsqueda del beneficio del sometido a guarda (cfr. art. 269 del Código Civil).

Claro está que patrimonio, bajo un esquema ya clásico, tiene un doble aspecto: goce y disposición. El primero de ellos hace referencia a la administración del patrimonio (conservación); el segundo debemos relacionarlo con el poder de disposición (transformación del patrimonio- aspecto dinámico). Nuestro Código Civil, tras la reforma que comentamos, recoge ambos aspectos en sendos preceptos:

Administración.—Artículo 270: «El tutor único y, en su caso, el de los bienes es el administrador legal del patrimonio de los tutelados y está obligado a ejercer dicha administración con la diligencia de un buen padre de familia.»

Poder de disposición es concepto que precisa de vehículo de mayor amplitud, que, en este caso, será representación.—Artículo 267: «El tutor es el representante del menor o incapacitado...» Como se desprende del propio texto legal, poderes de administración y representación no son sino parte de los instrumentos que integran la relación tutelar, a los que habría que añadir la legitimación del tutor para la defensa de los derechos de la personalidad del pupilo.

b) *Limitaciones a la actuación del tutor en la esfera patrimonial del pupilo*

La cuestión planteada merece una serie de reflexiones generales que, en cierta medida, inciden sobre materias anteriormente contempladas, por lo que a ellas nos remitimos, en caso de resultar oscura la exposición. Si entendemos que la razón de ser de la tutela está en su consideración como medio para asegurar el pleno desarrollo del pupilo, parece lógico pensar que todo el entramado teórico sobre las funciones del tutor debe ir orientado en el indicado sentido. Tendencia ésta que ha quedado patente en lo que a la esfera personal del pupilo se refiere y que, necesariamente, debemos traer al campo de lo patrimonial. En base, pues, a este esquema de principios, y planteándonos en concreto las limitaciones a la esfera de actuación originaria del tutor, habrá que preguntarse: ¿son auténticas limitaciones o, por el contrario, delimitaciones del contenido de las facultades del tutor? Tratemos de esclarecer ideas.

La pregunta ahora en el aire no tiene respuesta unitaria, sino que el poder de actuación del tutor se halla, en la ley, limitado y delimitado. La forma de averiguar cuándo nos encontramos ante un elemento delimita-

tivo o limitativo de las competencias generales del tutor nos lo brinda el mismo Código Civil a través de su artículo 267, donde, tras conceder al tutor el carácter de representante legal del pupilo, delimita sus competencias mediante una doble vía (ley o sentencia judicial), con lo que pretende conseguir que la intervención del pupilo en la defensa y desarrollo de sus intereses sea lo más ajustada posible a sus facultades. El tutor podrá, en consecuencia, actuar en nombre y por cuenta del pupilo exclusivamente, allí donde la capacidad de obrar de éste se vea recortada. Concretando, el poder representativo del tutor se delimita por la posibilidad que tiene el pupilo de dirigir, él mismo, los asuntos que le afecten.

Una vez delimitada la figura representativa del tutor en la forma expuesta, y habiendo quedado, consecuentemente, perfiladas sus fronteras, el artículo 267 del Código Civil otorga al tutor poder general de representación sobre el pupilo. Es en este momento cuando se hace preciso señalar cuáles son los límites que rebajan el listón del poder general de representación concedido al tutor por el citado precepto legal. La operación consiste en excluir de lo general ciertas facultades determinadas y de una forma absoluta o relativa (prohibiciones y autorizaciones).

Pero ¿cuáles son las consecuencias prácticas de distinguir entre delimitaciones y limitaciones? Tiene reiteradamente sentado la jurisprudencia que toda limitación ha de interpretarse con carácter restrictivo. Por el contrario, entendemos que la labor interpretativa sobre los factores que delimitan una determinada institución, lejos de ser interpretados restrictivamente, deben ser estudiados y aplicados con criterios de igual a igual entre las instituciones o figuras en colisión. Aplicando estas ideas al tema que nos ocupa, los ámbitos en los que se permita o reconozca la posible actuación directa del pupilo deberán ser apreciados con amplitud, generosidad y coordinación con las facultades concretas del tutor; por el contrario, los supuestos en que haga precisa autorización judicial o en lo que nos hallemos ante un caso prohibido requerirán una interpretación restrictiva, en cuanto quede salvaguardado el beneficio del pupilo y la necesidad de su desarrollo integral.

Por otro lado, y a pesar de estar delimitado el conjunto de facultades del tutor por la posible actuación directa del pupilo, no supone ello, en sí mismo, una radical exclusión de la intervención del tutor. Existen actos que, modalizados por su naturaleza y finalidad, piden la intervención directa del pupilo, que requiere, empero, un complemento de capacidad, lógica consecuencia de su estado civil. Así podemos hablar de una «actuación cautelar del tutor»; en tales casos la actuación del tutor se ase-

meja a la del curador que asiste al pupilo mediante un complemento de capacidad; no hay sustitución de la persona del pupilo.

La causa de esta combinación de posibilidades en la naturaleza de la actuación del tutor se debe a la existencia de determinados actos que, aunque puedan incidir en la esfera patrimonial del pupilo, quedan vinculados de forma definitiva a su esfera personal. Los ejemplos más claros serían los de los artículos 1.329 y 1.330 del Código Civil, donde, respecto de los menores e incapacitados judicialmente que puedan contraer matrimonio, se dispone que las capitulaciones matrimoniales sean otorgadas por ellos mismos con «asistencia» o «concurso» de su representante legal o tutor. Problema de delimitación de competencias que resuelve la norma.

Tratadas, con mejor o peor fortuna, las materias de delimitación de las facultades del tutor y su posible acción curatelar, debemos entrar en materia de limitaciones. Como ya hemos señalado, dentro de la categoría de limitaciones existen dos especies: prohibiciones y autorizaciones judiciales.

C) PROHIBICIONES

Era en el artículo 275 del Código Civil donde hasta la reforma operada por la ley que comentamos se contemplaban los actos que quedaban prohibidos al tutor. Tales prohibiciones se clasificaron por la doctrina en absolutas y relativas, dependiendo de que se tratase de auténticas prohibiciones o, simplemente, de supuestos donde era necesaria la intervención de otros órganos o autorización judicial. Como ejemplo de prohibición absoluta, el número 1 del citado artículo imposibilitaba las donaciones o renunciaciones de cosas o derechos pertenecientes al menor o incapacitado; y de relativas, el cobro de deudas o la adquisición de bienes del menor o incapacitado por parte del tutor.

Tras la reforma operada por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, la materia queda regulada por el artículo 221, que dice:

«Se prohíbe a quien desempeñe algún cargo tutelar:

- 1.º Recibir liberalidades del tutelado o de sus causahabientes mientras no se haya aprobado definitivamente su gestión.
- 2.º Representar al tutelado cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses.
- 3.º Adquirir a título oneroso bienes del tutelado o transmitirle por su parte bienes por igual título.»

Son varias las cuestiones a tratar:

a) *Personas afectadas por las prohibiciones*

A diferencia del antiguo contenido del artículo 275 del Código Civil, que se refería exclusivamente a los tutores (criterio confirmado por la DGRN en Resolución de 1 de septiembre de 1897, al declarar que la prohibición de compra de los bienes del pupilo no afectaba al presidente y vocales del Consejo de familia), el actual artículo 221 refiere la prohibición a todas aquellas personas que desempeñen algún cargo tutelar. El contenido del precepto no plantea problema alguno en cuanto a su aplicación respecto de tutores, ya sean de la persona o de los bienes. Pero alrededor del fenómeno tutelar existen o pueden existir cargos y funciones no sólo pensados por el ordenamiento jurídico, sino por los padres o terceros, conforme a lo dispuesto en los artículos 223 y 227 del Código Civil. Por ello será preciso determinar en qué forma afectan las prohibiciones a estos otros órganos.

El primero sería la Autoridad judicial competente, que ha conocido y constituido la tutela o que interviene a partir de determinado momento. Las razones que abonan la vigencia de las prohibiciones en este caso tienen un doble origen: la *ratio* general de las prohibiciones en materia tutelar, cual es la defensa de los intereses del menor o incapacitado frente a los posibles abusos de aquellas personas que por el lugar que ocupan en la organización tutelar puedan ver influidas sus decisiones por intereses propios, dejando en segundo plano los del tutelado (agr. art. 216 del CC); y, por otra parte, la necesidad de mantener al Juez alejado de los intereses económicos que confluyen sobre las cuestiones por él conocidas en razón de su cargo (criterio que tiene reflejos positivos, como el caso del art. 1.459, núm. 5, CC). Así, la doctrina mayoritaria, al hablar de los efectos del contrato celebrado contraviniendo la prohibición contenida en el último de los preceptos citados, coinciden en señalar que serían los propios de un contrato nulo de pleno derecho.

En cuanto a los órganos susceptibles de ser creados por los padres en testamento o documento público notarial, creemos, como ha quedado dicho en otro lugar, que sus funciones van dirigidas al control y vigilancia de la gestión del tutor, materializándose mediante informes o autorizaciones, lo que nos hace recordar la función del antiguo Consejo de familia. A este tema se refirió, en su día, la citada Resolución de 1 de septiembre de 1897, declarando que la prohibición de comprar bienes del pupilo no era extensiva a los vocales del Consejo de familia y a su presidente (doctrina que parece aceptada por un amplio sector doctrinal: PÉREZ GONZÁLEZ, CASTÁN, LETE DEL RÍO). No obstante, no llega la

doctrina a ser pacífica en este punto, pues GARCÍA CANTERO (*Comentarios al Código Civil*, t. XIX, pág. 133) entiende que ante la contraposición de intereses que pudiera darse entre los miembros del Consejo de familia, como tales, y el tutelado, debía extenderse a ellos la prohibición por razones, claro está, de tipo moral. El nuevo texto positivo parece que se inclina hacia la que es opinión minoritaria.

En cuanto al Administrador nombrado por extraño, nada encontramos al respecto en las opiniones leídas. Indudablemente, en este caso no hay problema alguno de autocontratación (circunstancia esgrimida por la doctrina para fundar la prohibición al tutor), puesto que tal cargo, en nuestra opinión, implica sólo eso: facultades de administrar, y en ningún caso de representar. Pero desde otro punto de vista esto es, la cercanía que provoca tal administración, lo mismo que respecto del tutor o de los miembros del desaparecido Consejo de familia, es indudable que produce cierto respeto el otorgar a ese administrador total libertad para la realización de actos o negocios en beneficio propio relacionados con el patrimonio del tutelado, a cuyo cargo se encuentra su administración. Parece, de nuevo, que el texto del artículo 221 incluye en su ámbito a estos administradores.

Dos últimas posibilidades restan por contemplar: el defensor judicial y el curador. En cuanto al primero, nos adherimos al comentario que al respecto hace GARCÍA CANTERO al tratar de la interpretación del artículo 1.459, 1.º, del Código Civil: «... la prohibición de compra no podrá aplicarse al defensor judicial, por la elemental razón de que cesa de serlo en el mismo momento en que pretenda adquirir para sí la cosa que venda el menor.» Así, y como expresamente señala este autor, la causa en que se basa la aplicación al defensor judicial de las prohibiciones no es la aplicación analógica del artículo 1.459, 1.º, del Código Civil (parecida a la del art. 221, 3.º, CC), sino el hecho de que el nombramiento de defensor judicial se hace para un caso determinado, y la concurrencia de intereses en ese caso concreto supondría un obstáculo para el nombramiento o una causa de necesidad para la remoción del nombrado y nombramiento de un nuevo defensor. Ahora bien, es preciso tener en cuenta que esta concepción puntual del defensor judicial quiebra, en cierta medida, si atendemos al hecho de que tal figura puede aparecer no sólo para un supuesto determinado, sino también con visos de permanencia relativa; así, y como ejemplo, el artículo 299, 2.º, del Código Civil nos dice que se nombrará defensor judicial «en el supuesto de que por cualquier causa el tutor o el curador no desempeñaren sus funciones...» Desde este punto de vista parece más aconsejable entender como predominantes las evidentes similitudes de la figura del defensor judicial con la del

tutor, criterio, por otra parte, que aparece amparado por el propio Código Civil (arg. arts. 301 y 302).

Por lo que al curador se refiere, el problema se nos antoja más complicado que los anteriores. La primera cuestión a plantear sería: ¿es el curador un cargo tutelar? Tiene su trascendencia si tenemos en cuenta que el repetido artículo 221 se ubica dentro del capítulo I del título X del Código Civil, bajo el epígrafe «Disposiciones generales»; circunstancia que nos inclina a suponer aplicable a toda forma de acción de guarda las normas contenidas en dicho capítulo. Ahora bien, si esto es así, ¿por qué el Código se refiere al que desempeñe algún «cargo tutelar»? Se trata de una imprecisión terminológica provocada por los años de ausencia, en nuestro Derecho positivo, de la institución de la curatela, o bien que se emplee el término tutela en un sentido amplio y otro estricto, idea a la que no nos adherimos. Por lo tanto, y en conclusión, el curador quedará sujeto al mismo régimen de prohibiciones que el tutor. Una última razón que abona lo expuesto, tanto respecto del curador como del defensor judicial, serían los artículos 291 y 301 del Código Civil, que al hacer remisión a las normas sobre tutela excluyen lo relativo a las prohibiciones, pues es innecesario al ser afectados tales cargos por las normas que forman parte del capítulo destinado a «Disposiciones generales».

b) *Ámbito objetivo de las prohibiciones*

a') En el número 1 del artículo 221 destaca a primera vista el cambio de sentido dado a la norma respecto del antiguo artículo 275, 1.º, del Código Civil. Este prohibía que por parte del tutor se hicieran donaciones o renunciaciones sobre bienes o derechos correspondientes al pupilo; el nuevo precepto invierte la situación prohibiendo al tutor y demás cargos tutelares recibir liberalidades del tutelado o sus causahabientes.

b') El siguiente número del citado artículo 221 del Código Civil prohíbe representar al tutelado cuando el representante, en el mismo acto, intervenga en nombre propio o de un tercero y exista conflicto de intereses. El precepto va dirigido a solucionar los problemas que pudieran derivarse de los supuestos de autocontratación o doble representación. La norma debe ser enmarcada dentro de los distintos medios utilizados por el legislador para la defensa de los intereses del pupilo, pero haciendo reflejo en la propia norma de las condiciones que doctrinalmente se han señalado para permitir la figura de la autocontratación. Como señala Díez-PICAZO (*Fundamentos...*, págs. 128-129), dos son las condiciones que hacen viable la autocontratación: 1.º, poder o autorización expresa para contratar del dueño del negocio; 2.º, ausencia de

conflicto de intereses. Así, la norma lo que hace es convertir en incompatible con los intereses del pupilo la intervención del tutor en aquellos casos en que se den los dos elementos: autocontratación o doble representación y conflicto de intereses.

No sería, en consecuencia, aplicable la prohibición que estudiamos en todos aquellos supuestos donde la doctrina considera que existe un negocio jurídico plurilateral donde, aun existiendo la posibilidad de autocontratación o múltiple representación, no se da el conflicto de intereses. A ello se refiere DÍEZ-PICAZO (*ob. cit.*, pág. 68) cuando refleja las distinciones que dentro de los negocios plurilaterales hace la doctrina alemana, utilizando las siguientes categorías: actos conjuntos (*Gesamtake*), emisión de declaraciones de voluntad paralelas para la obtención de un mismo resultado jurídico; acuerdos o decisiones (*Bechlüsse*), que serían las declaraciones de voluntad dentro de asociaciones, comunidades o sociedades, cuando buscan un mismo efecto, requiriéndose exclusivamente la mayoría; y el convenio o la convención (*Vereinbarung*), donde los partícipes en el negocio emiten declaraciones de voluntad coincidentes.

Una última cuestión que surge del precepto es la separación absoluta entre el hecho de la representación y la eficacia del negocio o acto realizado por el tutor contraviniendo la prohibición del número 2 del artículo 221 del Código Civil. Es claro que lo que la norma prohíbe es «representar al tutelado...» ¿La sanción a aplicar al negocio realizado sería la de nulidad de pleno derecho? Si entendemos inútil la distinción apuntada, deberíamos en principio contestar en forma afirmativa, pues tal sanción es la que corresponde a los actos realizados por el tutor contraviniendo las prohibiciones que le impone la ley. Confirmaría esta postura, aunque se refiera a legislación derogada, la Resolución de la DGRN de 19 de agosto de 1982, donde se insiste en que la contravención de las prohibiciones absolutas (caso del antiguo núm. 1 del art. 275 CC) acarrea la nulidad de pleno derecho. Ahora bien, si mantenemos la distinción creada, tendremos que decir que la prohibición no recae sobre el acto o contrato a realizar, sino sobre la circunstancia de que sea el tutor quien represente al pupilo en ese caso concreto. Por lo tanto, el vicio que imposibilita la consecución del efecto jurídico querido mediante el negocio realizado no se halla en la transgresión del artículo 6.º, 3.º, del Código Civil, sino de la falta de consentimiento del pupilo al carecer del vehículo adecuado (art. 1.261, 1.º, CC). Si el acto o contrato ha obtenido, en caso de ser necesaria, la correspondiente autorización judicial, podría éste ser convalidado procediendo al nombramiento de defensor judicial

(arg. art. 299 CC) que procediese a ratificar el acto o contrato (cfr. artículo 1.259 CC), con la secuela pertinente de efectos *ex tunc*.

c') El último de los apartados que dan contenido al artículo 221 es el que sienta la prohibición de que cualquier persona que desempeñe cargo tutelar «adquiera por título oneroso los bienes del tutelado o transmitirle por su parte bienes por igual título».

Los antecedentes positivos inmediatos se encontraban en el antiguo artículo 275, 4.º, profundamente interpretado por la doctrina. Las tendencias predominantes, al estudiar el precepto, establecían una relación con el artículo 1.459, 1.º, del Código Civil; precepto éste que, aunque a primera vista duplicaba simplemente la prohibición, incluía un factor a considerar, consistente en que ofrecía la posibilidad de autorización del Consejo de familia para enervar la prohibición. Dos fueron las posturas adoptadas: una daba preferencia al artículo 275, 4.º (LETE DEL RÍO, CASTÁN y PÉREZ GONZÁLEZ); otra de sentido contrario (GARCÍA CANTERO).

Otro aspecto, objeto de dudas, fue el de la determinación objetiva del ámbito de aplicación del citado artículo 275, 4.º, del Código Civil, que hacía expresa y exclusiva referencia a compras de bienes. Siendo la norma de obligada interpretación restrictiva, por tratarse de norma prohibitiva, la DGRN, en Resolución de 16 de junio de 1908, entendió que, por lo tanto, la prohibición de dicho precepto no era aplicable al caso de venta de bienes del tutor al pupilo; teoría a la que no se adherieron autores como GARCÍA CANTERO (*Comentarios...*, t. XIX, pág. 131) o PUIG BRUTAU (*Fundamentos...*, t. II, v. II, págs. 130-131).

Aparece claro, según nuestro criterio, que al plantearse el legislador la reforma de la legislación comentada tuvo muy presentes los problemas citados, por lo que en el nuevo texto la prohibición cobra total magnitud. No se refiere el precepto a compras o ventas, sino a «adquisiciones o transmisiones por título oneroso»; y no queda dulcificado el régimen mediante la posibilidad de autorización judicial. Estaríamos, pues, ante una de las denominadas prohibiciones absolutas.

No obstante, debemos estudiar un aspecto que tiene alto interés. Nos referimos a aquellos derechos que surgen en favor del tutor y demás cargos tutelares independientemente de tal condición y causados por la realización de un acto de tráfico sobre el patrimonio del pupilo. Los supuestos más claros serían los casos de nacimiento a favor del tutor o de cualquier otro cargo tutelar de derechos reales de preferente adquisición de las legislaciones especiales (LAU y LAR) o tanteos y retractos legales. La cuestión sería: ¿tiene el tutor o cualquier otra persona que

desempeñe cargo tutelar la posibilidad de adquirir bienes del pupilo como consecuencia de alguno de los derechos apuntados?

Para solventar el problema planteado hemos de abordarlo desde diversas ópticas. Así, habrá que analizar la letra y la *ratio* de los artículos 221 y 1.459 del Código Civil; por otro lado, profundizar en el significado de los denominados derechos reales de adquisición preferente. Como punto de partida parece lógico afirmar que el asumir el ejercicio de algún cargo en relación con la persona o el patrimonio de un menor o incapacitado exige la mayor de las diligencias por parte del legislador para que de esta situación no se derive un perjuicio reiterado y constante sobre los intereses del pupilo (principio recogido en el citado art. 216 del CC). Esto es indudable; pero también es cierto que la asunción de un cargo pupilar no debe suponer, *a priori*, merma en las expectativas para designado de derechos o intereses, siempre y cuando salvaguardemos el principio de protección antes recordado. En tal sentido, vemos cómo la propia norma positiva permite que entre el tutor y el pupilo existan relaciones jurídicas que vinculen el patrimonio de ambos (cfr. art. 266 del CC *a sensu contrario* y art. 272, 7.º, CC). Visto el planteamiento en los términos expuestos, no vemos inconveniente en que cualquiera de las personas afectadas, en principio, por la prohibición del artículo 221, 3.º, del Código Civil puedan adquirir bienes que originariamente formaron parte del patrimonio del pupilo y que a causa de operaciones de tráfico, con cuantos requisitos legales sean precisos, han provocado el nacimiento en favor del tutor u otro cargo pupilar de un derecho real de adquisición preferente. Para dar fuerza a nuestra afirmación es útil la Sentencia de 23 de septiembre de 1895, que declaró que la prohibición del artículo 1.459, 1.º, del Código Civil no inhabilita a los tutores para el ejercicio de los derechos que con independencia de dicho carácter puedan tener, por cualquier título, contra los menores o incapacitados, ni consiguientemente para la adquisición de bienes que por consecuencia de tales derechos les sean adjudicados. Luego entonces, y tomando como base la sentencia citada, habría de adoptarse una posición permisiva por cuanto el hipotético derecho de retracto del tutor nace de su condición de colindante, consocio, coheredero, etc., y así en los demás casos; teniendo en cuenta, además, como ha reiterado la doctrina, que tales derechos son de naturaleza real y nacen *ope legis* y no como consecuencia de la celebración de un contrato entre las partes (abundando en lo dicho, la Sentencia de 17 de diciembre de 1955 señaló que los tanteos y retractos legales son limitaciones a modo de cargas de derecho público, pues aunque puedan redundar en beneficio de los particulares están motivadas por el interés general). Concretando, la finalidad del artículo 221, 3.º,

del Código Civil es prevenir que aquellos a quienes se encomienda la función de cuidar de la persona o bienes del pupilo puedan aprovechar tal situación para, malversando el patrimonio, enriquecerse directa o indirectamente. Conformes. Pero cuando esta finalidad está salvaguardada (como en los casos que estudiamos, donde los derechos nacen de la propia ley), no podemos extender el ámbito de aplicación de la norma. Desde luego, en caso de que existiera mala fe en la creación de los presupuestos que hacen posible el nacimiento de un derecho real de preferente adquisición, sería de aplicación el principio contenido en el artículo 7.º, 1.º, del Código Civil.

Una vez visto más de cerca el contenido de los números que integran el artículo 221 del Código Civil, a modo de conclusión, queremos dejar sentados los siguientes extremos: a) Los números 1 y 3 contienen prohibiciones de las llamadas absolutas, al desaparecer la posibilidad de autorización que recogía el antiguo artículo 275 del Código Civil. b) Serán aplicables las prohibiciones estudiadas, exclusivamente, «mientras no se haya aprobado definitivamente su gestión (del tutor o cargo tutelar, cuando ello fuera preciso)» (art. 221, 1.º, CC). c) Es preciso distinguir, en cuanto a su respectiva finalidad, los números 1 y 3 del número 2, todos ellos del artículo 221 del Código Civil (los dos primeros tratan de impedir o limitar el propio acto o negocio; el número 2 plantea el problema de la representación en el acto o contrato, con las consecuencias que han quedado expuestas). d) Es preciso determinar la sanción a que se hace acreedor un acto o contrato que se vea afectado por lo dispuesto en los números 1 y 3 (anteriormente ya ha sido tratado el caso del número 2).

c) *Eficacia del negocio prohibido*

Para comenzar cualquier disgresión teórica sobre la eficacia de los actos o contratos que aparentemente contravienen lo dispuesto en una norma prohibitiva es conveniente recordar lo dicho por la importante Sentencia de 19 de octubre de 1944, citada por la mejor doctrina científica, al interpretar el antiguo artículo 4.º del Código Civil: «... no ha de ser interpretado con carácter rígido, sino sugiere la doctrina científica, con criterio flexible y teniendo en cuenta que no es preciso que la validez de los actos contrarios a la ley sea ordenada de modo expreso y textual, sin que quepa pensar que toda disconformidad con una ley cualquiera, o toda omisión de formalidades legales, que pueden ser meramente accidentales con relación al acto de que se trate, haya de llevar consigo la sanción extrema de la nulidad.» La tesis expuesta nos parece apropiada como línea interpretativa aplicable al actual artículo 6.º, 3.º,

del Código Civil, que sanciona expresamente como nulos de pleno derecho los actos contrarios a las normas prohibitivas o imperativas. Criterio presumiblemente defendido también por la doctrina actual, tras salvar algunos problemas planteados por el antiguo texto positivo. Es esta doctrina la que mantiene como vigente la opinión del Profesor DE CASTRO (*Derecho civil de España*, t. I, pág. 599): «En términos generales, la nulidad se produce de modo inmediato y necesario cuando la ley vaya dirigida contra la eficacia del mismo acto, lo repudie y estigmatice de jurídicamente ilícito.» Es este comentario uno de los mayores exponentes de las tendencias doctrinales y jurisprudenciales (siendo ejemplo evidente la citada Sentencia de 19 de octubre de 1944) a la hora de interpretar el antiguo artículo 4.º o el actual artículo 6.º, 3.º, del Código Civil: existe un temor a las consecuencias que traería consigo el interpretar los preceptos citados con un sentido rigorista y, consecuentemente, sancionar en función de que los actos o contratos se atuviesen o no a la letra de la norma prohibitiva o imperativa.

Las razones que amparan tales temores científicos y jurisprudenciales, desde nuestro punto de vista, son las siguientes: el principio de *favor negotii* y la dificultad que tiene el legislador para traducir en palabras aquello que pretende prohibir. Consecuencia de ello, ha sido constante en la doctrina la búsqueda de recursos técnicos que amparasen la subsistencia del contrato aparentemente inválido, por creer en la existencia, en la mayor parte de los casos, de elementos volitivos o finalistas suficientes para intentar mantener lo actuado; en cuanto a la segunda de las razones antes apuntadas, la fría e inflexible letra de la ley, que trata de recoger la voluntad del legislador, es, en muchas ocasiones, insuficiente (efecto confirmado por la necesidad que tiene la norma de ser integrada mediante la ayuda de otras fuentes: art. 1.º CC). Consecuentemente, resulta interesante el comentario que LACRUZ (*Elementos...*, I, vol. I, página 203) recoge de AMORÓS: «Sólo están en esta órbita (art. 6.º, 3.º, del CC) de ineficacia los actos incompatibles con el mandato legal.» Conformes, siempre y cuando interpretemos «mandato legal» en el sentido de «*ratio* de la norma». Es obvio que mediante este criterio convertimos la aplicabilidad del artículo 6.º, 3.º, CC, no en algo automático e inflexible (consecuencia ya despreciada por la jurisprudencia citada), sino que hacemos depender la aplicación de la norma del contexto, finalidad y trascendencia pública del caso concreto. Dos actos jurídicos de la misma especie no son, sin embargo, idénticos, por cuanto pueden contener elementos de estructura o finalidad que los separan; y ello obliga al ordenamiento jurídico a concederles un tratamiento en consecuencia.

Por lo tanto, ¿sería nulo de pleno derecho todo negocio por el que

la persona titular de un cargo popular adquiriese bienes del pupilo en los casos del artículo 221, 1.º y 3.º? Si hiciésemos una aplicación literal del precepto, en relación con el artículo 6.º, 3.º, del Código Civil, la respuesta habría de ser en el sentido de considerar tales negocios como nulos. No obstante, la solución se nos antoja más compleja. Por necesidad de justicia, antes de aplicar la sanción del artículo 6.º, 3.º, del Código Civil, por contravenir el acto o negocio la letra del artículo 221, 1.º ó 3.º, del Código Civil, debemos tener perfectamente claro que el efecto conseguido mediante el acto realizado es repudiado por la norma (cfr. Profesor DE CASTRO); siendo para ello imprescindible la interpretación de la norma conforme a las pautas marcadas por el propio Código Civil en su artículo 3.º, 1.º, precepto que abre caminos para aceptar las tesis antes expuestas sobre la individualización del acto o negocio a la hora de declarar su incompatibilidad con el «mandato legal». El elemento que nos va a facilitar el camino es, sin duda, dejar patente la finalidad que el legislador pretende con el contenido del artículo 221, 1.º y 3.º, punto en el que parece no haber discusión: proteger el patrimonio del pupilo para que no se vea expoliado por una gestión interesada y dolosa por parte de aquellos en quienes la ley ha depositado la defensa de sus intereses. El principio apuntado no resulta sólo de las conclusiones a las que haya podido llegar la doctrina científica o de las pautas marcadas por las declaraciones jurisprudenciales, sino también del propio Código Civil, que en su artículo 216 ordena que las funciones tutelares se ejercerán en beneficio del tutelado. Empero, quedaría coja esta declaración, y nos impediría ver su auténtico sentido, si omitimos recordar lo dispuesto por el artículo 49 de la Constitución española de 1978, que dice: «Los poderes públicos los ampararán (disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos), especialmente para el disfrute de los derechos que este título otorga a todos los ciudadanos.» Queda claro, por lo tanto, que lo importante y definitivo en sede de tutela es que todo lo pensado, ordenado y previsto tiene por finalidad o debe tener por finalidad que el pupilo tenga la posibilidad de desarrollar una actividad lo más próxima posible a la normal.

Consecuentemente, y a la vista de lo expuesto, creemos que no toda adquisición o transmisión a título oneroso entre cargos pupilares y pupilo o liberalidad recibida por aquéllos de éste o sus causahabientes se hace acreedora de una sanción de nulidad radical, sino que habrá que estar a cada caso concreto para determinar si en ello hay o no beneficio para el pupilo. En aquellos actos o contratos que sean reflejo de lo prohibido por los números 1.º y 3.º del artículo 221 del Código Civil, pero que se realicen en beneficio del pupilo, no debe ser excluida su validez,

aunque, como elemento de garantía, aquel que defienda la producción del beneficio deberá probarlo, por existir una especie de presunción *iuris tantum* en favor del fraude (cfr. LACRUZ). Dado que los supuestos a los que nos estamos refiriendo precisarían de autorización judicial, conforme a los artículos 271 y 272 del Código Civil, la concesión de la misma será presupuesto suficiente para salvar la actuación autorizante del fedatario. Otra cosa es que las razones aducidas por el Juez que ha concedido la autorización puedan ser contrastadas en forma contenciosa, actuando la carga de la prueba en la forma expuesta. Se trata, pues, a través de lo dicho, de coordinar los dos principios de orden público que latén en materia tutelar: la defensa de la persona o intereses del pupilo y permitir a éste desarrollarse en forma lo más parecida posible a la normalidad.

D) AUTORIZACIONES

Esta materia se regula mediante el nuevo contenido dado a los artículos 271 y 272 del Código Civil por la Ley 13/1983, de 24 de octubre. Los aspectos más destacables son los que hacen referencia a la naturaleza de tales autorizaciones en relación de la eficacia de los actos realizados por el tutor y la exégesis de los preceptos citados. Centrémonos, por ahora, con carácter exclusivo, en el primero de los puntos:

a) *Naturaleza jurídica de la autorización judicial*

Es preciso partir de principios a los que hicimos mención en lugares anteriores. Así expusimos que el artículo 267 del Código Civil, que otorga al tutor un poder general de representación, viene limitado por la existencia de actos prohibidos y de otros de que precisan de autorización judicial. Como dijimos también, el sistema utilizado ha sido el extraer del poder representativo, de carácter general, facultades concretas para los casos contemplados en los artículos 271 y 272 del Código Civil (por lo que a la materia que ahora nos interesa se refiere). Entonces, si aceptamos el esquema propuesto, tendremos que concluir que si tales facultades se han excluido de la competencia del representante legal (tutor), nunca éste, debidamente amparado, podrá realizar acto o negocio alguno sobre las esferas o en la forma afectada. Parece que la construcción es lógica. No obstante, precisa de ciertos complementos que terminen el cuadro, y así ver, en toda su dimensión, el fenómeno que se produce.

Decimos que existen algunos medios de tráfico jurídico que quedan fuera de la competencia del tutor o representante legal (ej.: defensor judicial). Si, por otra parte, lo que caracteriza la necesidad de tutela es

que, en todo o en parte, el pupilo se encuentra imposibilitado de actuar por sí mismo, cae por su peso el hecho de que éste carece de todos los recursos precisos para un íntegro desarrollo. Queremos dejar claro que al ser excluidos del poder representativo ciertos actos o contratos, si el legislador no abre vías paralelas por las cuales se posibilite al pupilo la realización de tales actos o contratos, será la propia ley la que vedaría el íntegro desarrollo del pupilo e iría, consecuentemente, en contra de declaraciones constitucionales (arg. art. 49 Constitución española 1978) y de principios informadores de la propia ley reformadora. Vista la situación creada, ¿cuál es, entonces, el medio utilizado en la ley para evitar el perjuicio observado? Sencillamente delegar en el Juez competente para el seguimiento de la tutela la facultad de «apoderar» (autorizar) al tutor para la realización de aquellos actos o contratos que, en principio, quedaban fuera de sus competencias: el tutor ve ampliado su poder representativo mediante la concesión por el Juez de facultades concretas y para casos concretos.

De lo expuesto, y a primera vista, habrá que extraer ciertas consecuencias, que configuren el ser de la autorización judicial: deberán ser previas, en cuanto al momento de su otorgamiento; concretas, por lo que a su objeto se refiere, y de interpretación restrictiva, en cuanto a los supuestos en que se hace necesaria.

La primera de las características citadas ha sido la del carácter previo de la autorización judicial. No obstante, y aun manteniendo la idea, ya que sin autorización el poder representativo del tutor no se halla integrado por la facultad concreta que posibilita el acto determinado y supondría una actuación imperfecta, no es menos cierto que, como después veremos, tal autorización puede ser otorgada con posterioridad al acto. En consecuencia, el principio de autorización previa servirá como principio general que, no obstante, tendrá sus excepciones. Dichas autorizaciones deben ser concretas, por cuanto que si el Juez autorizase de forma genérica la realización de actos o contratos de especie determinada (siempre dentro del ámbito de los arts. 271 y 272 CC) llevaría consigo tal actitud una delegación de competencias que iría en contra, como en otra parte apuntamos, de la misma razón de ser de la intervención judicial. Así entendemos que las autorizaciones judiciales en materia de tutela deben ser concretas (autorización concreta-poder especial). Precisamente, y abundando en lo dicho, queremos recordar un comentario del Profesor Díez-PICAZO (*La representación en Derecho privado*, página 173), conveniente en este punto, aunque procedente del campo de la representación voluntaria, al hablar del poder especial: «Parece claro que no es necesario una total previsión de todos los elementos que han

de dar contenido al acto jurídico que se contemple... existen también poderes especiales aun cuando alguno de los elementos del acto queden a la iniciativa del apoderado.» Luego, ¿en qué medida habrá de ser concreta la autorización judicial? Nos adherimos a la respuesta que el mismo profesor (*ob. y pág. cit.*) brinda para el caso del poder especial: «Naturaleza del acto y el bien o intereses a que afecta.» Cuestión distinta, incluso de rango superior, serán las bases o fundamentos sobre los que el Juez debe tomar su decisión que consigan la finalidad última: el beneficio del pupilo. Quizá sea ésta la razón por la que el artículo 273 del Código Civil ordena al Juez, antes de adoptar una resolución, oír al Ministerio Fiscal, al propio tutelado, si fuera mayor de doce años o lo considerase oportuno, y recabar los informes que le fueran solicitados o estime pertinentes. El precepto aparece con todo su sentido, pues, al entenderlo como desarrollo de los principios contenidos en los artículos 216 y 233 del Código Civil.

b) *Eficacia del acto o contrato llevado a cabo por el tutor, sin autorización judicial, cuando sea precisa*

Para adentrarnos debidamente en la cuestión planteada hay que partir de ciertas premisas que nos parecen convenientes. Desde lo abstracto a lo concreto, la primera de ellas sería la referencia a la relación entre representación legal-representación voluntaria: ¿podemos entender que la actuación del tutor es un aspecto más de la teoría general de la representación? Es dominante en la doctrina científica actual entender que tanto la representación voluntaria como la legal son manifestaciones del mismo instituto jurídico: la teoría general de la representación (DÍEZ-PICAZO, PUIG FERRIOL, RIVERO HERNÁNDEZ), pues se afirma que, aun a pesar de las diferencias existentes entre una y otra, no es menos cierto que en las dos figuras existe un mismo elemento definitorio: sustitución de la actividad jurídica del pupilo por la del tutor. Concretamente, el Profesor DÍEZ-PICAZO, defensor de la indicada tesis unitaria, intentando precisar las diferencias que dentro del concepto general matizan las dos posibilidades, dice (últ. *ob. cit.*, pág. 50) que «mientras en la representación voluntaria hay una concesión de legitimación al representante, en la llamada representación legal hay en rigor un poder de configuración de la esfera jurídica ajena». En línea con tales diferencias, la doctrina sigue marcando puntos de diversidad ya en cuanto al origen del poder representativo (autonomía de la voluntad-heteronomía); ya en cuanto a la construcción del negocio representativo. No es, por otra parte, cuestionado el hecho de que una vez construida la relación representativa, basada en la voluntad o en la ley, «todo negocio representativo que rea-

lice el representante legal o voluntario no es esencialmente distinto... repercute directamente en la esfera jurídica del representado» (PUIG FERRIOL, PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, t. I, v. I, pág. 960).

Como decíamos, basándonos en la doctrina científica acreditada, representación legal y la voluntaria tienen orígenes distintos: la voluntaria será consecuencia de la autonomía de la voluntad; la legal procede, como su nombre indica, de la ley (heteronomía). En esa línea de fundamento de los medios legales que estamos estudiando se dice también que la representación voluntaria es el medio técnico que el Derecho utiliza para «ampliar» las posibilidades de actuación del individuo; por el contrario, cuando de representación legal se trata, la doctrina clásica ha hecho siempre hincapié en la idea de protección. Si comparamos los términos utilizados (concreción lingüística más o menos acertada del fin perseguido) es obligado decir que la representación legal ha tenido una muy distinta consideración para el legislador o pensador que la voluntaria. Aquélla es vista sólo y exclusivamente como un medio para defender los intereses del menor o incapaz (aspecto de la representación legal que ahora nos interesa), debido a la irregular situación que padecen. Por ello se opinaba que la amplitud de tales representaciones legales debía ser interpretada con carácter restrictivo; que los peligros de fraude y abuso son grandes; es algo definitivo que condiciona la institución, la no intervención del titular de los intereses en la defensa de los mismos. En suma, es como si el Derecho desconfiase del representante legal y no tuviera más remedio que soportarle como mal menor. Es innecesario, por obvio, decir que cuantas razones han sido apuntadas nos parece que tienen más que suficiente gravedad. Ahora bien, creemos que el mismo panorama, orientado desde otra óptica, puede dar lugar a una construcción de sentido más expansivo o creativo que restrictivo. Pero es preciso partir de la idea de que todo aquel precisado de alguna forma de representación legal, aun a pesar de requerir una diligencia especial por el temor que a todos produce el poder de terceros sobre lo ajeno (idea de protección, que tiende necesariamente a la construcción restrictiva), es fundamentalmente persona, y como tal debe tener las mismas posibilidades que cualquier otro para desarrollar su patrimonio.

Por estas ideas, y partiendo de la base de que no pueden existir diferencias ante la ley, «sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de... condición o circunstancia personal o social» (art. 14 Constitución española 1978), siendo la expresión máxima de la condición de ciudadano la titularidad de los denominados derechos fundamentales, entre los que se encuentra el de la libertad, con su vertiente patrimonial, parece que la función que le resta a la ley ordinaria es declarar aquello

que ese ciudadano no puede hacer por sí mismo, dadas sus circunstancias personales (incapacitación y determinación del régimen de guarda) y precisar los recursos técnicos que obvien tales limitaciones. Tras el razonamiento expuesto, parecen aproximarse los fundamentos de las dos manifestaciones de la teoría general de la representación: «ampliar», aunque de forma distinta, las posibilidades de actuación del individuo. Esta posición es confirmada por la propia Constitución española de 1978, en cuyo artículo 49, ya citado, que impone a los poderes públicos la obligación de amparar el disfrute de los derechos fundamentales que el propio texto constitucional otorga a todos los ciudadanos. Todo ello nos hace llegar a la conclusión de que en cualquier medio o recurso técnico que el Derecho utilice para suplir la falta natural de posibilidades de desarrollo o actividad de la persona, aun a pesar de que toda la diligencia es poca, debe prevalecer el sentido expansivo o creativo del principio concretado mediante la fórmula beneficio del tutelado. Como es lógico, tal beneficio como mejor se concreta es acercando, cuanto más mejor, la situación del disminuido a la del hombre normal: que se sancione con rigor al representante que abusa; pero que se le proporcionen, en principio, los medios adecuados para lograr un íntegro desarrollo de aquel a quien sustituye (arg. art. 269 CC). La finalidad, no el origen, de las representaciones legal y voluntaria confluyen: el ordenamiento debe proveer de los medios técnicos precisos para que la persona, sean cuales sean sus circunstancias personales o sociales, pueda desarrollar su capacidad (posibilidad de hacer no en sentido técnico-jurídico) patrimonial de una forma plena.

El origen de la representación legal y de la voluntaria sí permanece diverso: heteronomía y autonomía de la voluntad, que suponen formas, asimismo, distintas en el modo de concebir cada una de las dos ramas de la representación. El vehículo utilizado para materializar la representación, la relación representativa, es distinta: en la voluntaria, el poder representativo; en la legal, poder de configuración sobre la esfera jurídica ajena. Pero ¿qué diferencias existen entre una forma de expresión y otra?, o mejor, ¿cuál es la diferencia esencial? Si no erramos en el tiro, el quid está en la intervención del representado en el negocio representativo: la actuación del representante, en la vertiente voluntaria, no sólo se origina, como causa última, por la voluntad del representado, sino que ésta debe ser tenida en cuenta en el negocio en concreto (cuantificar la intensidad de esta intervención de la voluntad del representado en el negocio representativo es cuestión discutida por la doctrina, con soluciones diversas. Ver: PUIG FERRIOL en PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, tomo I, v. I, pág. 949, nota 36 al pie); mientras que en la representa-

ción legal el tutor, con su sola voluntad, va a gestionar los intereses patrimoniales del representado («poder de configuración sobre la esfera ajena»). Confirmando lo dicho, PUIG FERRIOL (*ob. cit.*, pág. 965) dice que «el centro de gravedad del negocio representativo se coloca aquí en la voluntad del representante...»; y Díez-PICAZO (últ. *ob. cit.*, pág. 49) señala que «en la representación legal el representante es por hipótesis el único autor posible del negocio». Por lo tanto, ¿cómo podemos definir la diferencia buscada? Está en la real o posible existencia de una voluntad formada del representado.

En un intento de profundizar, todo lo posible, en el conocimiento de las instituciones jurídicas y su funcionamiento, se planteó el problema de la eficacia que puede atribuirse al negocio realizado por un representante voluntario sin poder (*falsus procurator*) o extralimitándose en el uso del previamente concedido. Ciertamente que a la hora de dar soluciones han sido éstas varias y de diversa índole, a las que se refiere Díez-PICAZO (últ. *ob. cit.*, págs. 218 y ss.), sintetizando la exposición de RIVERO HERNÁNDEZ en su trabajo «Naturaleza y situación del contrato del 'falso procurator'» (*ADC*, 1976, págs. 1047 y ss.). Tomando como base lo anteriormente expuesto, no debe parecer extraño que planteemos ahora la hipótesis del tutor, como representante legal, que en uso de su poder de configuración (vehículo legitimante de su actuación), traspase los límites del mismo. La cuestión queda planteada en estos términos: ¿puede entenderse como actuación extralimitada del representante legal lo realizado por éste sin autorización judicial cuando sea precisa? Son dos los preceptos que en el Código Civil se refieren a esta materia: artículos 1.259 y 1.727. Tiene sentado la doctrina científica (DÍEZ-PICAZO, LACRUZ, RIVERO HERNÁNDEZ) que ambos preceptos representan un mismo fenómeno, ya que, aun cuando el artículo 1.259 se refiera a la falta total de poder (*falsus procuratur*), y el artículo 1.727 al uso extralimitado del poder concedido, entienden que todo negocio jurídico realizado en estas condiciones crea una situación de igual consideración (en contra, NÚÑEZ LAGOS, «La ratificación», *RDN*, 1956, enero-marzo). De forma expresa, RIVERO HERNÁNDEZ (*ob. cit.*, pág. 1052) dice que el artículo 1.259 contempla tanto «la representación voluntaria como la legal...» Así pues, si la figura del *falsus procurator* y el supuesto del uso extralimitado del poder son problemas que no quedan circunscritos al fenómeno de la representación voluntaria, es lógico que al estudiar la eficacia del acto o contrato realizado por el tutor sin autorización judicial, cuando sea precisa, debamos o podamos apoyarnos en lo prescrito por la ley, dispuesto por la jurisprudencia y construido por la doctrina para aquellos supuestos en relación con los artículos 1.259 y 1.727 del Código Civil.

Los puntos fundamentales a la hora de analizar los preceptos citados giran en torno al tipo de ineficacia aplicable y la posibilidad de la ratificación, con la consecuencia de efectos *ex nunc* o *ex tunc*. Veamos, pues, en qué medida puede ser asumida por la representación legal el cuadro presentado para la voluntaria.

En cuanto al tipo de ineficacia con que se sancionaría el acto o contrato realizado por el tutor sin la debida autorización judicial, si, como ha quedado dicho, estamos ante un caso de extralimitación que resuelven los artículos 1.259 y 1.727 del Código Civil, ¿podremos mantener que tal acto o contrato será nulo de pleno derecho? La respuesta no es fácil ni única. Son dos, creemos, las situaciones en las que se halla el sujeto a tutela: 1.º El origen de la tutela está en circunstancia mutable o susceptible de mutabilidad previsible, con cambio de estado civil que suponga la plena capacidad de obrar o un régimen de guarda mitigado; 2.º Que la causa fundamento del establecimiento de la tutela, por su propia naturaleza, tienda a la permanencia o inmutabilidad.

1.º Posible cambio de estado civil o de régimen de guarda.

En la presente hipótesis las semejanzas con el supuesto del *falsus procurator* o del representante extralimitado de la representación voluntaria se agrandan al contemplar la idea de una posible intervención directa de la voluntad del representado. Los argumentos dados por la doctrina para destruir la teoría clásica de la nulidad radical del negocio jurídico realizado por el *falsus procurator* son válidas para el caso ahora estudiado. «Es claro que el Código (art. 1.259) no se ha podido referir a la nulidad radical y absoluta, ya que ello sería inconciliable incluso con la posibilidad misma de la ratificación...» y «el hecho de que se permita al tercero revocar el acto da a entender que respecto de él, por lo menos, sin la revocación el acto determina algún círculo de eficacia» (DÍEZ-PICAZO, últ. *ob. cit.*, pág. 222). Así, de la doctrina estudiada parece entenderse que los negocios realizados en las condiciones que ahora nos interesan, por lo que a su eficacia se refiere, tienen dos aspectos: la relación entre los contratantes y la relación con el representado. Se dice que, *ab initio*, el contrato adolecerá de «ineficacia relativa» (DÍEZ-PICAZO, últ. *ob. cit.*, pág. 223), será irrelevante respecto del representado (falta su voluntad de vinculación al acto o contrato). Centrándonos en este aspecto últimos efectos respecto del representado (dejando al margen las relaciones internas entre los contratantes, cuyo estudio excede de los límites de este trabajo), vemos que el elemento del que hace depender la doctrina la subsistencia del negocio es la intervención de su voluntad mediante la ratificación (negocio jurídico). Por últi-

mo, recordar cómo la doctrina (DÍEZ-PICAZO, PUIG FERRIOL) entiende que la facultad de revocar en el tercero queda supeditada a la concesión de un tiempo en que pueda concurrir la ratificación (claro está, cuando ambas partes contratantes, al realizar el contrato hayan sido conscientes de las condiciones en que lo verifican). ¿Es este cuadro válido para el caso que motivó su exposición? Si de todo lo dicho deducimos que el elemento definitivo se halla en la intervención del representado, prestando su consentimiento (ratificado), creemos que la respuesta debe ser afirmativa. Dice RIVERO HERNÁNDEZ (*ob. cit.*, pág. 1.052); «A falta de justificación previa de la ingerencia, es posible una justificación *a posteriori*; es decir, que el consentimiento del *dominus* al negocio hecho a su nombre y para él, puede hacerse indistintamente antes o después de éste».

2.º Estado civil de incapacitado con visos de inmutabilidad.

Planteamos la hipótesis de que el pupilo, por sus condiciones físicas o psíquicas, determinantes de su incapacitación, no tenga posibilidades previsibles de que su estado civil sea normalizado o su sistema de guarda le posibilite una intervención directa. En semejante situación debemos plantear de nuevo la cuestión de la eficacia de los actos realizados por el tutor sin la debida autorización judicial. Como anteriormente ha quedado expuesto, son dos los aspectos de mayor interés en el estudio del negocio realizado por el *falsus procurator* o del representante extralimitado: eficacia del negocio y posible sanación del mismo. En cuanto al primer aspecto, la doctrina, mediante argumentos ya conocidos, ha considerado que, contrariamente a la tesis tradicional de la nulidad absoluta (ejemplo: Sentencia de 18 de marzo de 1968), el negocio realizado en las condiciones repetidas tiene «eficacia relativa», ya que produce efectos entre el falso o extralimitado representante y el tercero. Pues bien, ¿acaso en el supuesto que ahora contemplamos no disponemos de los mismos elementos? Veamos. Contamos con un tutor extralimitado en sus funciones y facultades; con un tercero; con un negocio celebrado entre ambos (en o sin contemplación al contenido del poder de configuración del tutor) con sus correspondientes declaraciones de voluntad; y con representando, el pupilo, ajeno a la relación negocial creada. Parece que sí, que disponemos de los mismos elementos. Pero ¿dónde está la dificultad que nos impide dar la misma solución? En la imposibilidad de sanación del negocio, a través del recurso técnico de la ratificación, que supone, como hemos visto, que el representado emita una declaración de voluntad mediante la que su esfera patrimonial quede afectada por el negocio realizado. El pupilo, debido

a su limitada capacidad de obrar, carece del presupuesto necesario para llevar a cabo el negocio jurídico que implica la ratificación.

Visto lo anterior, atendida la circunstancia de que el Código Civil únicamente recoge como medio de sanación la ratificación (arts. 1.259 y 1.727) y ante el hecho de ser imposible el empleo de tal recurso técnico, ¿no será sanable la ineficacia relativa del negocio realizado por el autor sin autorización judicial, cuando sea precisa? Sí, pues la solución viene provocada por el texto positivo. Ahora bien, al igual que la existencia de poder puede ser anterior o posterior a la realización del negocio, la autorización puede ser concedida en cualquiera de los dos momentos; determinado la diversidad que cuando hay ratificación (que implica voluntad del representado) se producen ciertos efectos retroactivos (DÍEZ-PICAZO, *ob. cit.*, págs. 238 y sigs.), y cuando no puede haberla (caso de autorización posterior) son inviables tales efectos.

No obstante, tampoco sería correcto decir que en tanto no recaiga la preceptiva autorización judicial no se produce efecto alguno; por el contrario, y en consecuencia de lo ya expuesto, podemos afirmar que lo actuado es parte del *iter* negocial que comenzó con el acuerdo de voluntades del tutor extralimitado y tercero, al que se le puede otorgar carta de independencia como creador de relaciones jurídicas entre estos dos últimos. El camino recorrido podríamos calificarle como contrato complejo, compuesto de los siguientes elementos, requiriéndose para este cuadro buena fe por ambas partes contratantes: 1.º Oferta contractual del tercero, que podrá ser revocable o irrevocable. En cuanto a la irrevocabilidad de la oferta de contrato, elemento imprescindible en este caso, muy sucintamente hay que sentar que contra la tesis tradicional de la necesidad de la forma expresa que determine esa irrevocabilidad, se alzan en la doctrina posiciones contrarias que hacen hincapié en que tal requisito no será necesario cuando así lo requiera la misma naturaleza de la oferta. La Sentencia de 22 de diciembre de 1956 viene a recoger tales posiciones, a las que considera, aunque no se adhiere. Posiciones como de la LUNA SERRANO (LACRUZ: *Elementos*, T. II, vol. 2.º, página 76), que dice: «... aparte del supuesto de la propuesta hecha de manera irrevocable por cierto tiempo, parece que si la oferta ha sido hecha al público en general o mediante carta..., el ofertante debe quedar vinculado por su propuesta durante un tiempo prudencial en el que razonablemente podría llegar la aceptación». ¿Sería este comentario aplicable al caso comentado, cuando existe una clara conciencia del tercero u oferente de la necesidad de autorización para que se logre el contrato? 2.º Obligación de hacer del tutor, consistente en llevar a cabo los trámites necesarios para conseguir la autorización precisa. Será,

en consecuencia, responsable de los daños y perjuicios ocasionados por su incumplimiento frente al tercero (arg. arts. 1.098 y sigs.), matizada por la revocabilidad y irrevocabilidad de la oferta; y frente al pupilo, si por tal incumplimiento se ha perjudicado el fin primordial de la tutela el beneficio del pupilo (agr. arts. 216 y 285 del Código Civil).

No queremos concluir esta parte sin señalar que aun cuando para nosotros son válidas las fórmulas contempladas para solventar el problema de la eficacia y posible sanación del negocio jurídico llevado a cabo por el tutor extralimitándose en sus facultades, de alguna de las opiniones doctrinales vistas pueden aventurarse posiciones más arriesgadas. A través de la idea de que la ratificación es un recurso técnico utilizado por el legislador para poder alcanzar la finalidad perseguida en el artículo 1.259 del Código Civil: sanar el negocio afectado de ineficacia relativa mediante el posterior concurso de la voluntad inicialmente inexistente, se podría llegar a instrumentalizar el término ratificación. ¿Ratificación es traducción limitativa de la idea del legislador? Cuando el artículo 1.259 del Código Civil se refiere a «ratificación» ¿podemos entender ratificación (representación voluntaria) o autorización (representación legal)?...

JOSÉ MARÍA GÓMEZ-OLIVEROS
Notario

VIDA JURIDICA



Crónica del VI Congreso Internacional de Derecho Registral

(Madrid, 22-26 de octubre de 1984)

El presente trabajo se orienta en el sentido de aportar un resumen, con carácter informativo y de urgencia de lo que fue el VI Congreso de Derecho Registral, celebrado en Madrid los días 22 a 26 de octubre de 1984, contemplado desde un aspecto puramente jurídico.

Concurrieron al mismo representaciones de veinticuatro países, con un total de cuatrocientos trece congresistas activos.

Vamos a anticipar a continuación un extracto de lo tratado en las sesiones, cuyo contenido será desarrollado más ampliamente en los «Anales» que se publicarán en su día. Igualmente se publicarán los trabajos aportados.

El esquema de esta crónica es el siguiente:

- I. Resumen de lo tratado en las diferentes Comisiones y en la Asamblea.
- II. Relación de trabajos aportados.
- III. Conclusiones aprobadas.

Se han tenido en cuenta para la elaboración de esta crónica los distintos números del *Boletín de Información del Congreso* —a cuyos redactores expresamos nuestra gratitud—, así como las notas tomadas por los Secretarios de Actas.

I. RESUMEN DE LO TRATADO EN LA ASAMBLEA Y EN LAS DIFERENTES COMISIONES

PRIMERA COMISIÓN.—TEMA: REGISTRACIÓN DE LAS LIMITACIONES DE DERECHO PÚBLICO AL DERECHO DE PROPIEDAD Y DE BIENES DE DOMINIO PÚBLICO O DEMANIALES

Los trabajos de la Primera Comisión comenzaron con la constitución de la Mesa, que quedó compuesta por los siguientes señores congresistas: Presidente: D. CARLOS HERNÁNDEZ CRESPO (España); Vicepresidente 1.º, Don HÉCTOR NIETO ARAIZ (México); Vicepresidente 2.º, D. FERNANDO SILVA COSTA (Portugal). Vocales: D. ANGEL GONZÁLEZ ROMÁN (Puerto Rico), Dr. D. EDGARDO A. SCOTTI (Argentina), D. BERNARD MAZIN (Francia), D. JOHN PRYER (Gran Bretaña). Secretarios: D. JOSÉ MARÍA GÓMEZ VALLEDOR (España) y D. JAVIER NAVARRO GONZÁLEZ (España).

Se abrió la sesión con la exposición por parte del ponente español, señor LASO, de los puntos cardinales de la ponencia que al Congreso presentaba la Delegación Española, y que eran, a su entender, los siguientes: Es un hecho constatable en todos los países que el Derecho de Propiedad ha de cumplir la función social que las Leyes le imponen. Para conseguirlo, tratándose de bienes inmuebles, los sistemas registrales cumplen una misión fundamental. Por ello, deben acceder al Registro cuantas determinaciones procedan de las Administraciones Públicas, siempre que sean conformes con la naturaleza del Sistema Inmobiliario y reúnan las garantías previamente establecidas por el Ordenamiento Jurídico. En resumen, se refirió a la propiedad privada como derecho subjetivo delimitado por la función social que ha de cumplir, tendiendo a dar satisfacción a las demandas de justicia y seguridad jurídica, utilizando los sistemas registrales y ampliando su contenido.

A continuación, tomó la palabra el Sr. BAGLIETTO (Argentina), que expuso sucintamente los rasgos fundamentales de la ponencia de la Delegación Argentina: El dominio en Argentina no escapa a la regla general de la limitación de los derechos, dijo. La publicación de estas limitaciones de Derecho público se realiza a través de Boletines Oficiales; pero es insuficiente. Debería existir una Oficina encargada de informar al público sobre el contenido de tales limitaciones. Esta función es difícilmente realizable por el Registro de la Propiedad, dado lo variable y general de las mismas. Sin embargo, cuando tales limitaciones afecten de modo concreto a inmuebles determinados deben reflejarse en el Registro, para general conocimiento. Por otro lado y centrándose en la segunda parte del tema, es decir, la posibilidad de inscripción de los bienes

de dominio público, resaltó la conveniencia de dar acceso a los mismos al Registro de la Propiedad salvo aquellos en que tal carácter fuera ostensible.

Seguidamente se abrió el debate: El Sr. LASO se preguntó si es correcta la posición de la ponencia argentina, cuando expresa que el Estado debe garantizar el derecho de propiedad. Considera que es más propio decir que se trata de un derecho subjetivo con función social. Su existencia o no, depende de las concepciones políticas y sociales, cuya determinación excede de la competencia de los juristas. El Sr. MOISSET (Argentina) defendió la tesis de la ponencia de su país, arguyendo que cuando se habla de que el Estado debe garantizar el derecho de la propiedad, se basa en que es precisamente un derecho subjetivo. Todas las Constituciones, hasta las socialistas más modernas, como, por ejemplo, Bulgaria o Rumanía, garantizan siempre el derecho de propiedad, aunque limitado a ciertos bienes. Manifestó que la Delegación Argentina no había hecho referencia a la función social que debe cumplir el derecho de propiedad, por ser evidente.

Después de que el Sr. GRAGERA (España) manifestara que ambas posturas eran coincidentes y que había que buscar el equilibrio entre su carácter de derecho subjetivo y su función social, intervino brillantemente el Sr. VIDAL FRANCÉS (España); se mostró de acuerdo con la ponencia argentina al considerar que las limitaciones impuestas al derecho de propiedad deben, en un Estado de Derecho, serlo por la Ley y no por las Administraciones, las cuales tampoco deben tener el privilegio de interpretar de forma auténtica las Leyes que imponen limitaciones. Le contestó el Sr. LASO, aduciendo que efectivamente, tales limitaciones sólo pueden venir impuestas por la Ley, pero ello no es obstáculo para que existan actos administrativos que en casos concretos definan el régimen particular de una determinada limitación.

El Sr. MOISSET, tras exponer el régimen vigente en su país, dijo que hay que huir de las delegaciones generales que en materia de limitaciones haga el Ordenamiento Jurídico a la Administración, por considerarlas peligrosas y en algunos casos dudosamente constitucionales.

Acto seguido tomó la palabra el Sr. ZUMALACARREGUI MARTÍN-CÓRDOBA (España), y consideró que el problema debatido está solucionado en el Derecho español, por el artículo 33 de la Constitución de 1978, y que según su artículo 53, los derechos reconocidos en la misma vinculan a los poderes públicos y que su desarrollo debe ajustarse al marco establecido por el Capítulo Primero de la Constitución. Se mostró de acuerdo el Sr. BAGLIETTO en el sentido de que la Administración sólo puede aplicar

la norma que impone una restricción al dominio, pero nunca imponerla por sí misma.

Por su parte, el Sr. RUIZ DE ERENCHUN (Argentina), expuso las conclusiones de su aportación al Congreso, que en lo fundamental coincidían con la ponencia de su país. Luego, los Sres. LÓPEZ MEDEL (España) y BELMONTE (Argentina) consideraron que no hay sustancial contraposición en el contenido de ambas ponencias y este último pidió de la Presidencia que diera el punto por suficientemente debatido. El Sr. GIL MARQUÉS (España) apostilló que la expresión de limitaciones sociales en el Código italiano del año 1942 y en la Constitución Española, es sumamente confusa, pues no ha hecho más que plantear problemas a la doctrina. Baste decir que la propiedad es un derecho subjetivo protegido por la Ley.

A tal altura del debate, terció el Sr. VILLAGORDOA (México), para lamentarse por el retraso en la recepción de las conclusiones de la ponencia mexicana y solicitó la lectura de las mismas, a lo que se adhirió su compatriota, Srta. SANTILLANA, solicitud que fue aceptada por el Presidente. Con tal motivo, el Sr. NIETO ARAIZ (México) procedió a la lectura de tales conclusiones y la Srta. SANTILLANA a las de su trabajo.

A partir de ahí, comenzó propiamente el debate sobre el tema de la registración de las limitaciones del Derecho público al derecho de propiedad.

Inició esta fase el ponente español Sr. LASO, quien se inclinó por la posibilidad de la registración de las mismas en cuanto recaigan sobre fincas concretas y estén de acuerdo con el Ordenamiento vigente y el sistema hipotecario, y se mostró partidario de la función calificadora del Registrador en esta materia. El Sr. BAÑOS (México) matizó entre limitaciones generales, que a su juicio no deben acceder al Registro, y las limitaciones concretas, que sí pueden acceder. En este mismo sentido se manifestó el Sr. BAGLIETTO, insistiendo en que no creía necesario inscribir las de carácter general, pues para su publicidad ya estaban las oficinas catastrales. El Sr. PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO (México) abundó, en líneas generales, en el mismo criterio. Intervinieron después el Sr. ZUMALACARREGUI MARTÍN-CÓRDOVA para apoyar la postura del Sr. LASO; el Sr. GRAGERA y el Sr. VIDAL para reiterar los criterios de coincidencia fundamental en la ponencia del Sr. LASO, a la que se adhirió la Srta. SANTILLANA.

A continuación tomó la palabra el Sr. GARCÍA GARCÍA (España), que distinguió entre actos administrativos que recaen sobre finca concreta cuya registración es fundamental para que pueda perjudicar a terceros y limitaciones derivadas de actos normativos —como, por ejemplo, los Planes que se refieren a una zona concreta—, los cuales pueden inscri-

birse como publicidad-noticia, reforzadora de lo publicado en el *Boletín Oficial del Estado*. Tomaron la palabra seguidamente los Sres. MOISSET, VACARRELLI (Argentina) y BADÍA (España), este último para llamar la atención sobre la posibilidad de debatir la eficacia de la inscripción de las limitaciones de Derecho público, inclinándose en este sentido el señor PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO por la necesidad de inscribir las limitaciones concretas para su eficacia; por su parte, el Sr. RODRÍGUEZ CALDERÓN (México) vio que el problema era un tema de calificación y rechazó que pudiera dársele al Registrador la posibilidad de calificar las limitaciones de carácter público. Posteriormente retomó la palabra el Sr. LASO y quiso dejar claro que una cosa es que una limitación no necesite acceder al Registro para su eficacia y otra que no sea conveniente su inscripción cuando por voluntad de la Administración o por disposición legal se pretenda la misma. En estos casos, deben pasar por el crisol que supone la calificación del Registrador, no para determinar su validez, sino para determinar si son o no inscribibles. El Sistema Registral es una herramienta útil para la publicación de las limitaciones, pero también debe exigirse que estas se sujeten a las líneas generales que rigen el sistema inmobiliario.

Terminó la sesión del día, con la intervención del Sr. BELMONTE, que rechazó la registración de las limitaciones generales. El Sr. FERNÁNDEZ CENDEJAS (España) intervino para apoyar la posición de la Delegación Española.

El segundo día comenzó con un resumen de las posiciones del día anterior para centrar el debate sobre las limitaciones públicas y su registración y en este sentido comenzó hablando el ponente español, Sr. LASO, para mostrarse favorable a la registración de tales limitaciones en cuanto recaigan sobre bienes inmuebles concretos, se ajusten al Ordenamiento vigente y a los principios que rigen el Ordenamiento inmobiliario, y tras dar una serie de ejemplos que a su juicio debían tener acceso al Registro, concluyó manifestando que el Registro de la Propiedad no hace constituyente las limitaciones públicas, pero que se trata de estructurar y encajar esto en el sistema inmobiliario. Le contestó el Sr. MOISSET, que aún coincidiendo en lo esencial rechazó la posibilidad de inscribir los bienes demaniales y sus limitaciones, por considerarlo innecesario, al menos en su país. El Sr. BAÑOS se mostró favorable, sin embargo, a la referida registración, a lo que se opuso el citado Sr. MOISSET. Tomaron la palabra después el Sr. VIDAL y ZUMALACARREGUI MARTÍN-CÓRDOVA, el Sr. A. GARCÍA (Argentina) y el Sr. VILLAGORDOA, que encontraba puntos muy coincidentes con la ponencia española, resaltando el carácter de información y consulta del Registro en esta materia. Tras señalar el Sr. LASO la posibilidad de inscribir el planeamiento de iniciativa privada se provocó viva

polémica por la intervención del Sr. MENÉNDEZ, de España, el cual se opuso al acceso de las limitaciones de Derecho público al Registro y dijo ser partidario de crear un Registro Administrativo paralelo a tal fin. Le rebatió el Sr. CORRAL DUEÑAS (España), a lo que respondió el Sr. MENÉNDEZ por alusiones.

Posteriormente fueron varios los intervinientes: el Sr. VILLAGORDOA, el Sr. ORBE (Ecuador), el Sr. PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, el Sr. ZUMALACÁRREGUI MARTÍN-CÓRDOVA, que se opuso a crear las oficinas paralelas al Registro de la Propiedad de las que hablaba el Sr. MENÉNDEZ; y después de la intervención brillante del Sr. LÓPEZ MEDEL tomó la palabra el Sr. POVEDA (España), que se inclinó por la registración de las limitaciones de la propiedad tanto de Decho público como privado, siempre que cumplieran dos requisitos: Que fueran individualizables y por su naturaleza oponibles a terceros. Después de hacer uso de la palabra el Sr. VIDAL, el Sr. BADILLO (Puerto Rico), el Sr. BAÑOS y el señor VILLAGORDOA, se pasó a examinar la cuestión de la posibilidad de inscribir actos civilmente válidos a falta de requisito administrativo, y en este sentido tomó la palabra el Sr. LASO para explicar la postura española, tendente a la posibilidad de su registración si el legislador lo sanciona con la invalidez civil por falta de dicho requisito administrativo, rechazándola de pleno en caso contrario. Se opuso el Sr. RUIZ DE ERENCHUN, que vio que tal tema entraba dentro del ámbito de la calificación registral de cada país, y tras intervenciones de los Sres. POVEDA y GIL MARQUÉS, se abandonó la discusión sobre este punto; empezando a debatir la registración o no de los bienes de dominio público.

Volvió a tomar la palabra el Sr. LASO, para explicar el punto de vista español, que es favorable a la inscripción de tales bienes, salvo excepciones concretas. Por parte de la Delegación argentina, el Sr. MOISSET destacó que la registración o no de tales bienes dependía de su carácter ostensible o no, acorde con las conclusiones que presentaba la Delegación de su país. A partir de ahí comenzó el debate sobre este punto, con intervenciones de los Sres. LÓPEZ MEDEL, favorable a la postura española; BADÍA, que se mostró conforme con el criterio argentino de la ostensibilidad; MENÉNDEZ, que se inclinó por la no inscripción; VIDAL, SCOTTI; otra vez el Sr. LASO, después los Sres. MOISSET, MENÉNDEZ y BELMONTE, para llegar a la brillante intervención del Sr. MARTÍNEZ DE BEDOYA (España), muy aplaudida, que se centró en el comentario y análisis del artículo 5.º del Reglamento Hipotecario Español, estando francamente a favor de la permisividad de la registración de tales bienes. Luego el señor NIETO ARAIZ hizo una exposición sucinta del Sistema mexicano, ampliamente favorable a la registración de tales bienes, a lo que se opusieron los Sres. BELMONTE y RUIZ DE ERENCHU. Por su parte, los se-

ñores VIDAL y BERNAL-QUIRÓS (España) se manifestaron a favor de la inscripción de tales bienes de dominio público, enumerando este último ejemplos concretos en la legislación española. Finalizó la sesión el Sr. GARCÍA GARCÍA, quien, después de un cariñoso recuerdo a TIRSO CARRETERO, optó por favorecer la inscripción de los bienes demaniales y rogó a la Comisión que se sustituyera el término «ostensibilidad» de la redacción de las posibles conclusiones por no considerarlo propio del Derecho Inmobiliario Registral.

El tercer y último día de debates se inició con la «reserva de rango», que el Presidente de la Comisión había prometido al Sr. ZUMALACÁRREGUI MARTÍN-CÓRDOBA al cerrarse el debate del día anterior y no haber podido intervenir, y así hizo uso de la palabra para en una elocuente intervención resumir las posiciones y diferentes puntos de vista expuestos hasta entonces, mostrándose claramente partidario de la registración de los bienes de dominio público o demaniales. Tras ello el Presidente de la Comisión propuso dar por finalizado ya el debate por falta de tiempo y nombrar la Subcomisión redactora de las conclusiones finales. Esta Subcomisión quedó compuesta por los Sres. LASO, NIETO ARAIZ, MOISSET y NAVARRO GONZÁLEZ. Se retiraron dichos señores congresistas para cumplir la misión que se les encomendaba y en la Comisión se abrió el turno de la exposición de trabajos que sobre el tema habían aportado diferentes congresistas. Los Sres. VILLAGORDOA, MAZIN, BERNAL-QUIRÓS, CORRAL DUEÑAS, RUIZ DE ERENCHUN, LÓPEZ MEDEL y MENÉNDEZ expusieron en síntesis sus aportaciones y contestaron a las preguntas que los restantes congresistas formularon sobre el tema.

El mayor interés lo levantó la intervención de BERNARD MAZIN, al exponer las líneas generales del proyecto de Ley de registraciones de limitaciones de dominio, actualmente en trance de elaboración en su país. Se prevé la creación de un fichero exclusivamente dedicado a la constancia de limitaciones que, junto a los de personas y de fincas, constituirán el conjunto del Registro.

Ante la pregunta de por qué tales limitaciones no constaban en la ficha de cada finca en lugar de crear una ficha especial para cada limitación, contestó que por dos razones: La primera, porque en las zonas rurales no existen fichas reales, tan sólo de personas. La segunda, porque al afectar las limitaciones a una pluralidad de fincas resulta menos complicado la utilización de una ficha especial que llevar la limitación a la ficha de cada una de las fincas afectadas. Apostilló VIDAL FRANCÉS que este mismo sistema es el que se utiliza en España en los casos de Concentración Parcelaria.

Las conclusiones quedaron redactadas aproximadamente media hora antes de terminar la sesión, fueron leídas por la Subcomisión redactora

de las mismas y aprobadas por unanimidad por la Comisión y posteriormente por el Pleno de la Asamblea.

SEGUNDA COMISIÓN.—TEMA: DERECHO DE SUPERFICIE

Comenzaron las sesiones de trabajo con la constitución de la Mesa, que quedó compuesta por los siguientes congresistas: Presidente, D.^a LEA EMILIA BRAUNE (Brasil); Vicepresidente 1.^o, D. RAFAEL ARNÁIZ EGUREN (España); Vicepresidente 2.^o, D.^a M.^a LUISA FÚSTER (Puerto Rico); Vocal 1.^o, D. LUIS MARÍA BORDENAVE (Argentina); Vocal 2.^o, D. JO HENSSEN (Holanda); Vocal 3.^o, D. FRANCO CATTANEO (Suiza); Vocal 4.^o, D.^a NELLY CALDERÓN (Perú). Secretarios, D. JUAN PABLO RUANO BORRELLA (España) y D.^a MARÍA JOSÉ PÉREZ MARTÍN (España).

La Presidenta, Sra. BRAUNE, abrió la sesión con un saludo a los miembros de la segunda Comisión. A continuación, tomó la palabra el Sr. ALTERINI (Argentina) para exponer las conclusiones de la Delegación argentina, que fueron las siguientes: primero: conveniencia de que se regule legislativamente el derecho de superficie; segundo: admisión del mismo en los ámbitos público y privado; tercero: distinción entre el derecho a edificar en suelo propio y el derecho a edificar en suelo ajeno; cuarto: extinción del derecho de superficie por su no uso; quinto: posibilidad de que su contraprestación consista también en titularidades sobre lo edificado; sexto: garantizabilidad con condiciones resolutorias inscribibles; séptimo, conveniencia de recíprocos derechos de adquisición preferente entre los titulares del suelo y los de la superficie; octavo: liquidación de la situación posesoria al extinguirse el derecho superficiario; noveno: intervención del instrumento público en su configuración; décimo: tratamiento registral más conveniente, folio único o doble folio, según peculiaridades nacionales.

Acto seguido, el Sr. MESA (España) expuso las conclusiones de la Delegación española, que pueden resumirse en las siguientes ideas: primero: la multiplicación del género humano y la consiguiente necesidad de alojamiento y de tierras laborables puede justificar la resurrección de la figura históricamente aletargada del derecho de superficie; segundo: su noción básica, enlazada con los derechos que se proyectan sobre el volumen inmobiliario en cuanto nuevo objeto de las relaciones jurídicas, es la de ser un poder de edificar o plantar en suelo ajeno manteniendo la propiedad separada de lo edificado o plantado; tercero: se caracteriza el derecho superficiario por las siguientes notas: alienabilidad, temporalidad y necesidad de su configuración auténtica a través del doble filtro del instrumento notarial y de la inscripción constitutiva en el Registro de la Propiedad.

A continuación de esta propuesta de las conclusiones de los dos citados países se abrió el debate. El Sr. FERNÁNDEZ ORTIZ (España) subrayó la conveniencia de no limitar el derecho de superficie al suelo urbano, señalando el interés que esta figura puede tener en el rústico para superar las rigideces legales de algunas otras formas de explotación en suelo ajeno. El Sr. DUNN BARREIRO (Ecuador), sin desconocer la posibilidad de aplicación del derecho de superficie en el ámbito rústico, insistió en la importancia de su aplicación al urbano, en los países tercermundistas, para resolver la falta de vivienda.

Tras un breve receso, tomó la palabra el Sr. FRÉMONT (Francia), para referirse a las diversas clases de separación de la propiedad existentes en su país. El Sr. REY PORTOLÉS (España) puso de relieve la conveniencia de centrar el debate, fijando un concepto del derecho de superficie. El señor MESA, contestando a esta propuesta, analizó la evolución histórica de esta figura, para intentar llegar a la formulación de un concepto del derecho de superficie que fuera comprensivo de las siguientes ideas: superación del principio romano «superficies solo cedit»; aceptación del concepto germánico de este derecho, consistente en la admisión de una propiedad separada de lo edificado o plantado respecto a la del suelo; distinción de la figura de la propiedad horizontal; y, finalmente, temporalidad. El Sr. MIQUEL (España) insistió en la idea de la temporalidad y añadió la de la revertibilidad. El Sr. CATTANEO (Suiza) analizó los tres tipos de derecho de superficie existentes en su país. El Sr. ALTERINI, a continuación, puso de relieve la posibilidad de que el derecho de superficie se constituya sobre un solar o sobre una edificación ya existente. El Sr. MIQUEL, sin embargo, discrepó de esta manifestación, entendiendo que el derecho de superficie consiste, por esencia, en utilizar un suelo ajeno para edificar, desembocando en una propiedad superficiaria de lo edificado independiente de la de aquél. El Sr. ARNÁIZ, intentando hacer un resumen del debate que sirviera como conclusión de la sesión, puso de manifiesto que el dominio, como derecho indefinido por esencia, es una concepción superada en los Ordenamientos actuales; que el urbanismo impone limitaciones en la utilización del suelo, vuelo y subsuelo; que el derecho de superficie se caracteriza por una propiedad separada del suelo y de la edificación, por su temporalidad y por su revertibilidad; que no cabe confundir el derecho de superficie con la propiedad horizontal, en la cual no existe esa dualidad de propiedades, suelo y vuelo, ni es de esencia su temporalidad; y, finalmente, la conveniencia de la regulación de este derecho para la lucha contra la especulación del suelo y la solución del problema de la vivienda. El Sr. REY PORTOLÉS solicitó que se aclarase si se debe o no de extender al suelo rústico esta figura, lo cual

podría resucitar instituciones ya en desuso, como la enfiteusis. Sin unanimidad sobre este último punto, se levantó la sesión.

Al día siguiente, después de la salutación de la Sra. Presidenta, se reanudó el debate, tomando la palabra el Sr. ALTERINI para proponer un paso adelante en el debate, entrando en el estudio de las finalidades del derecho de superficie, en su doble posibilidad de constitución por los Entes públicos y las personas privadas y en la conveniencia de regulación por los Estados de los aspectos imperativos de la figura. A continuación, el Sr. CATTANEO puso de relieve que en Suiza el derecho de superficie está regulado únicamente en el sector jurídico-privado del Ordenamiento, concretamente en el libro del Código Civil destinado a los derechos reales. A pregunta del Sr. ALTERINI precisó que esa ubicación sistemática no significa que esta figura no sea utilizable por los Entes públicos. El Sr. MÓJICA (Puerto Rico) observa que determinados Ordenamientos se inhiben de dictar una regulación de sus principales aspectos imperativos, proponiendo, en consecuencia, una regulación taxativa de aquélla. A esta propuesta responde el Sr. MARQUINA DE LA RICA (España), manifestando su preocupación por la propuesta del representante portorriqueño, ya que, a su juicio, el legislador debe contentarse con ofrecer moldes amplios para que los particulares puedan acomodar a ellos sus intereses y conveniencias, siempre con respecto a los límites generales impuestos a la autonomía privada, citando las consecuencias desfavorables que en otros ámbitos han originado algunas legislaciones excesivamente intervencionistas. El Sr. PRESA (España) hace notar que las finalidades del derecho de superficie varían según épocas y países; así, en el ámbito rústico, históricamente persiguió el laboreo de fincas de otro modo inexplotadas, y en el ámbito urbano, el excluir la aplicación del rígido principio romano de accesión, que obligaba a adquirir todos los niveles o estratos de un inmueble, cuando sólo era interesante o asequible uno de ellos. El Sr. ARNÁIZ intentó obtener un cierto consenso de los asistentes, acerca de las conclusiones de la Comisión segunda que deberían referirse a que el derecho de superficie debe tener un plazo, debe ser reversible y útil para excluir la especulación del suelo mediante la multiplicación de la oferta de terrenos públicos cuya titularidad no convenga abandonar definitivamente, pudiendo, por ello, ser utilizado, no sólo por los particulares, sino también por los Entes públicos. Finalmente recordó la conveniencia de que el derecho de superficie, ante la falta de contacto posesorio, al menos en su primera fase, se refleje en el Registro de la Propiedad, organismo éste que acaso debiera participar en su *iter* constitutivo; esto último presupondría la exigencia de una titulación auténtica. El Sr. ALTERINI, por su parte, puso de manifiesto su escepti-

cismo acerca del influjo del derecho de superficie en el abaratamiento del suelo, citando algunos casos al respecto, ocurridos en su país.

Después del reesco, toma la palabra el Sr. MÓJICA, para informar que el derecho de superficie en Puerto Rico no es conceptual y legalmente temporal, sino perpetuo. El Sr. RAMOS (España) manifestó que al margen de conveniencias prácticas, la nota de la temporalidad no puede considerarse como esencial en el derecho de superficie en razón a que en nuestro Ordenamiento, el Derecho navarro permite, con gran flexibilidad, que el mismo pueda constituirse con carácter temporal o perpetuo, presumiéndose esto último si no se hubiera establecido lo contrario. Los inconvenientes de una desmembración eterna del dominio, se podrían obviar a través de recíprocos derechos de adquisición preferente y de la atribución al dueño del suelo de un derecho de redención, soluciones ambas previstas para la superficie agrícola en la Compilación de Navarra. El Sr. FRÉMONT dice que existe en su país, además del derecho de superficie, una figura paralela, «bail a construcción», contrato por el que se cede el derecho a edificar en suelo ajeno por un plazo máximo de setenta años. El Sr. MESA estima que no debe admitirse el derecho de superficie con carácter perpetuo, según se ponía de manifiesto en la doctrina de los postglosadores y en los Ordenamientos actuales de diversos países. El Sr. REY PORTOLÉS insiste en que el derecho de superficie es un derecho a construir en suelo ajeno, que desemboca por su ejercicio en una propiedad superficiaria, caracterizada por su temporalidad y la revertibilidad al dueño del suelo y considera que no es deseable trasplantarlo al ámbito rústico. El Sr. UTRERA (España) afirma que el futuro del derecho de superficie podría estar en su enlace con el *ius aedificandi* y su variante de aprovechamiento independizado del suelo. Se procede a una pausa.

Tras la misma, el Sr. ALTERINI propone que se entre en la problemática registral del derecho de superficie. En esta dirección, el Sr. MESA defiende el carácter constitutivo de la inscripción. El Sr. PRESA apunta dicha inscripción constitutiva, no sólo en referencia al derecho de superficie, sino también a la propiedad superficiaria. El Sr. PUYOLS (República Dominicana) hace un inciso para manifestar la necesidad del instrumento público. El Sr. MIQUEL muestra su desacuerdo con el Reglamento Hipotecario español en cuanto a la inscripción constitutiva, puesto que el derecho a edificar no puede recogerse registralmente al tratarse de un derecho sobre cosa futura. El Sr. RAMOS se pronuncia a favor del doble folio registral y disiente del Sr. MIQUEL en cuanto a que del derecho a edificar suponga la inscripción de un derecho sobre cosa futura, ya que se hace necesario distinguir dos aspectos, el derecho real sobre cosa ajena y, tras su ejercicio, la propiedad superficiaria sobre lo edificado o

plantado, debiendo tener acceso al Registro este derecho desde el primer momento. El Sr. MIQUEL insiste en su opinión, alegando que el derecho sobre cosa futura tiene un carácter puramente obligacional. El Sr. DUNN hace hincapié en los dos momentos o fases del derecho de superficie, antes y después de la edificación. El Sr. CATTANEO aclara la conceptualización del derecho de superficie en el Derecho suizo como una servidumbre. El Sr. ALTERINI, volviendo sobre el punto del carácter de la inscripción, se manifiesta a favor de la naturaleza simplemente declarativa de la misma, por entender que con ésa quedan suficientemente protegidos los derechos de terceros, poniendo de manifiesto la falta de unanimidad de la doctrina acerca de este punto, así como la conveniencia de que este extremo quede reservado a cada Ordenamiento según los principios informadores de su sistema registral. El Sr. RAMOS apuntó la posibilidad de que el derecho de superficie se constituyese no solamente llevando inherente la facultad de edificar o plantar en suelo ajeno, sino también sobre una edificación o plantación ya existente. El Sr. MIQUEL se manifiesta en contra por considerar esencial a este derecho la facultad de edificar. El Sr. MÓJICA afirma, en relación al Derecho de Puerto Rico, la doble posibilidad de que al tiempo de constituirse el derecho de superficie exista o no edificación. El Sr. RUANO pide que se insista en el estudio de la posibilidad apuntada en cuanto a la constitución de derecho de superficie sobre finca o plantación ya existentes, pues ello podría aportar interesantes consecuencias para la superación o intento de superación de figuras excesivamente vinculantes para el propietario, como puede ser el arrendamiento en aquellos países en que está sujeto a prórroga forzosa a favor del arrendatario. El Sr. ARNÁIZ, para concluir el debate, pone de manifiesto el acuerdo existente en cuanto a la configuración múltiple de la superficie utilizable en el ámbito público y privado, existiendo dudas sobre si es un derecho real distinto del de propiedad o una forma de propiedad diferente, pareciendo preferible esta segunda tesis, de modo que hubiera dos propiedades, suelo y edificación, perfectamente transmisibles y gravables que subsisten mientras no se extinga el derecho de superficie, debiendo existir documentación auténtica y no debiéndose pronunciar sobre el carácter de la inscripción.

Sobre la base de estas conclusiones se formó una Subcomisión, compuesta por los Sres. ALTERINI, FRÉMONT, MESA, ARNÁIZ y CATTANEO, al objeto de elaborar el correspondiente proyecto de conclusiones.

El último día se dedicó a la formulación, propuesta y aprobación de las conclusiones por parte de la Subcomisión citada, que fueron posteriormente aprobadas también en el seno de la Comisión y en la Asamblea.

Se ofreció a todos los participantes que hubieran aportado trabajos la posibilidad de presentar un extracto de los mismos. Aceptaron el ofre-

cimiento e hicieron uso de la palabra lo Sres. CATTANEO, MIQUEL, MÓJICA, PRYER (Reino Unido), PRESA, RAMOS, UTRERA, FRÉMONT y RUANO.

TERCERA COMISIÓN.—TEMA: EL «LEASING» INMOBILIARIO
Y SUS REPERCUSIONES JURÍDICAS

Comenzó esta Comisión sus trabajos estando formada la Mesa por los siguientes señores: Presidente: Dr. JORGE RAÚL CAUSSE (Argentina); Vicepresidente 1.º, D. ALEJANDRO M. GARRO (Suiza); Vicepresidente 2.º, Don PEDRO AVILA ALVAREZ (España); Vocales: D. CARLOS CAPELLEMAN (Bélgica), Dr. ALBERTO M. AZPEITIA (Argentina), D. LARBI GUENNON (Marruecos) y D. AUGUSTO MIGUEL TORAL (Ecuador), siendo Secretarios D. MANUEL CASERO MEJÍAS y D. JULIO SOLER GARCÍA (España).

Abrió la sesión el Sr. Presidente, quien, tras proponer las normas de trabajo por las que iba a regirse la Comisión, concedió la palabra al Sr. AMORÓS GUARDIOLA, ponente de la Delegación española. Inició el Sr. AMORÓS su exposición señalando las conclusiones iniciales de la ponencia española, que en resumen eran las siguientes: 1. Durante los últimos años se han desarrollado en España las operaciones de *leasing*, en especial a partir del Decreto de 31 de agosto de 1980, que establece un régimen fiscal favorable a estos contratos. 2. Hay diversos problemas jurídicos, tanto respecto a las normas aplicables, lo que depende de su naturaleza jurídica, como a la validez de su contenido contractual, requisitos, efectos y publicidad registral. 3. Se estima que el *leasing* no es un arrendamiento, ni una opción de compra en sentido técnico, sino más bien una venta a plazos con reserva de dominio, que actúa en realidad disimulada bajo aquella apariencia contractual y se asemeja a los negocios fiduciarios. 4. El *leasing* es un contrato de adhesión, por lo que las cláusulas que en ellos se establecen son una manifestación de las llamadas condiciones generales, por lo que se hace necesario valorar la licitud de las mismas, su validez y eficacia, de acuerdo con su contenido y finalidad. 5. Resulta necesaria la inscripción registral de esta figura para la adecuada protección del titular de la misma fuente a los adquirentes del dominio de la finca o titulares de derechos reales sobre ella. La susceptibilidad de inscripción del *leasing* tropieza con la dificultad de ser un derecho real de contenido atípico. La calificación deberá proyectarse sobre la validez del contrato según su naturaleza y significado, el cumplimiento de los requisitos para la inscripción y las cláusulas o condiciones generales en él contenidas.

Tomó la palabra a continuación el Sr. AZPEITIA, quien expuso las conclusiones de la ponencia argentina, las cuales, en resumen, son las siguientes: 1. El *leasing* responde a necesidades de financiación a medio

y largo plazo, surgidas en negocios jurídicos complejos con pluralidad de partes. 2. Debe distinguirse entre el acercamiento de las partes para deliberar y la posterior concertación del definitivo contrato. 3. Debe legislarse esta figura de modo detallado, abarcando los diversos aspectos de la misma. 4. En Ordenamientos jurídicos en los que rija el sistema del *numerus clausus* debe organizarse esta figura conexcionada con los derechos reales admitidos. 5. Deben calificarse por el Registrador estos contratos, para su adecuada inscripción en el Registro.

Tomó la palabra posteriormente el Sr. SANDOVAL ALEMANY, ponente de la delegación de Puerto Rico. Manifestó que el *leasing* es considerado como un arrendamiento con opción de compra, por lo que es un auténtico derecho real. Carece de regulación legal en Puerto Rico; es de gran utilización en la rama mobiliaria, pero prácticamente inexistente en el campo inmobiliario. El Tribunal Supremo sólo ha examinado esta figura una vez y admitió la misma en base a la libertad de pacto. Puede ser un medio eficaz para facilitar la adquisición de viviendas sociales, aunque en su país tendrá poco desarrollo por la ayuda que presta el Gobierno al préstamo hipotecario.

Tras estas exposiciones, dio el Presidente la palabra a los autores de los diversos trabajos presentados en relación al tema que se debatía, con objeto de destacar las conclusiones a que llegaban en los mismos. Habló en primer lugar el Sr. MENÉNDEZ (España), que estudió esta figura desde el punto de vista fiscal. Tras él, tomó la palabra el Sr. GARRO (Suiza), quien hizo un repaso a las cuestiones problemáticas de esta figura, destacando la Ley francesa de 12 de julio de 1984, que soluciona algunas de ellas. A continuación, y en nombre del Sr. SILVA (Brasil), intervino su hijo, que con emotivas palabras indicó que su padre no podía encontrarse presente, pues en esos momentos estaba siendo operado de corazón, por lo que él iba a tratar de exponer las ideas reflejadas en el trabajo por aquél. En conclusión, señaló que debía conseguirse la inscripción del *leasing* en su conjunto, ya que es incorrecto inscribirlo en el Registro de forma incompleta, que es lo que ocurre en Brasil, donde sólo puede ser inscrita la venta, censurando, asimismo, que se aplique esta figura sólo a los inmuebles dedicados a la producción, olvidando los destinados a habitación. Finalmente el Sr. VILLAMARZO (Puerto Rico) presentó las conclusiones de su trabajo que eran similares a las conclusiones de la ponencia presentada por la Delegación de su país.

Una vez expuestas las conclusiones de los diversos trabajos presentados a la Comisión, el Sr. AVILA señaló que debía pasarse a la discusión de los grandes temas generales que afectan al *leasing*, y olvidar, en la medida de lo posible, los problemas concretos de cada país, haciendo suyas el Presidente de la Comisión estas mismas palabras y levantó la

sesión del primer día, no sin agradecer la gran asistencia de congresistas a la sesión, así como el orden en que se había desarrollado la misma.

El segundo día del Congreso se inició la sesión con la intervención del Sr. CASADO BURBANO (España), autor de una comunicación que no pudo ser resumida el día anterior. Se refirió al *lease back*; dijo que se trataba de un contrato inmobiliario con grandes ventajas financieras, de naturaleza atípica y susceptible de inscripción. Le augura un porvenir similar al del préstamo hipotecario.

Comenzó a partir de ese momento el debate propiamente dicho, con la discusión del tema que según la mayoría de los asistentes es el decisivo en torno a esta figura: su naturaleza jurídica. El Sr. DE LA VIÑA MAGDALENO (España) perfiló en determinados aspectos la ponencia española; catalogó la figura como un contrato atípico con una causa única y no como el resultado de una suma de contratos, pese a su semejanza en determinados aspectos con ciertas figuras contractuales. El Sr. VARELA WOLFF (Argentina) lo considera como un negocio jurídico complejo de sustancia contractual de compra sometida a condición suspensiva, que en sus primeros momentos se regirá por las normas del arrendamiento de inmuebles. El Sr. AMORÓS GUARDIOLA distinguió entre el *leasing* mobiliario y el inmobiliario, pero considerando que no se trata de figuras totalmente independientes, pues existen pautas comunes entre ambos, y centró el tema en la cuestión de cuál era el fin práctico querido por los intervinientes, que para él no es otro que la voluntad del usuario de adquirir la propiedad de la cosa, sin hacer de momento el desembolso total que supondría su adquisición. No sería, por tanto, ni un arrendamiento, ni una opción de compra, sino una gran figura atípica que encuentra en la compraventa a plazos con reserva de dominio su figura más semejante. Es un contrato de adhesión, en el que debe protegerse no sólo al usuario, sino también a todos los terceros que puedan relacionarse con el objeto de *leasing* o con los intervinientes en este contrato.

El Sr. NÚÑEZ (España) opinó que no es cierta la existencia de una teoría unitaria entre el *leasing* mobiliario y el inmobiliario, pues es distinta la fuente de financiación y el objetivo fijado por las partes en cada uno de ellos. Por ello, no es posible dar a esta figura una única naturaleza y es mejor acudir a una postura que sea sintética: o bien arrendamiento con opción, o bien compraventa a plazos con reserva de dominio.

El Sr. PASCUAL (España) afirmó por su parte que nos encontramos ante un contrato nuevo, unitario, mercantil y de adhesión con razones similares para considerarlo arrendamiento con opción o venta a plazos. Tras un amplio y abierto debate en el que intervinieron los Sres. SANDOVAL, AZPEITIA, BENAVIDES DEL REY (España), NÚÑEZ, AVILA ALVAREZ

y AMORÓS GUARDIOLA, se aprobó un texto unitario sobre el que trabajase la Subcomisión redactora de las conclusiones, en el sentido de que se trata de un contrato atípico y *sui generis*.

Se pasó a continuación a debatir el tema de las condiciones generales, planteándose en primer lugar si se hacía un estudio global o minucioso de las mismas. Se optó por la primera solución, por la gran importancia que tiene en esta cuestión el orden público, variable en cuanto a su contenido de un país a otro. Se entendió que debía aplicarse a este contrato la normativa general de los contratos de o por adhesión. Tras aprobarse este punto se procedió a la elección de la Subcomisión redactora de las conclusiones, para que empezase su actuación con arreglo a las bases sentadas en los aspectos ya debatidos, siendo elegidos como miembros de la misma los ponentes oficiales que a su vez podrían nombrar algunas personas para que les ayudasen. Tal Subcomisión quedó formada por los siguientes señores: ALEMANY, HIRSCH (Argentina), AZPEITIA, AVILA y AMORÓS GUARDIOLA.

El tercer día comenzó la sesión con la lectura de los dos primeros puntos que se habían redactado por la Subcomisión, relativos a definición y naturaleza, por un lado, y licitud, validez y eficacia de las cláusulas, por otro. Se volvió de nuevo a debatir la cuestión de la naturaleza, insistiendo algunos asistentes en que debía resaltarse la autonomía de esta figura respecto de otras, a lo que respondieron los redactores en el sentido que habían querido reflejar las discusiones habidas en el seno de la Comisión. Tras debate amplio, terció el Presidente en el sentido de dejar a la Subcomisión que reelaborase estos puntos teniendo en cuenta las observaciones realizadas. Mientras la Subcomisión redactora trataba de llegar a un acuerdo, se debatieron una serie de cuestiones de importancia, como la relativa a la necesidad de instrumento público, así como a la conveniencia de su inscripción en el Registro, independientemente de la naturaleza que se atribuyera a esta figura. Antes de procederse a la lectura y votación de las conclusiones a las que había llegado la Subcomisión redactora, el Presidente señaló la necesidad de no olvidar el hecho de encontrarnos en un Congreso de Derecho Registral, por lo cual debía intentarse que las conclusiones afectasen fundamentalmente a este campo y aportar sugerencias al legislador de cada país, para que las tuviese en cuenta a la hora de regular las diversas instituciones. Se procedió finalmente a la lectura de las conclusiones que fueron aprobadas, con lo cual se levantó la sesión. Tales conclusiones fueron, posteriormente, aprobadas por la Asamblea.

CUARTA COMISIÓN.—TEMA ASAMBLEA: EL DERECHO COMO
CONDICIONANTE DE LA TÉCNICA DE PROCESAMIENTO DE DATOS

Se inició la sesión el martes 23 de octubre con la constitución de la Mesa, integrada por un representante de cada país perteneciente a la Comisión Directiva del Congreso y presidida por D. CARLOS HERNÁNDEZ CRESPO (España), actuando como Secretarios D. ERNESTO GARCÍA-TREVIJANO y D.^a MARÍA NARDIZ (España). Después de unas breves palabras y tras la enumeración de los trabajos aportados por los distintos países a esta Asamblea, inicia la exposición como ponente por España el Sr. ARNÁIZ EGUREN, quien en primer lugar trata de señalar las características diferenciadoras de la informática y la cibernética, para acabar admitiendo su posible uso en las ciencias sociales. Dentro de la aplicación de la primera (informática) al fenómeno jurídico, distinguió entre Derecho objetivo, la labor de interpretación o aplicación de la norma y la protección de los derechos subjetivos, destacando fundamentalmente dentro de éstos, el de la intimidad personal. Así, consideró la posibilidad de aplicación de las técnicas de procesamiento de datos (TPD) al conjunto del Derecho objetivo, sin especiales problemas; la imposibilidad de sustitución del pensar jurídico por el pensar cibernético en lo que se refiere al enjuiciamiento e interpretación de la norma y finalmente destacó que la aplicación inmoderada de la informática puede suponer un ataque a un derecho constitucional básico, como es el derecho a la intimidad.

A continuación trasladó el ponente todo este análisis al campo del sistema registral, distinguiendo así entre: 1) el Derecho objetivo registral; 2) la actividad del Registrador en la calificación del título y en la determinación registral de los derechos; 3) la publicidad del contenido registral, y 4) el modo de llevar las oficinas. Y concluyó la ponencia con idéntica solución a la expuesta anteriormente en lo que se refiere al Derecho objetivo; en la consideración de la labor del Registrador como interpretativa o juzgadora; en la necesidad de limitar la publicidad formal en función del derecho a la intimidad y en la conveniencia de la aplicación de las técnicas informáticas, siempre que no se desvirtúe la propia esencia de la institución del Registro, para la llevanza de las oficinas y para la formación de bancos de datos auxiliares relativos a índices o similares, mientras lo permita la moderna tecnología.

A continuación intervino el ponente de la Delegación argentina, señor COGLAN, quien puso de manifiesto la gran coincidencia que había entre ambas ponencias, y tras destacar lo acertado de la ponencia española, leyó la de su delegación que, presidida por la idea de que la má-

quina no puede reemplazar al jurista, puede resumirse en los siguientes puntos: 1) La técnica, en su versión electrónica, presenta distintas vertientes, debiendo el jurista seleccionar la que se refiera a su medio. Las técnicas aplicables a los Registros evolucionan adaptándose a las necesidades del momento y los elementos. 2) La tecnología sólo sirve si apoya al Derecho y facilita su consecución, subordinándola al mismo y sin que afecte a los principios jurídicos. Debe favorecer el marco para la introducción de esta técnica a los Registros, pero siempre teniendo en cuenta que el Derecho Registral se basa en factores extrarregistrales y, por tanto, la función calificadoradora debe ser hecha sólo por expertos en Derecho. 3) El empleo de la tecnología corresponde a la etapa de gestión registral y no al valor del Registro, es decir, a sus efectos jurídicos. La autenticidad de la constancia registral no es intrínseca a la tecnología, sino que su fuerza probatoria emana de su fundamento jurídico.

Tras un breve descanso, bajo la presidencia del Sr. CHICO Y ORTIZ (España), se inició el debate con la intervención del Sr. RUIZ DE ERENCHUN (Argentina), quien consideró que el Derecho no condiciona la TPD. El Derecho como objeto y como ciencia hace inexcusable la intervención de un jurista especializado.

A continuación intervino el Sr. VACARELLI (Argentina), quien puso de manifiesto las conclusiones a que había llegado junto con el Sr. GRECO (Argentina) en su experiencia en Registros pequeños o de gran volumen, a todos los cuales puede llevarse la informática.

En tercer lugar intervino el ponente español, Sr. ARNÁIZ, considerando que en la ponencia argentina pudo haber un error de redacción, toda vez que el Derecho condiciona en ciertas ocasiones las TPD. Le contestó el ponente argentino que la diferencia es más idiomática que de concepto, reiterando estas mismas ideas el Sr. VARELA (Argentina) y el Sr. COGLAN.

A continuación intervino el Sr. REY PORTOLÉS (España), quien matizó que la función calificadoradora es insustituible, debido a que no se pueden prever todas las posibilidades humanas por un ordenador. El señor VIDAL (España) consideró que la informática no suprimirá a Notarios y Registradores, pero sí puede producir una serie de peligros: la información indiscriminada podría producir la quiebra del sistema registral.

El Sr. DE LA MATA (España) intervino para matizar que en un Estado libre de Derecho la función calificadoradora del jurista estará siempre por encima de la máquina, utilizándola como ayuda, pero nunca como sustituto. La informática hay que ponerla al servicio del Derecho y no como condicionante del mismo.

Tras una intervención del ponente español Sr. ARNÁIZ para precisar puntos de las ponencias de trabajo, el Sr. GARCÍA GARCÍA (España)

puntualizó que no debía temerse a la máquina como sustitutiva del juicio humano, pues ya existieron precedentes en Estados Unidos y otros países que fracasaron completamente. A continuación analizó otros puntos, como la necesidad de respetar siempre la intimidad de la persona, y los problemas que puede plantear el folio real electrónico.

Con unas palabras del Sr. CHICO Y ORTIZ, como Presidente en funciones de la Mesa, acaba la sesión del primer día. En la siguiente sesión comenzó hablando el ponente español Sr. ARNÁIZ, para realizar una serie de precisiones sobre los puntos de las ponencias, produciéndose distintas intervenciones que resumidas pueden sintetizarse así: a) Respecto a las relaciones entre informática y Derecho, se puso de relieve la utilidad de aquélla para la sistematización del Derecho, pero siempre relacionado con la calificación registral, siendo esta la tesis del Sr. GARCÍA GARCÍA. A continuación el Sr. POVEDA (España) matizó que en las conclusiones había que dejar claro que la informática tiene siempre carácter auxiliar y en este mismo sentido se manifestó el Sr. MENÉNDEZ, también por España. b) Respecto a las relaciones entre la informática y los derechos subjetivos dignos de protección se señalan como posibles límites el interés público o la seguridad del tráfico. El Sr. RUIZ DE ERENCHUN admite esta propuesta agregando la salvaguarda judicial y la limitación a la acción del Estado en la búsqueda de esta información. Tras la intervención de los Sres. DE LA BARRERA y FLORÁN FAZIO (España) puntualizando varios aspectos, el Sr. VIDAL deja en el aire el interrogante de si el límite a la intimidad es el interés público o si precisamente el límite al interés público es el respeto a la intimidad, considerándolo un problema de principio y no de metodología. El ponente Sr. ARNÁIZ propone la modificación de este punto con la redacción siguiente: el respeto a la intimidad de la persona constituye un límite a la aplicación de la informática. En sentido contrario se manifiesta el Sr. MENÉNDEZ, considerando que el derecho a la información tiene como límite el derecho a la intimidad, como ha sido resuelto en muchos países. Intervino el Sr. BENAVIDES (España), estimando incorrecta la bipolarización derecho a la informática con intimidad, con interés público, etc. La informática facilita la llevanza de las oficinas y la publicidad registral, pero esta última siempre limitada por el interés legítimo del solicitante. Tras las exposiciones de los Sres. VARELA y RUIZ DE ERENCHUN sobre redacción de los distintos puntos, y del Sr. ARNÁIZ matizando todo lo expuesto, se acuerda que la Subcomisión para la redacción de las conclusiones estará constituida por los Sres. ARNÁIZ, RUIZ DE ERENCHUN, VARELA y COGLAN.

Dichas conclusiones fueron aprobadas por la Asamblea, como Comisión de trabajo y como tal.

II. RELACION DE LOS TRABAJOS APORTADOS

PRIMERA COMISIÓN

- *Registración de las limitaciones de Derecho público al derecho de propiedad y bienes de dominio público o demaniales.*
Hon. ETIENNE BADILLO ANAZAGASTY. Puerto Rico.
- *Acceso del dominio público al Registro.*
D. JOSÉ TOMÁS BERNAL-QUIRÓS CASCIARO. España.
- *Publicación de las limitaciones administrativas al derecho de propiedad en Francia.*
M. BERNARD MAZIN. Francia.
- *Registración de las limitaciones de la propiedad rústica en España.*
D. FRANCISCO CORRAL DUEÑAS. España.
- *La expropiación forzosa y la reversión en relación con las inscripciones de dominio público.*
D. JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ. España.
- *La legislación de unidades mínimas de cultivo y las limitaciones legales del dominio.*
D. JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA. España.
- *Los montes catalogados de utilidad pública y el Registro de la Propiedad.*
D. JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA. España.
- *Registración de las limitaciones de Derecho público al derecho de propiedad y de bienes de dominio público o demaniales.*
D. JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ. España.
- *Publicidad registral de bienes de dominio público.*
D. JESÚS LÓPEZ MEDEL. España.
- *Limitaciones de Derecho público al derecho de propiedad.*
D. JOSÉ MENÉNDEZ HERNÁNDEZ. España.
- *La inscripción de las limitaciones a la propiedad en el Registro Público. Registro Público de la Propiedad y del Comercio del Distrito Federal.*
México.

SEGUNDA COMISIÓN

- *Problemas registrales del derecho de superficie y de la propiedad superficiaria.*

- D. IGNACIO BURGOS BRAVO y D. ALVARO-JOSÉ MARTÍN MARTÍN. España.
- *Derecho de superficie: diversidad especificativa y régimen jurídico.*
D. LUIS MARÍA y D. FERNANDO CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA. España.
 - *El derecho de superficie y el Registro de la Propiedad.*
D. JOSÉ MARÍA CADENAVA COYA y D. EMILIO GARCÍA-PURIMARINO RAMOS. España.
 - *El derecho de superficie y el Registro de la Propiedad.*
D. FRANCO CATTANEO. Suiza.
 - *El derecho de superficie con reversión parcial de lo edificado como solución aplicable registralmente al cambio de suelo por vuelo.*
D. CÉSAR GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ-SAAVEDRA. España.
 - *El derecho de superficie en el ámbito urbanístico.*
D. JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ. España.
 - *El derecho de superficie. Bosquejo.*
D. FRANCISCO MESA MARTÍN. España.
 - *Consideraciones sobre el derecho de superficie edificativo en el Ordenamiento jurídico español.*
D. JOSÉ ANTONIO MIQUEL CALATAYUD. España.
 - *La superficie en el Derecho puertorriqueño.*
D. LUIS MÓJICA SANDOZ. Puerto Rico.
 - *Causas del desinterés social en España por la propiedad superficiaria.*
D. ALFONSO PRESA DE LA CUESTA. España.
 - *Notas sobre el derecho de superficie agrícola en la compilación navarra.*
D. ANTONIO-JOSÉ RAMOS BLANES. España.
 - *Esquema de la regulación del derecho de superficie en el Ordenamiento jurídico español. El derecho de sobreelevación y profundización. Aspectos sustantivos y registrales.*
D. JUAN PABLO RUANO BORRELLA. España.
 - *El aprovechamiento urbanístico en suelo sin aprovechamiento.*
D. CAYETANO UTRERA RAVASSA. España.

TERCERA COMISIÓN

- *El leasing inmobiliario y su inscripción registral.*
D. MANUEL AMORÓS GUARDIOLA. España.

- *El lease back inmobiliario, una alternativa más para la movilización de activos patrimoniales.*
D. PABLO CASADO BURBANO. España.
- *El leasing inmobiliario: algunos problemas jurídicos que se plantean en el Derecho argentino.*
D. ALEJANDRO M. GARRO. Suiza.
- *El leasing inmobiliario y sus repercusiones jurídico-fiscales.*
D. JOSÉ MENÉNDEZ HERNÁNDEZ. España.
- *O leasing imobiliário no registro de imóveis.*
D. ELVINO SILVA FILHO. Brasil.
- *Comentarios sobre la figura del leasing inmobiliario en Puerto Rico y sus repercusiones.*
D. IGNACIO VILLAMARZO GARCÍA. Puerto Rico.

ASAMBLEA

- *El Derecho como condicionante de la técnica de procesamiento de datos.*
D. RAFAEL ARNÁIZ EGUREN. España.
- *El Derecho como condicionante de la técnica de procesamiento de datos.*
D. JOSÉ LUIS BENAVIDES DEL REY. España.
- *Tecnología y reconversión registral.*
D. JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ. España.
- *El Derecho como condicionante de la técnica de procesamiento de datos.*
D. HUMBERTO GARCÍA. Argentina.
- *Notas sobre las relaciones del Derecho hipotecario con la informática jurídica.*
D. JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA. España.
- *El Derecho como condicionante de la técnica de procesamiento de datos.*
D. TOMÁS H. GRECO y D. HORACIO M. VACARELLI. Argentina.
- *La informática y los principios registrales en los distintos Registros.*
D. WOLFRAM LÜTHY. Argentina.

OTROS TEMAS

- *Las limitaciones a la facultad de transmitir el contenido del dominio y demás derechos reales impuestas al titular por acto jurídico. Examen crítico de nuestro Derecho.*
D. ANGEL BADÍA SALILLAS. España.
- *El crédito-alquiler inmobiliario y la publicidad registral.*
M. CHARLES BRANDT. Francia.
- *Contenido obligacional de los derechos reales. Eficacia erga omnes de los derechos de crédito.*
D. FRANCISCO FERNÁNDEZ DE ARÉVALO Y DELGADO. España.
- *Sociedades mercantiles irregulares.*
D. FRANCISCO FERNÁNDEZ DE ARÉVALO Y DELGADO. España.
- *La publicidad registral de las transmisiones de terrenos en Francia.*
M. PAUL FRÉMONT. Francia.
- *Conjunto de trabajos sobre: El préstamo a largo plazo en la contratación a tipo de interés variable en el mercado crediticio libre.*
D.^a MARÍA PURIFICACIÓN GARCÍA HERGUEDAS. España.
- *Algunos problemas actuales de la hipoteca a la luz de sus principios históricos.*
D. MIGUEL GONZÁLEZ LAGUNA y D. ANTONIO MANZANO SOLANO. España.
- *Nueva legislación en el campo del Registro inmobiliario y el Catastro en los Países Bajos.*
Mr. ir J. L. G. HENSSEN. Holanda.
- *Registro obligatorio y voluntario bajo las Leyes de Registro Inmobiliario de 1925-1971.*
Inglaterra y Gales.
- *Tratamiento de las servidumbres en el Registro de la Propiedad (Título).*
Inglaterra y Gales.
- *Intereses especiales bajo el sistema de Registro inmobiliario inglés.*
Inglaterra y Gales.
- *Rectificación e indemnización; el aspecto de aseguramiento del Registro inmobiliario.*
Inglaterra y Gales.
- *La propiedad cuadrimensional: un estudio sobre la multipropiedad.*
D. JUAN ANTONIO LEYVA DE LEYVA. España.

- *Filosofía de la Institución registral y cambio social.*
D. JESÚS LÓPEZ MEDEL. España.
- *Morfología registral.*
D. RAMÓN DE LA RICA MARITORENA. España.
- *El Derecho inmobiliario y el Registro.*
Sr. TSANGA CÔME-EDMOND. República del Camerún.

III. CONCLUSIONES APROBADAS

COMISIÓN PRIMERA

Tema: Registración de las limitaciones de Derecho público al derecho de propiedad y de bienes de dominio público o demaniales.

CONCLUSIONES

Primera.—El derecho de propiedad ha de tener la protección correspondiente a los derechos subjetivos, sin perjuicio de los límites que hagan posible el cumplimiento de su función social, de acuerdo con lo establecido por las Leyes.

Segunda.—Cuando el derecho de propiedad recaiga sobre bienes inmuebles, los sistemas registrales contribuyen de manera eficaz al fortalecimiento de la seguridad jurídica mediante la aplicación de sus principios.

Tercera.—Si bien las limitaciones legales generales por su propia naturaleza producen plenos efectos, ello no obsta a que las Administraciones Públicas en ejecución de aquéllas, puedan considerar conveniente su acceso al Registro en cuanto sus actos sean compatibles con las respectivas legislaciones.

Cuarta.—Igualmente puede concederse los beneficios del sistema registral al ejercicio de acciones contra los actos de las Administraciones Públicas en vía judicial o a las prerrogativas de éstas, para asegurar frente a terceros sus decisiones, siempre que recaigan sobre bienes inmuebles concretos.

Quinta.—Los actos entre particulares sometidos al cumplimiento de determinados requisitos administrativos pueden tener acceso al Registro, dejándose constancia en la inscripción de la falta de aquéllos siempre que la Ley no exija su cumplimiento como condición de validez del acto.

Sexta.—La naturaleza de los bienes de dominio público se halla garantizada en sus Leyes reguladoras. No obstante, cuando las Administraciones Públicas consideren que es de interés la inscripción de los bienes

de dominio público para la protección de su régimen jurídico, podrán tener acceso al Registro los bienes de tal carácter.

COMISIÓN SEGUNDA

Tema: El derecho de superficie y el Registro.

CONCLUSIONES

Primera.—El derecho sobre la edificación, así como otros aprovechamientos del suelo, sin perjuicio de su posible configuración como facultad normal del derecho de propiedad, puede encajarse jurídicamente en otras figuras como la comunidad de propiedad horizontal o el derecho de superficie.

Segunda.—La institución del derecho de superficie se caracteriza por la distinción, como separados, del derecho sobre el suelo y el derecho sobre la edificación.

Tercera.—La propiedad superficiaria separada de la del suelo puede ser conveniente para abrir posibilidades en el tráfico inmobiliario privado, para facilitar la política del suelo de las Administraciones Públicas o para la creación de equipamientos.

Cuarta.—Es recomendable, dada la utilidad de la figura jurídica del derecho de superficie, que en los países que no la reconocen en su Ordenamiento o que tienen establecido el sistema de *numerus clausus*, se lleve a cabo la regulación imperativa del derecho de edificar y de la propiedad superficiaria como separada de la del suelo, así como de sus características posibles de temporalidad, de reversibilidad, de adquisición preferente y de tráfico jurídico independizado.

Quinta.—Dada la configuración de este derecho y, especialmente, para la debida protección de los terceros, es conveniente la inscripción registral de la relación superficiaria, de su constitución, contenido, transmisión, gravamen y extinción.

Sexta.—La trascendencia de los intereses públicos y privados derivados del derecho de superficie, reitera la importancia de la doctrina contenida en el Apartado VII de la Carta de Buenos Aires y en el Tema III, punto 2, de las Conclusiones de San Juan de Puerto Rico.

COMISIÓN TERCERA

Tema: El *leasing* inmobiliario y sus repercusiones jurídicas.

CONCLUSIONES

Primera.—El *leasing* inmobiliario es un contrato complejo, integrado por diversos elementos, que, a pesar de los términos en que aparezca redactado, no debe equipararse con el arrendamiento, ni con la opción de compra, ni siquiera con el arrendamiento con opción de compra, sino que, por la unicidad de su causa, constituye una realidad unitaria e independiente y, mientras no sea regulado en su aspecto sustantivo, deberán aplicarse al mismo, además de las reglas generales de la contratación, las correspondientes al contrato más semejante de acuerdo con su naturaleza jurídica.

Segunda.—Como el *leasing* inmobiliario suele ser un contrato de adhesión y, por tanto, integrado por condiciones generales, la licitud, validez y eficacia de ellas deberán ser valoradas especialmente de acuerdo con su contenido y finalidad, teniendo en cuenta, además, el principio de equivalencia de las prestaciones y el orden público vigente en cada país.

Tercera.—Para cumplir su finalidad económico-social y conseguir la adecuada protección del adquirente en *leasing*, la relación jurídica nacida de este contrato debe tener eficacia real o frente a terceros. Para ello es necesario su inscripción registral previa su formalización pública. La calificación registral deberá proyectarse sobre el cumplimiento de los requisitos necesarios para la inscripción y sobre las cláusulas o condiciones generales pactadas con la amplitud que permita cada legislación.

Cuarta.—Se estima que el *leasing* inmobiliario puede ser un instrumento adecuado para facilitar el acceso a la propiedad de las viviendas y contribuir de este modo a la solución de uno de los más acuciantes problemas sociales.

Quinta.—Es deseable que cada legislación regule el *leasing* inmobiliario con la eficacia real antes expresada y con especificación de las cláusulas admisibles.

COMISIÓN CUARTA

Tema: El Derecho como condicionante de la técnica de procesamiento de datos.

CONCLUSIONES

Primera.—La técnica de procesamiento de datos es un medio auxiliar de la actividad jurídica en la consecución de los fines del Derecho.

Segunda.—La intervención del Jurista es esencial en la creación y aplicación del Derecho, única fuerza capaz de organizar y regular una justa convivencia.

Tercera.—La técnica de procesamiento de datos resulta de utilidad para recopilar, ordenar y sistematizar la legislación, la jurisprudencia y la doctrina, siempre que dichas actividades estén dirigidas y orientadas por el profesional del Derecho.

Cuarta.—El respeto a la intimidad de la persona constituye límite general para la interrelación de los distintos bancos de datos y para su utilización y divulgación.

Quinta.—La calificación del título inscribible y la expresión registral del contenido del derecho que se inscribe deben quedar sometidas al principio de necesaria intervención del encargado del Registro como jurista especializado.

Sexta.—La aplicación de la técnica de tratamiento de textos y en su caso de procesamiento de datos es útil en la elaboración material de los asientos registrales en cuanto facilita el trabajo en las oficinas del Registro.

Séptima.—Dicha técnica puede ser un instrumento eficaz para facilitar la publicidad de las titularidades y de los derechos inscritos, siempre que se cumplan las normas que exigen interés legítimo de quien pretenda conocer el contenido del Registro y los requisitos de fehaciencia y autenticidad legalmente requeridas en dicha publicidad.

LA COMISIÓN REDACTORA DE LOS «ANALES»

JURISPRUDENCIA

I. Resoluciones y Sentencias

II. Sentencias del Tribunal Supremo

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI,
JOSÉ QUESADA SEGURA y
JOSÉ CERDÁ GIMENO

1. JURISPRUDENCIA CIVIL

II. PROPIEDAD Y DERECHOS REALES

PROPIEDAD HORIZONTAL.—OBRAS QUE ALTERAN LA CONFIGURACION DEL EDIFICIO.—*Ley de 21 de julio de 1960, artículo 7.º* (SENTENCIA DE 3 DE OCTUBRE DE 1983).

Lo son las obras que transforman un bajo proyectado diáfano en un local cerrado mediante muros con sus correspondientes puertas y ventanas.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Rafael Casares Córdoba, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto contra la sentencia de la Sala 2.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia, confirmando la del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Alicante, por la parte actora y apelante.

El recurrente basa su recurso en que de no permitirse el cerramiento de la planta baja de la casa vendría a convertirse prácticamente ésta en un elemento común, perdiendo su carácter de privativo que se le había atribuido en la escritura de división horizontal, en la que, por otra parte, no se había hecho constar la facultad del constructor para cerrar y abrir huecos en esa planta baja diáfana. El Tribunal Supremo sale al paso de esta argumentación con una doble consideración: de una parte el precepto terminante del artículo 7.º de la Ley de Propiedad Horizontal, que impide a los propietarios realizar por sí solos obras que menoscaben o alteren la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores, lo que, desde luego, estima sucede en el presente caso, haciendo suyos los razonamientos de los juzgadores de instancia; y de otra,

que no puede aceptarse el que las plantas diáfanas de un edificio no puedan tener utilización alguna para sus propietarios, lo cual es evidente, ya que entre otros usos pueden destinarse a estacionamiento de vehículos, depósitos, jardín, etc.

PROPIEDAD HORIZONTAL.—NORMA ESTATUTARIA INSCRITA EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD PROHIBIENDO EL EJERCICIO DE ACTIVIDADES PROFESIONALES. GASTOS NO REPERCUTIBLES EN EL COPROPIETARIO DISIDENTE (SENTENCIA DE 5 DE OCTUBRE DE 1983).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Jaime de Castro García, declara haber lugar en parte 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 Burgos, confirmatoria en parte de la del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Bilbao, confirmando en todo lo demás la referida sentencia de la Audiencia.

La confirmación se refiere a la imposibilidad, derivada de la prohibición estatutaria, de ejercer en la vivienda actividades de abogado aunque se viva y se trate de vivienda de protección oficial y la revocación a que el copropietario disidente y recurrente contra el acuerdo de la Junta no está obligado a contribuir proporcionalmente a su cuota a los gastos del pleito seguido contra él mismo por la comunidad de propietarios.

Así resulta de las siguientes consideraciones:

Primero. Basándose en el artículo séptimo de los Estatutos que gobiernan la propiedad horizontal de que se trata, a tenor de cuyo texto «todos los pisos del inmueble se destinarán a vivienda, sin que se permita alterar tal destino ni aun para el ejercicio de actividades profesionales propias de cualquiera de sus ocupantes», la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Bilbao en Sentencia de veintiséis de junio de mil novecientos setenta y cinco estimó la demanda entablada por «la Comunidad de Propietarios de las casas número treinta y uno de la calle Elcano y número diecinueve de la calle Alameda de Urquijo, así como de la Comunidad particular de la casa número treinta y uno de la calle Elcano», declarando que «la actividad profesional de Abogado con despacho abierto al público que realiza el demandado don J. A. M. en la vivienda de que es propietario en el piso tercero izquierda de la casa número treinta y uno de la calle Elcano está prohibida» por dicha norma estatutaria, y en consecuencia le condena «a que se abstenga en lo sucesivo de ejercitar la mencionada actividad profesional en dicha vivienda».—Segundo. El *petitum* de la demanda en juicio de mayor cuantía promovido por don J. A. M. contra las Comunidades mencionadas postula como pronunciamientos principales los de que «ni en los Estatutos de las Comunidades demandadas ni en el artículo siete de aquéllos se prohíbe el ejercicio de las actividades profesionales propias de los ocupantes de los pisos siempre que no se altere o sustituya su destino», y por tanto «que al actor le está permitido en su vivienda el ejercicio de sus actividades profesionales, incluso la de Abogado, por estar previstas en el propio artículo siete de los Estatutos y por

ser vivienda de protección oficial».—Tercero. Las sentencias de uno y otro grado acogen la excepción de cosa juzgada opuesta por las Comunidades interpeladas, entendiendo que concurren las identidades subjetivas y objetivas que determinan y condicionan la eficacia de tal vinculación dimanante de la *res iudicata* y la consiguiente inimpugnabilidad de la resolución firme recaída en proceso seguido por los mismos contendientes sobre igual cuestión.

Que haciendo caso omiso de las diversas teorías mantenidas acerca de la cosa juzgada material por lo que hace a su naturaleza, que el artículo mil doscientos cincuenta y uno del Código Civil define como presunción *iuris et de iure* o ficción de verdad, sin duda reflejo del viejo aforismo *res iudicata pro veritate habetur* recogido en el derecho histórico (según regla treinta y dos, título treinta y cuatro, Partida Séptima, «la cosa que es juzgada por sentencia de que non se pueden alzar, que la deben tener por verdad»), basta señalar que es indefectible la eficacia vinculativa que entraña, con la preclusión de todo ulterior juicio sobre el mismo objeto y la imposibilidad de decidir de manera distinta al fallo precedente; y en tal sentido la reiterada doctrina de esta Sala tiene declarado que la sentencia, en cuanto decide sobre el fondo, significa una situación de estabilidad que no sólo permite actuar en consonancia con lo resuelto, sino que impide toda posterior discusión en futuro litigio siempre que se den los presupuestos para que la institución opere, pues razones de seguridad jurídica y hasta de prestigio del organismo jurisdiccional imponen el mantenimiento de lo declarado, evitando que la controversia se renueve o que se actúen pretensiones que contradigan el contenido de la sentencia firme, siempre partiendo de la inuestionable certeza de una resolución previa sobre idéntico conflicto (Sentencias de doce de junio de mil novecientos cincuenta y siete, veinticuatro de enero de mil novecientos cincuenta y nueve, veintiséis de septiembre de mil novecientos sesenta y dos, veintiséis de noviembre de mil novecientos sesenta y cuatro, veintiséis de mayo de mil novecientos setenta y once de noviembre de mil novecientos ochenta y uno).

Que el motivo inicial del recurso formalizado por don J. A. M. denuncia, amparándose en el número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Procesal, interpretación errónea del artículo mil doscientos cincuenta y dos del Código Civil, infracción que se entiende cometida al fundar la Sala *a quo* la excepción de cosa juzgada en cuestiones resueltas con carácter prejudicial en el primer proceso y por un órgano jurisdiccional manifiestamente incompetente para conocer de dichas cuestiones con carácter principal y por procedimiento inadecuado para su sustanciación como tales, alegando al efecto, y en síntesis, que sin negar «la competencia del Juzgado de Distrito y de la Audiencia Provincial para pronunciarse sobre la validez o nulidad de los Estatutos y para interpretar sus cláusulas, dicha competencia era simplemente prejudicial, no constituía fin en sí misma y, por consiguiente, no estaba cubierta por la cosa juzgada», lo que se traduce en la posibilidad del ejercicio sucesivo de las dos acciones; pero la impugnación no puede prosperar, ya que evidentemente es el «proceso abreviado de cognición» establecido para el ejercicio de acciones por infracción de las prohibiciones a que se refiere el párrafo tercero del artículo séptimo de la Ley sobre Propiedad Horizontal, es decir, contravención de las pautas estatutarias sobre el ejercicio de actividades,

litigio que la Junta representada por su Presidente puede promover con arreglo al artículo diecinueve, el Juzgador ha de efectuar por exigencias de pura lógica una labor interpretativa de las cláusulas de los Estatutos que se consideran vulneradas por el propietario al que se demanda, y por tanto la sentencia recaída desplegará los efectos que le son propios, entre ellos el ejecutivo, litigio y resolución que no vedarán, ciertamente, la facultad que asiste al titular dominical afectado para promover, siempre con la indispensable oportunidad, el juicio declarativo que por la cuantía corresponda a fin de combatir el acuerdo que valora como contrario a los Estatutos, según así lo autoriza la norma cuarta del artículo dieciséis de la misma Ley especial y se desprende de la orientación mantenida por la Sentencia de trece de junio de mil novecientos sesenta y siete, pero deberá hacerlo antes de que transcurra el plazo de caducidad de treinta días que el párrafo segundo de la citada norma señala al titular disidente para impugnar en vía judicial la lesiva decisión adoptada por el supremo órgano de gobierno, lapso cuyo cómputo se inicia el siguiente día al de la fecha del acuerdo o al de su notificación si hubiere estado ausente el que impugnar, sin perjuicio de la ejecución provisional, de manera que el transcurso del plazo legal sin ejercitar el derecho provoca inexorablemente su extinción, con el cierre de toda posibilidad de ignorar la irreversibilidad y la plena vinculación de la sentencia adversa al contraventor recaída en el juicio seguido por la Junta ante el Juzgado de Distrito, esencial extremo que en el caso debatido ofrece estas particularidades: Primera. En el proceso de cognición aludido el problema de la interpretación del artículo séptimo de los Estatutos no constituyó propiamente una cuestión prejudicial ni aparece tratada incidental o tangencialmente, sino que fue la materia principal del debate, que el ahora recurrente presentó con extensa argumentación, en gran parte literalmente reproducida en el juicio de mayor cuantía origen del presente recurso.—Segunda. Tomado el acuerdo que el recurrente estima inadecuado en Junta de propietarios celebrada el dos de marzo de mil novecientos setenta (hecho tercero de la demanda), decisión que se reitera en la de ocho de mayo siguiente, oportunidad «en la que por mayoría se acordó el pleito con el señor A.» (hecho cuarto de la demanda), aquel organismo estableció el día once del mismo mes acto de conciliación conminando a don J. A. M., «en el ejercicio de acuerdo de las meritadas Comunidades de Propietarios de ocho de mayo de mil novecientos setenta, para que se comprometiera... a dejar de utilizar la vivienda que ocupa para el ejercicio de la actividad profesional que desarrolla», frente a todo lo cual se limita el requerido a llevar por conducto notarial al Presidente de la Comunidad dos días más tarde su protesta, objetando «que en modo alguno dicho artículo séptimo de los Estatutos prohíbe el ejercicio de actividades profesionales».—Tercera. El recurrente, que en la Junta de diecisiete de marzo de mil novecientos setenta y uno manifestó que «él no va a tomar decisión alguna ni proponer soluciones con respecto a su caso», dio cumplimiento a la sentencia prohibiéndole el ejercicio de la actividad profesional en la vivienda, según lo acredita el acta notarial de diecisiete de julio de mil novecientos setenta y cinco, levantada a su instancia, y no interpuso la demanda en juicio de mayor cuantía hasta el veintisiete de octubre de mil novecientos setenta y siete, esto es, después de haber transcurrido más de siete años desde que fueron tomados los acuerdos que conceptúa contrarios a los Estatutos.

Que el motivo tercero del recurso, con el mismo apoyo procesal, reprocha a la sentencia recurrida infracción por violación, en su aspecto negativo de inaplicación, del párrafo segundo del artículo quinto de la Ley de Propiedad Horizontal, «al declarar la validez de unos Estatutos aprobados sólo por algunos propietarios»; y tampoco puede lograr éxito, pues enajenados los pisos por el constructor único y propietario del edificio, la declaración de obra nueva y constitución de la propiedad horizontal mediante el otorgamiento del correspondiente título tuvo lugar por escritura pública de cinco de marzo de mil novecientos sesenta y ocho, en la que interviene don A. R. B. en su propio nombre y en concepto de mandatario de los restantes once copropietarios de la finca, y si bien el recurrente no asiste a pesar de que por documento privado de nueve de mayo de mil novecientos sesenta y seis aparece adquiriendo de don A. C. —que sí es mencionado en aquella escritura como propietario— el piso tercero «de una casa actualmente en construcción», lo innegable es que en el contrato definitivo de compraventa otorgado por ambos en instrumento notarial de dieciocho de enero de mil novecientos sesenta y nueve respecto a dicha vivienda, se expresa con toda rotundidad que «la Comunidad de Propietarios se regirá por lo dispuesto en el Estatuto Privativo», e incluso se añade, para disipar cualquier posible duda, que sus términos «son leídos y aceptados por el comprador, es decir, por don J. A. M.», hasta el extremo de que se transcriben con la primera copia de la escritura de que se trata, con lo que resulta patente el insoslayable efecto normativo del negocio jurídico en que los Estatutos se plasmaron, con trascendencia real por haber sido inscritos en el Registro, y la improcedencia de invocar la doctrina mantenida en la Sentencia de dieciséis de abril de mil novecientos setenta y nueve, pues esta resolución, como las precedentes sobre el mismo tema (Sentencias de nueve de abril de mil novecientos sesenta y siete y tres de febrero de mil novecientos setenta y cinco), contemplan el supuesto de que el adquirente del piso por documento privado se ve sorprendido por unos Estatutos posteriores, redactados sin su intervención y que no asume, hipótesis que ninguna semejanza guarda con la que brota de las presentes actuaciones.

Que fundada la obligación que a cada propietario alcanza de contribuir a los gastos generales en la necesidad de acudir al «adecuado sostenimiento del inmueble» o de afrontar las responsabilidades o cargas comunes, con el régimen consiguiente de distribución, es de toda lógica concluir que si la Comunidad de Propietarios no actúa de consumo, sino que rota la armonía surge la contienda judicial enfrentándose aquella y uno de sus componentes, los desembolsos impuestos por la situación litigiosa no merecen la calificación de «gastos generales» con relación al segundo, por lo mismo que han sido causados en conflicto seguido entre el disidente y los propietarios restantes, y, en consecuencia, si el enfrentado al grupo ha de soportar el pago de las expensas propias no podrá imponérsele contribución en el de las correspondientes a la otra parte aplicando la cuota de participación, pues de mantener distinto criterio podría llegarse al injusto resultado de que el titular agraviado por un acuerdo de la Comunidad, que se vio en la precisión de combatir judicialmente para restablecer el orden conculcado, tendría que soportar en parte los gastos procesales causados por la Comunidad de Propietarios vencida, a lo que cabe añadir que no obstante las notas de carácter asociativo o comunitario que presenta la propiedad

horizontal, no constituye una verdadera comunidad, sino unión de propiedades singulares cuya sustantividad y relevancia permanecen, y por tanto la representación que ostenta el Presidente de todos y cada uno de los titulares de los pisos se entenderá que desaparece por lo que respecta al propietario contra el que se litiga, disipando así la paradoja de un «auto-proceso» parcial, ello además de que no se trata propiamente de gastos comunes ocasionados por el ordinario desarrollo de la situación de propiedad horizontal, sino de extraordinarios desembolsos impuestos por un conflicto que lleva ya aparejado para el disidente el pago, por su condición de parte, de las expensas correspondientes; razones que abonan la estimación del motivo cuarto del recurso, fundado en la interpretación errónea del artículo noveno, regla quinta, primer párrafo, de la Ley de veintiuno de julio de mil novecientos sesenta, vicio *in iudicando* que se alega cometido «al obligar al pago de los gastos susceptibles de individualización al propietario del piso contra quien dichos gastos se causaron», pues en atención a lo argumentado el recurrente no debe contribuir, según la cuota de participación, al pago de los gastos que ha de atender el grupo de titulares, tanto en el proceso de cognición referido como en el presente juicio de mayor cuantía, en todas sus instancias y recursos.

PROPIEDAD HORIZONTAL.—ELEMENTO COMUN TRANSMITIDO COMO PRIVATIVO.—SITUACION DE HECHO.—REINTEGRO A LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS (SENTENCIA DE 10 DE OCTUBRE DE 1983).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Rafael Casares Córdoba, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el demandado y apelante contra la sentencia de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, confirmando la del Juzgado de Primera Instancia número 18 de esta capital.

El asunto consiste en que una inmobiliaria vendió al demandado dos pisos contiguos en la misma planta, sin incluir en su título de adquisición ni transmitir por tanto como elemento privativo el vestíbulo de ascensores y parte del rellano de escalera existente entre dichos pisos, pero figurando la superficie respectiva, o sea, el vestíbulo de ascensores y parte del rellano antedicho incorporados de hecho a la vivienda del comprador, que es demandado por la Comunidad de Propietarios para que reintegre a la misma la repetida superficie por ser elemento común. Y así lo disponen las tres sentencias, dejando a salvo el posible derecho del comprador demandado a reclamar a la Sociedad vendedora de los pisos.

SERVIDUMBRE DE PASO (SENTENCIA DE 17 DE OCTUBRE DE 1983).

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 contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Granada, que, salvo la

condena en costas, confirmó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Granada, por la parte demandada y apelante, conforme a la siguiente doctrina:

Que a los efectos del presente recurso se consideran hechos probados, o por su admisión *inter partes*, o al no haberse rebatido en forma: A) Que doña V. S. O., esposa del también actor y hoy recurrido don F. N. P., recibió a título de donación paterna, otorgada en escritura pública de once de abril de mil novecientos cincuenta y siete, diversas fincas rústicas, entre las cuales se encontraba la que se describe como «base de riego, al trance de las tres leguas, pago Cruz de Granada, con superficie de treinta marjales, o una hectárea, cincuenta y ocho áreas, cincuenta y dos centiárcas, sesenta decímetros cuadrados, que linda: Norte, acequia de riego; Este, parcela siguiente para donar al hijo don M. S. O.; al Sur acequia del trance, y al Oeste la parcela anterior para donar al hijo don A. S. O. B) En la misma escritura de donación se establecía que la finca descrita en el apartado anterior «tiene servidumbre activa sobre la de don M. S. O., de paso suficiente para la agricultura e industria». C) Constante matrimonio, don F y doña V., adquirieron del citado hermano de ésta don M., hoy recurrente, una parte de quince marjales de extensión de la finca que el mismo había adquirido también por donación de sus padres, y a la cual se alude en el apartado A) al describir el lindero Este, compra que hizo constar en escritura pública de ocho de julio de mil novecientos sesenta. D) Como consecuencia de esta adquisición y de la servidumbre que se indica en el apartado B) en favor de la finca de doña V., descrita en el apartado A), se siguió por ésta y su marido don F. pleito de mayor cuantía en el Juzgado de Primera Instancia número uno de los de Granada, cuya sentencia, apelada, dio lugar a resolución de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de fecha seis de febrero de mil novecientos setenta y nueve, en cuyo fallo se contienen, entre otros, los siguientes pronunciamientos: «**Primero:** Que la servidumbre de paso constituida sobre la finca de don M. S. O., de treinta y un marjales de extensión, en el pago Gaspar Núñez de Pinos Puente, en favor de la finca de treinta marjales, propiedad de doña V. S. O., ha de darse por el lindero Norte del predio sirviente, junto a la acequia o brazal de riego allí existente.—**Segundo:** Que dicho paso tendrá una anchura de cuatro metros, salvo en la confluencia del mismo en el camino público, que será de ocho metros, que irán decreciendo en una longitud de otros ocho hasta terminar en el inicio del paso de nuestro (sic) cuatro metros.—**Cuarto:** Que la finca de dieciséis marjales propiedad de don M. S. O. está gravada con una servidumbre de paso a favor de la de quince marjales que vendió a don F. N. P., cuyo paso tendrá las mismas características que la anterior, no existiendo por parte del señor N. obligación de pago de indemnización alguna.—**Quinto:** Se reservan a doña V. S. O. los derechos que puedan asistirle para solicitar o exigir en su caso del dueño del predio sirviente las modificaciones que la servidumbre pudiera demandar de destinarse el predio dominante a explotación industrial y no simplemente a agrícola». E) Referidos cónyuges adquirieron el uno de agosto de mil novecientos sesenta y uno otra tierra de quince marjales que en su lado Norte linda, además de con otros propietarios, con la finca que adquirió por donación doña V. y aparece descrita en el apartado A), con la cual comunica a través de un puente existente sobre la acequia Enmedio, que es propiedad —la acequia y sin constancia de que lo sea el puente— de la

Comunidad de Regantes de la Acequia Cruz de Granada; F) Según la sentencia impugnada, «...de los dictámenes obrantes en autos y también de la prueba de reconocimiento judicial, y muy especialmente del plano obrante al folio doscientos cuarenta y tres, se deduce que el lugar para el establecimiento de servidumbre de paso es el más adecuado y el que se adapta más a los artículos quinientos sesenta y cuatro y sentencias del Código Civil el designado en dicha sentencia» (considerando quinto). G) Cada una de las fincas indicadas en los apartados precedentes aparecen debidamente inscritas en el Registro de la Propiedad.

Que de las descripciones fácticas realizadas en el precedente fundamento jurídico aparecen claramente estos extremos: I) La existencia de una servidumbre de paso forzoso sobre la finca del recurrente a que se refieren los apartados A), B) y D) y en favor de la perteneciente a su hermana doña V., que se describe en dicho apartado A), y de la adquirida por ésta y su marido don F., que aparece en los pronunciamientos primero y cuarto de la sentencia a que se alude en el apartado D) del precedente fundamento jurídico. II) La constitución de la primera servidumbre se opera por una doble fuente: en principio la voluntad de los particulares, manifestada por los padres de doña V. en la escritura de donación indicada; posteriormente por la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Granada, que se indica en el apartado D) del precedente fundamento. III) A su vez, la servidumbre constituida sobre el fundo indicado en el apartado C) de dicho fundamento se opera por decisión judicial. IV) La existencia de tres fincas rústicas propiedad de los actores hoy recurridos, que si bien aparecen en el Registro de la Propiedad con inscripciones separadas en cuanto adquiridas por títulos diversos (donación y compraventa) y a personas distintas, ya antes de iniciarse el pleito que culmina en este recurso constituían de hecho una unidad rústica y *de iure* ofrecían una sola titularidad dominical extrarregistral.

PROPIEDAD.—ACCION REIVINDICATORIA.—SUSPENSION DE PAGOS
(SENTENCIA DE 18 DE OCTUBRE DE 1983).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Rafael Pérez Gimeno, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el demandante y apelante contra la sentencia de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, confirmando la del Juzgado de Primera Instancia de Navalcarnero. Las razones en que se fundamenta el fallo consisten en que la parte actora y recurrente no ha desvirtuado los hechos declarados probados en la instancia que sirvieron para fundamentar el fallo recurrido, los cuales, en síntesis, son los siguientes:

A) Que el diecisiete de mayo de mil novecientos setenta y tres se concerta entre los actores don J. y don S. G. V., como vendedores, y la demandada Compañía mercantil «El Encinar del Alberche, S. A.», como compradora, la venta de tres fincas, con una cabida total de trescientas hectáreas y un precio de diez pesetas por metro cuadrado, en cuyo contrato, y entre otras cláusulas, se establecía que además de las cantidades adelantadas y abonadas a su firma, el resto se satisfaría en mensualidades de ochocien-

tas veintinueve mil doscientas sesenta y cinco pesetas, así como la posibilidad de resolver el mismo por falta de pago del precio aplazado. B) Como el precio total del terreno vendido dependía de su extensión real, la Entidad compradora, que tenía dudas sobre el fijado en el contrato, a la vez que hacía saber a los vendedores mediante cartas certificadas con acuse de recibo de veinticinco de octubre y veintisiete de diciembre de mil novecientos setenta y tres la necesidad de proceder a una nueva medición, suspendió, entre tanto ello se solucionaba, el abono de los plazos, avisos aquellos que no fueron contestados por los hoy recurrentes hasta el dos de enero de mil novecientos setenta y cuatro. C) En los días cuatro y dieciocho de junio y veinte de julio de mil novecientos setenta y cuatro la Sociedad compradora, justificada la extensión de la finca adquirida, realiza los correspondientes ingresos en la cuenta corriente de los vendedores por importes, respectivamente, de cinco millones de pesetas, ochocientas cuatro mil ochocientas cincuenta y cinco pesetas y ochocientas veintinueve mil doscientas sesenta y cinco pesetas, y en treinta y uno de agosto del mismo año se intenta otro pago de ochocientas veintinueve mil doscientas sesenta y cinco peestas, que no fue admitido por el Banco por tener orden de los vendedores de que no se aceptasen ingresos de la Entidad compradora, habiéndose llegado incluso a devolverse por los vendedores en seis de septiembre de mil novecientos setenta y cuatro parte del dinero ingresado, por la compradora, lo que motivó que en seis de noviembre de mil novecientos setenta y cuatro se hiciera un depósito notarial de nueve millones novecientas cincuenta y una mil ciento ochenta pesetas, notificando al propio tiempo el deseo de escriturar el contrato públicamente; y D) El día treinta de enero de mil novecientos setenta y cuatro los vendedores notificaron, por medio de carta certificada con acuse de recibo, a la Entidad compradora su decisión de dar por resuelto el contrato de compraventa a partir de dicha fecha, decisión resolutoria que reiteraron por carta certificada de nueve de julio de mil novecientos setenta y cuatro, cursada bajo fe notarial, y por medio de acto de conciliación de veintisiete de septiembre siguiente.

PROPIEDADES ESPECIALES.—MONTES (SENTENCIA DE 27 DE OCTUBRE DE 1983).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Jaime Santos Brinz, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte actora y apelante contra la sentencia de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, confirmando la del Juzgado de Primera Instancia de Avila conforme a los siguientes hechos y fundamentos de derecho:

Que en la demanda de que trae causa este recurso extraordinario de casación la Entidad denominada Mancomunidad municipal «Asocio de la Extinguida Universidad y Tierra de Avila» solicita en juicio de mayor cuantía esencialmente que se declare ser dueña o titular dominical en pleno dominio del monte público llamado «Sierra de Avila», de mil cuarenta y ocho hectáreas y veinte áreas de superficie, inscrito en el Registro de la Propiedad de Avila como finca número mil seiscientos sesenta y cinco al

folio treinta y tres del tomo mil ciento cuatro del archivo, libro diez de Navalacruz, y se condene al Ayuntamiento de Navalacruz (Avila) a que dé inmediata y pacífica posesión del expresado monte público al expresado Asocio, Entidad actora, con todas sus partes integrantes, frutos y pertenencias, y procediéndose al lanzamiento de cualesquiera personas o vecinos que tuvieren su posesión; estimada la reconversión que formuló la demandada para que se ordene la cancelación de la inscripción de la actora y desestimada la demanda en ambas instancias, la Entidad demandante formula este recurso de casación, derivando como hechos acreditados en la instancia fundamentalmente los siguientes: a) Que el monte público número cuarenta y siete de los del Catálogo en la provincia de Avila, denominado «Sierra de Avila», viene siendo poseído en parte desde el año mil quinientos ochenta y ocho, en que el Ayuntamiento demandado lo compró al Rey Don Felipe II, según consta en escritura otorgada por el Licenciado don Baltasar de Medrano en nombre del Rey con fecha doce de abril de dicho año, siendo propietario del resto del monte por prescripción adquisitiva desde tiempo inmemorial; dicho inmueble figura inscrito en el Registro de la Propiedad de Avila a nombre del citado Ayuntamiento desde cuatro de mayo de mil novecientos cuarenta y nueve, y figurando en el mismo Registro inscrito también a nombre de la Entidad recurrente con fecha de cuatro de mayo de mil novecientos sesenta. b) La línea del lindero Sur del monte en cuestión es divisoria del término municipal de Navalacruz y del de Sotalbo, entre otros; línea aprobada por Orden de ocho de octubre de mil novecientos cincuenta y cuatro, después de diversas disidencias acerca de su trazado y de otro deslinde que fue desaprobado por Orden de veinticuatro de julio de mil novecientos treinta; dicha línea, ratificada previamente en Consejo de Ministros de quince de julio de mil novecientos cuarenta y ocho, de acuerdo con dictamen del Consejo de Estado, coincide con la señalada en diciennueve de abril de mil novecientos cinco por el Instituto Geográfico y Catastral. c) Contra este deslinde reclamó en vía administrativa la Entidad ahora recurrente, siendo su pretensión desestimada por sentencia del Tribunal Supremo, que concluyó el proceso contencioso-administrativo seguido al efecto, sentencia de la Sala Cuarta de dieciocho de enero de mil novecientos sesenta. d) A raíz de este deslinde se siguió a partir de mil novecientos setenta y cuatro un primer juicio de mayor cuantía en que la recurrente reivindicaba su dominio sobre el monte en cuestión, concluyendo en primera instancia con sentencia estimatoria, pero revocada en apelación por Sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid de tres de enero de mil novecientos setenta y ocho por no haberse agotado la vía gubernativa, según excepción que opuso el Abogado del Estado, así como por no haber opuesto la nulidad de la inscripción de la Entidad demandada conforme al artículo treinta y ocho de la Ley Hipotecaria. e) El monte en litigio fue incluido en el Catálogo de la provincia de Avila por Orden de ocho de febrero de mil novecientos sesenta y cinco con el número cuarenta y cuatro-A, pero impugnada esta disposición por la Entidad ahora recurrida, concluyó la reclamación por Sentencia de la Sala Cuarta de este Tribunal Supremo de diez de mayo de mil novecientos setenta y uno estimando el recurso y acordando la nulidad de dicha Orden, por lo que el monte en cuestión quedó fuera del Catálogo por Orden ejecutiva de dicha Sentencia de trece de diciembre de mil novecientos setenta y uno, de conformidad con el artículo treinta y ocho, párrafo segundo,

del Reglamento de Montes, publicada en el *Boletín Oficial del Estado* de cuatro de febrero de mil novecientos setenta y dos. f) El monte discutido se halla en la actualidad en posesión del Ayuntamiento demandado, como se deduce de los términos del suplico de la demanda, y no ha sido desvirtuada por las pruebas apreciadas en la instancia.

Que desestimada la acción reivindicatoria que ejercitó la actora y actual recurrente en las dos instancias y reinstada dentro de la técnica procesal del actual recurso extraordinario, la cuestión a resolver se centra sobre todo en torno a la doble inmatriculación de un mismo terreno a favor de dos Entidades o personas jurídicas distintas, las dos partes de este litigio; doble inmatriculación reconocida por ambas y que ha de resolverse, como ya ha declarado con reiteración a esta Sala (Sentencias, entre otras, de cinco y diez de enero de mil novecientos setenta y dos, diecisiete de enero y diecisiete de junio de mil novecientos setenta y tres, treinta y uno de octubre de mil novecientos setenta y ocho y dieciséis de mayo de mil novecientos ochenta), acudiendo a las reglas del Derecho común, ya que ambas inscripciones se neutralizan, debiendo declararse prevalente aquel título de dominio más antiguo con inscripción registral anterior; lo que en el caso contemplado se reconduce a la aplicación de las normas civiles respecto a la acción reivindicatoria (artículo trescientos cuarenta y ocho, párrafo dos, del Código Civil) y a la prescripción adquisitiva (artículos mil novecientos cuarenta, mil novecientos cuarenta y uno, mil novecientos cincuenta y siete y mil novecientos cincuenta y nueve del mismo Cuerpo legal), en relación en cuanto al requisito de la posesión idónea para usucapir definido en los artículos cuatrocientos treinta y cuatro, cuatrocientos cuarenta y cinco y cuatrocientos cincuenta y nueve del citado Código Civil principalmente; de todo lo cual se deduce, teniendo en cuenta los hechos probados en la litis, que el Ayuntamiento de Navalacruz ha venido poseyendo ininterrumpidamente de buena fe y con justo título el monte en litigio durante un plazo muy superior al exigido por la usucapión entre presentes (artículo mil novecientos cincuenta y siete del Código Civil), posesión cuya calificación de buena fe tenía que haber impugnado la contraparte ahora recurrente (artículo cuatrocientos treinta y cuatro del Código Civil) sin que conste la prueba en contrario, e incluso tal posesión en cuanto a parte del inmueble data de tiempo inmemorial; siendo por otra parte la inscripción de dominio favorable a la recurrida anterior en el tiempo a la de la recurrente, y, por tanto, tiene también a su favor el principio de prioridad reconocido en los artículos diecisiete y veinticinco de la Ley Hipotecaria y en la doctrina legal que se deja indicada más arriba.

Que sin olvidar que se trata en esta litis del ejercicio de una acción reivindicatoria, lo razonado da a entender que la parte recurrente ha fracasado en cuanto a justificar su título dominical, primero y fundamental requisito para el éxito de dicha acción, ya que es evidentemente insuficiente el acta extendida el doce de febrero de mil ochocientos noventa y dos por el Secretario del Ayuntamiento de Sotalbo, por la que se pone en posesión del Asocio recurrente once lotes de los doce en que fue dividido el predio conocido por el nombre de Sierra de Avila, toda vez que este documento revela una posesión que no se ha demostrado por otros medios que sea real y que ha quedado sobrepasada por el resto de la prueba, acreditativa de que el Ayuntamiento de Navalacruz viene poseyendo desde tiempo inmemorial el monte en litigio, lo posee actualmente y tiene una titulación

registral prevalente sobre la de la recurrente; igualmente, y como abundando en la desestimación de la acción ejercitada por la recurrente, se revela la deficiente delimitación de la finca, ya que si bien se halla identificada en cuanto a su estimación, no se han acreditado en la litis sus linderos, lo que obstaría asimismo para estimar la acción ejercitada.

Que frente a los razonamientos expuestos decaen todos los motivos del recurso: el primero de ellos al amparo del número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciando error de derecho en la apreciación de la prueba, pues se dice infringido por violación el artículo mil doscientos dieciocho del Código Civil, motivo que la recurrente desarrolló fijándose en ciertos documentos aportados a los autos y desatendiendo el resto de la prueba practicada, y olvidando que este motivo de error de derecho ha de fracasar cuando hubo una apreciación conjunta de la prueba que hizo la Sala *a quo*, sin el apoyo que pretende el motivo únicamente sobre ciertos medios probatorios, y pretiriendo los restantes acreditativos, unos del dominio a través de prueba escrita y otros a través de usucapión o prescripción adquisitiva no contradicha por otras pruebas.

Que el segundo de los motivos, con amparo en el número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción por violación del artículo primero de la Ley Hipotecaria en relación con los artículos treinta y ocho y noventa y siete de la misma ley y doctrina legal que cita, motivo que decae igualmente, puesto que, como se ha visto, el aspecto registral es favorable a la Entidad recurrida al tener inscripción anterior en fecha a la de la recurrente, y deca- yendo además, porque desde el punto de vista formal se citan en el motivo unos artículos, como el primero y el treinta y ocho de la Ley Hipotecaria, que tienen varios párrafos, sin que se indique cuál de ellos es el que se estima infringido por violación, y por último la recurrente invoca unas presunciones hipotecarias que en el caso debatido favorecen precisamente a la recurrida.

Que el tercer motivo, con el mismo apoyo procesal, denuncia la infracción por violación del artículo trescientos trece del Reglamento Hipotecario en relación con el artículo veinticinco de la Ley Hipotecaria y cuatrocientos veinte del expresado Reglamento; preceptos que, como los anteriormente citados, no favorecen a la sazón a la recurrente, ya que la doctrina de la doble inmatriculación, al ser resuelta conforme a las reglas del Derecho civil, hace fracasar la acción reivindicatoria intentada en la demanda, teniendo como uno de sus puntos débiles precisamente el ser la inscripción de la recurrida de fecha anterior, lo que le atribuye preferencia a tenor del artículo veinticinco invocado; y la mención de los artículos trescientos trece y cuatrocientos veinte del Reglamento Hipotecario es igualmente inútil para la recurrente al serle desfavorable la regla *prior tempore potior jure* en que se inspira el segundo, y al haberse dilucidado en el juicio declarativo a que se remite el artículo trescientos trece la controversia suscitada acerca de la duplicidad de inscripciones sobre el mismo inmueble.

Que el cuarto de los motivos alega con el mismo amparo procesal que los dos anteriores la infracción por aplicación indebida del artículo treinta y cinco de la Ley Hipotecaria, en relación con los artículos mil novecientos cincuenta, mil novecientos cincuenta y uno, mil novecientos cincuenta y dos, mil novecientos cincuenta y tres, mil novecientos cincuenta

y cuatro, cuatrocientos treinta y tres, cuatrocientos treinta y cuatro y cuatrocientos treinta y cinco del Código Civil; motivo que en su momento oportuno pudo ser inadmitido y que ahora da lugar a su desestimación, dado que en él se agrupan sin discriminación hasta ocho normas distintas del Código Civil sin la debida distinción ni concreción acerca de la supuesta infracción; por otra parte, y prescindiendo ya de esa grave infracción de tipo formal por ir contra lo dispuesto en el artículo mil setecientos veinte de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el aspecto sustantivo o de fondo la invocación del artículo treinta y cinco de la Ley Hipotecaria, por las razones ya expuestas, favorece a la parte recurrida dada la prioridad de fecha de su inscripción en el Registro, aparte de que los demás requisitos del justo título de la actora y recurrente no quedaron probados en la litis en el período procesal adecuado; siendo inatendibles las alegaciones de datos de hecho que se hacen, como la de que no ha existido la posesión de buena fe, pública, pacífica y no interrumpida, sin advertir que en los autos nada prueba lo contrario, y que la carga de la prueba incumbía a la misma actora, sin que la llevase a cumplido término.

Que, por último, el quinto de los motivos, con el mismo apoyo procesal, acusa la infracción por interpretación errónea del artículo trescientos cuarenta y ocho del Código Civil y de la doctrina legal que se dice mantenida en las sentencias citadas; motivo que merece la misma suerte desestimatoria de los anteriores, puesto que habiendo versado la litis sobre una acción reivindicatoria, el requisito fundamental de la misma, a saber el título de dominio del demandante, no ha quedado probado en absoluto, habiendo puesto de manifiesto las pruebas apreciadas por los Juzgadores de Instancia que dicha titulación es de eficacia jurídica muy inferior a la aportada por la parte demandada, la que primero en la vía contencioso-administrativa, primeramente, y posteriormente en esta vía civil impugnó con éxito antes la catalogación del monte público a favor de la demandante y recurrente, y ahora, en el aspecto civil de la reivindicación la actora, no consiguió demostrar los requisitos inexcusables para su viabilidad en el Derecho vigente.

PROPIEDAD.—ACCION REIVINDICATORIA.—FALTA DE IDENTIFICACION DE LA FINCA (SENTENCIA DE 31 DE OCTUBRE DE 1983).

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 la parte demandante y apelante contra la sentencia de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, que confirmó la del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Tarragona, en base a que, según afirma la sentencia del Tribunal de Instancia, no están acreditados con precisión de linderos, posición y cabida de la finca descrita en los títulos de la actora y, en consecuencia, menos se puede asegurar que la finca poseída por el demandante se halle dentro de los linderos de la anterior, reconociendo dicha sentencia la falta de la precisa identificación de la finca en cuestión poseída por los demandados en su alcance delimitador de linderos, posición y cabida, esencial para dar vida a la acción reivindicatoria ejercitada y singularmente para

poder precisar si, efectivamente, la parcela poseída por los demandados y ahora pretendida reivindicar se halla realmente comprendida dentro de la expresada finca, cuya titularidad ostenta la Entidad demandante, lo que es esencial.

PROPIEDAD.—ACCION REIVINDICATORIA.—IDENTIFICACION DE LA FINCA.—ACTA NOTARIAL (SENTENCIA DE 31 DE OCTUBRE DE 1983).

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 apelado contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Cáceres, que revocó parcialmente la del Juzgado de Primera Instancia de Plasencia, estableciendo que la identificación de las fincas es de competencia exclusiva del juzgador, y para combatir la realizada ha de partirse de documentos que acrediten por sí solos la equivocación evidente del juzgador, sin que merezca tal consideración un acta notarial de manifestación, pues en ella el Notario únicamente da fe de lo ante él expresado por el compareciente, mas no de la veracidad de sus alegaciones, las cuales han de ser ponderadas valorativamente por el juzgador en conexión con el resto de las probanzas.

Y la acción reivindicatoria requiere para su éxito, según constante a la vez que pacífica doctrina jurisprudencial, la perfecta identificación de la cosa objeto de la misma, de modo que no se susciten dudas racionales sobre cual sea.

SERVIDUMBRE DE LUCES Y VISTAS EN ARAGON.—ARTICULO 144 DE LA COMPILACION (SENTENCIA DE 23 DE NOVIEMBRE DE 1983).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don José María Gómez de la Bárcena López, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el actor y apelante contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza, que había confirmado íntegramente la del Juzgado de Primera Instancia de Ejea de los Caballeros.

El recurrente pretende que se ordene la demolición de la obra efectuada en casa colindante con la suya, consistente en la sobreelevación con huecos abiertos, de tres plantas, en cuyo edificio se construyó además una terraza que domina la finca del actor, sin respetar la distancia mínima de tres metros de separación y sin haber puesto rejas u otras protecciones equivalentes.

El Tribunal Supremo desestima esas pretensiones, la primera por oponerse al inciso «...y a cualquier distancia de predio ajeno» del artículo 144, apartado 1.º, de la Compilación aragonesa, y la segunda por tratarse de cuestión «nueva», suscitada en la casación, que no había sido pedida en la demanda inicial. Todo ello conforme a las siguientes consideraciones:

Que la repulsa del primero de los pedimentos contenidos en la deman-

da inicial de la litis, tendente a la demolición de las obras verificadas por los demandados, se asienta en la sentencia de segundo grado, aquí impugnada a través del recurso de casación por infracción de ley que se examina, en una doble consideración, una fundamental, que es la contenida en el primero de los considerados de dicha resolución, la realidad corroborada, por la prueba de confesión judicial de la parte actora y recurrente, que reconoció al absolver las posiciones primera y segunda, que le fueron formuladas de contrario, que las fincas de los aquí contendientes son fincas absolutamente independientes, correspondiente al demandante la titularidad dominical de la señalada con el número veinte de la calle General Moscardó de la ciudad de Biota, en tanto corresponde a los demandados la de la señalada con el número veintidós de la misma calle, probanza que no sólo no se halla contradicha por las demás pruebas practicadas, sino ratificada por la inscripción registral de esta última finca, que la configuran como finca autónoma e independiente, sin que en el título constitutivo figuren ninguno de los requisitos que exige el artículo quinto de la Ley de veintiuno de julio de mil novecientos sesenta, en relación con el artículo once de la mencionada Ley especial; razonamiento principal al que adiciona otro, «a mayor abundamiento» en el considerando segundo, que al afectar la nueva construcción al título constitutivo de dominio era preciso en la demanda postular la nulidad y cancelación de la inscripción correspondiente, lo que al no haberse hecho por el accionante «refuerza más la desestimación del recurso» en lo que al tal primer extremo suplicado en la demanda se refiere.

Que el rechazo del pedimento segundo, en orden a que se declare «que con la nueva construcción los demandados han quebrantado las luces y vistas del actor por cuanto no guarda las distancias legales, y consecuentemente condenar a los demandados a demoler la referida edificación en lo necesario para que entre la misma y la pared de la vivienda de la casa del actor quede una distancia mínima de tres metros medidos desde la línea exterior de la pared si no hubiere voladizos y desde la línea exterior de éstos si los hubiere», se basa en que la apertura de huecos para luces y vistas en pared propia sin existencia de voladizos sobre fundo ajeno se trata de una simple relación de vecindad, acto meramente tolerado y potestativo, que no engendra derecho alguno en quien lo realiza ni obligación alguna en quien lo soporta, por lo que de acuerdo con el número tercero del artículo ciento cuarenta y cuatro de la Compilación Foral de Aragón, la facultad concedida en dicho artículo, atinente a las relaciones de vecindad, en régimen normal de luces y vistas no limita el derecho del propietario del fundo vecino, en este caso la parte demandada, para edificar y construir sin sujeción distancia alguna.

Que acusa el primero de los motivos del recurso, por el cauce del ordinal segundo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la violación del artículo trescientos cincuenta y nueve de la propia Ley, tachando de incongruente la sentencia, por estimar que desvía los términos en que está concebida la demanda al fundamentar el fallo absolutorio en que se ha ejercitado una acción declarativa de dominio y lo que se pretende es combatir una inscripción registral, sin postular la declaración de nulidad y cancelación del asiento, modificando la causa de pedir y rebasando la extensión de lo pedido, denunciando, con apoyo en la misma fundamentación en su desarrollo y por la misma vía procesal que

el anterior, la violación de la doctrina jurisprudencial que cita y se da por reproducida; motivos ambos que han de perecer, pues como se deja dicho en el considerando anterior, el razonamiento que aquí se combate no es el sustancial y fundamental en que se asienta la desestimación de la demanda —que no es otro que el de la total independencia de las fincas de actor y demandados, sin que entre las mismas haya elementos comunes que justifiquen la existencia de una comunidad—, sino un razonamiento *exa abundantia*, que viene a robustecer el fallo desestimatorio, que al no ser adecuadamente atacado permanece incólume en casación, abocando a la repulsa de ambos motivos, cuando además la incongruencia exige una falta de adecuación o antinomia entre los pedimentos de la demanda y el fallo pero nunca de los razonamientos alegados, ya por las partes, cuando no predeterminen los pronunciamientos establecidos, ya por el Tribunal, para fundamentar su fallo, falta de adecuación que no se produce, como esta Sala tiene de manera constante declarado, cuando la sentencia es absoluta, salvo aquellos específicos supuestos que no se dan en el asunto que se examina; razonamientos que igualmente hacen decaer el motivo tercero, en el que se alega la infracción por el concepto de no aplicación, del artículo treinta y ocho de la Ley Hipotecaria, aducido por el cauce del ordinal primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Adjetiva, a lo que cabe adicionar que con su planteamiento el propio recurrente viene a contradecir su propia tesis impugnatoria, comprendida en los dos anteriores motivos desestimados, al pretender la aplicación de un precepto que en ningún momento invocó y que su acogida vendría a robustecer la repulsa de la demanda, siquiera por otro razonamiento.

Que en el cuarto motivo, aducido por la vía del número séptimo del precitado artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Procesal, se sostiene ha incidido la sentencia impugnada en error de hecho en la apreciación de la prueba, deducido de documentos y actos auténticos que demuestran la equivocación evidente del juzgador, aludiendo en el desarrollo del motivo a las escrituras públicas aportadas por las partes, en relación con las pruebas de reconocimiento judicial y pericial, probanzas de las que a juicio del recurrente no se deduce que se trata de fincas independientes, sino que forman parte de un mismo conjunto arquitectónico; motivo que también ha de claudicar, de una parte, porque las escrituras en las que las partes asientan sus pretensiones han sido examinadas y valoradas en la instancia, lo que les hace perder la condición de documento auténtico, Sentencias de veintitrés de octubre y cinco de noviembre de mil novecientos ochenta y dos y veintidós de febrero de mil novecientos ochenta y tres, no siéndolo tampoco el acta de reconocimiento judicial, Sentencias de diecisiete de febrero de mil novecientos ochenta y uno y quince de febrero de mil novecientos ochenta y dos, ni la prueba pericial, Sentencias de doce de marzo de mil novecientos ochenta y uno y cuatro de mayo de mil novecientos ochenta y dos.

Que el quinto motivo, amparado procesalmente en el ordinal primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que contiene la denuncia de la violación por no aplicación del artículo trescientos noventa y siete, en relación con el trescientos noventa y seis, párrafo primero, ambos del Código Civil, ha de seguir la misma suerte adversa que los anteriores, dado que el recurrente viene a hacer supuesto de

la cuestión al entender, contrariamente a lo mantenido en la instancia, la existencia de una copropiedad.

Que en sexto y último motivo, por el mismo cauce que el anterior, ordinal primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Rituaria, se acusa la errónea interpretación del artículo ciento cuarenta y cuatro de la Compilación de Derecho civil de Aragón, por entender que el párrafo tercero de tal precepto no excluye la aplicación de los dos párrafos que le preceden, de tal forma que al haberse construido por los demandados una terraza o azotea, que por su extensión equivale a un balcón de grandes dimensiones, desde el que se domina y registra la casa del actor, tales huecos deberán estar provistos de reja de hierro remetida en la pared y red de alambre o protección semejante o equivalente; motivo que también habrá de ser desestimado, de una parte, por la amplia facultad permisiva concedida al dueño del predio vecino por el párrafo tercero del artículo ciento cuarenta y cuatro de la Compilación, que le autoriza a construir o edificar en su fundo «sin sujeción a distancia alguna», y de otra porque lo único que en el párrafo segundo del artículo citado se contiene es la obligación de proveer a los huecos «de reja de hierro remetida en la pared y red de alambre, o protección semejante o equivalente», limitándose la prohibición a la apertura de balcones o voladizos, supuesto que no pudo darse en el caso enjuiciado al abocar al perecimiento del motivo, sin que tampoco quepa acceder a la adopción de unas medidas protectoras que al no haber sido solicitadas en la demanda inicial, su acogida hubiera hecho incidir en incongruencia a la resolución que así lo hubiera acordado, visto que lo suplicado fue «la demolición de la nueva edificación realizada por los interpellados, pero nunca la condena a adoptar tales medidas protectoras».

CORRALIZA.—DERECHO DE CAZA (SENTENCIA DE 29 DE NOVIEMBRE DE 1983).

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 demandada y apelante contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona, que había estimado parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y asimismo apelante (no por la parte demandada y apelante, que desestima) conforme a las siguientes consideraciones:

Que promovida por doña C. C. M. y doña M. R. R., por sí y en nombre de sus hijos menores doña M., doña L., doña C. y don M. C. R., ante el Juzgado de Primera Instancia de Tudela, demanda de juicio de mayor cuantía contra la «Sociedad de Cazadores Deportivos de Arguedas y el Ayuntamiento de Arguedas y personas con derecho a cazar en el coto 'Finca Arriba'», sobre acción declarativa de derechos, con fecha uno de junio de mil novecientos ochenta y uno recayó sentencia de la Audiencia Territorial de Pamplona en la que, revocando parcialmente la dictada por el citado Juzgado de Primera Instancia de Tudela, estimaba en parte la demanda, así como la reconvencción formulada por el Ayuntamiento de Arguedas, sentencia contra la que se interpuso el presente recurso de casación por infracción de ley y en la que se sientan, entre otros, los siguientes hechos y fundamentos de derecho: A) Que el Ayuntamiento de Arguedas, al ena-

jenar las corralizas de autos en virtud de las Leyes Desamortizadoras, estableció que «los vecinos de Arguedas tendrán el derecho a leñar el romero, sabina y cascojo en tanto que la corraliza permanezca en el estado que hoy tiene o que el uso a que en lo sucesivo la destine el comprador permita ejercer ese derecho sin su perjuicio»; B) Que no aparece probado en los autos que toda la corraliza perteneciente a los actores tiene distinto estado ahora, o que al mantener ese derecho a leñar les perjudica; C) Que los derechos que invocan tanto la Corporación local como la Sociedad de Cazadores en favor de los vecinos de Arguedas no fueron ejercitados por los vecinos o por la Administración municipal como un derecho propio, en contra de los propietarios de la corraliza, sino unos pocos años, a lo más entre el año mil novecientos veinticuatro y el mil novecientos treinta y uno, tiempo que no es suficiente para usucapir ni para perder por prescripción el derecho a reclamar o ejercitar la acción correspondiente; y D) Que el resto del tiempo, si se ejercitó el derecho a cazar en la corraliza por los vecinos de Arguedas, se hizo al igual que cualquiera otra persona mayor de catorce años y en posesión de la licencia correspondiente, no como un derecho propio especial sobre la corraliza.

Que a partir del año mil novecientos treinta y dos se acordó por el Ayuntamiento de Arguedas «llevar el arbitrio de caza por el sistema de administración, abonando los que deseen cazar la cantidad de seis pesetas anuales», y «señalando para los forasteros la cuota de cinco pesetas cada día, que es lo que han venido pagando en años anteriores», por lo que en modo alguno puede entenderse que incurriera en error de hecho la resolución recurrida cuando valorando tales documentos concluye acertadamente que los derechos de los vecinos de Arguedas a la caza no fueron ejercitados como un derecho propio, sino unos pocos años, «a lo más entre el año mil novecientos veinticuatro y el mil novecientos treinta y uno».

Que en los motivos segundo y tercero, formulados ambos al amparo del ordinal primero del repetido artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia respectivamente la infracción por violación de las Leyes trescientos cincuenta y cinco, trescientos cincuenta y siete y trescientos sesenta de la Compilación de Derecho Privado Foral de Navarra y la de las Leyes treinta y nueve y cuarenta del mismo Cuerpo legal, alegándose por el recurrente que la resolución de la Sala sentenciadora desconoce la doctrina de la prescripción adquisitiva que tales preceptos autorizan y cuyos plazos se determinan en los mismos, sin tener en cuenta que al haberse establecido por la Sala como hecho probado y no combatido eficazmente en casación que los vecinos de Arguedas sólo ejercieron su derecho propio a la caza entre los años mil novecientos veinticuatro y mil novecientos treinta y uno, mal puede hablarse de adquisición por usucapión de tal derecho cuando cualesquiera que fueren los plazos que se alegan como aplicables no podrían estimarse transcurridos dentro de tan escaso período de tiempo, razón por la que no cabe estimar adquiridos tales derechos.

Que tampoco podrá estimarse el cuarto, en el que se alega la «infracción por violación de los artículos sexto, dieciséis y diecisiete de la Ley de Caza de cuatro de abril de mil novecientos setenta y artículos sexto, diecisiete y diecinueve de su Reglamento de veinticinco de marzo de mil novecientos setenta y uno, así como el artículo seiscientos once del Código Civil», puesto que la legislación especial, aplicable al supuesto que nos ocu-

pa por expresa disposición del artículo seiscientos once del Código Civil, atribuye de manera primaria los derechos cinegéticos a los propietarios de los terrenos, cualidad que no concurre precisamente en el recurrente, sino, por el contrario, en los actores recurridos, máxime cuando ni la Asociación de Cazadores ni la Corporación local de Arguedas han acreditado haber usucapido en su favor derecho alguno a la caza en los terrenos de autos, por todo lo cual procede también el rechazo del motivo cuarto.

La corraliza es una forma de comunidad existente en Navarra que aparece regulada prolijamente en las Leyes 379 a 383 de su Compilación. En el presente pleito no se discute acerca de la naturaleza de la corraliza, sino acerca de si la enajenación hecha por el Municipio del terreno de la corraliza, al efectuar la redención de ésta, implica o no la desaparición de ciertos derechos, en especial el derecho de caza, a favor de los vecinos del expresado Municipio, o, en su defecto, si éstos derechos habían ser podido adquiridos por prescripción. Cuestiones ambas a las que el Tribunal Supremo responde negativamente.

PROPIEDAD.—ACCION DECLARATIVA.—NATURALEZA Y LIMITES (SENTENCIA DE 5 DE DICIEMBRE DE 1983).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Jaime de Castro García, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandada y apelante contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia de Albacete, revocatoria de la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de esta ciudad, y establece que la acción declarativa de dominio, sin menoscabo de su esencial naturaleza, es conciliable con alguna medida de ejecución que no la haga perder su finalidad primordialmente declarativa, aunque nunca podrá traducirse en la reintegración posesoria dentro del mismo proceso, y, desde luego, es clara su compatibilidad con los pronunciamientos, disponiendo la cancelación del asiento que ampara al demandado (Sentencia de 31 de octubre de 1963).

PROPIEDAD DEL ESTADO.—LEYES DESAMORTIZADORAS (SENTENCIA DE 10 DE DICIEMBRE DE 1983).

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 la parte demandada y apelante contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona, confirmando la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 2 de esa ciudad.

El fundamento del fallo se encuentra en la consideración de que si bien la legislación desamortizadora atribuyó la propiedad de los bienes objeto de la misma al Estado en virtud de las normas concordatarias que suspendieron la venta de los bienes que habían pertenecido a la Iglesia, aquellos

que no fueron devueltos inmediatamente a la misma por estar destinados a un servicio público, como es el caso del inmueble que se cuestiona dedicado a hospital, quedaron en una situación de ocupación meramente posesoria por el Estado en atención a su destino. Así, dice la sentencia, «que el edificio en cuestión pasó a propiedad del Estado por Real Decreto de mil ochocientos cuarenta y dos», de acuerdo con la legislación desamortizadora, representada a estos efectos principalmente por el Real Decreto de diecinueve de febrero de mil ochocientos treinta y seis, que en su exposición de motivos declaraba que «atendiendo a la necesidad y conveniencia de disminuir la Deuda Pública consolidada y entregar al interés individual la más (sic) de bienes raíces que *han venido a ser propiedad de la Nación...*», declaración esta que fue ratificada por Ley de veintinueve de julio de mil ochocientos treinta y siete, cuyo artículo primero, además de suprimir monasterios y conventos, atribuía al Estado todos sus bienes, sin olvidar tampoco la Ley de uno de mayo de mil ochocientos cincuenta y cinco, artículo segundo, y el Decreto de nueve de enero de mil ochocientos setenta y cinco, en el mismo sentido. *Segundo:* A su vez, tanto el citado Real Decreto de mil ochocientos treinta y seis, en su artículo segundo, como las igualmente indicadas Leyes de mil ochocientos cuarenta y uno (artículo tercero) y uno de mayo de mil ochocientos cincuenta y cinco (artículo segundo) dispusieron la venta de los bienes del clero, catedral, etc., salvo los edificios que el Gobierno destinase al *servicio público*, situación esta en la que se encontraba precisamente el inmueble objeto de discusión; esta excepción se reproduce en el artículo primero del Decreto de nueve de enero de mil ochocientos setenta y cinco. *Tercero:* Tal declaración de destino respecto de determinados edificios experimenta a través del *iter* desamortizador algunas limitaciones y alternativas, como pueden verse en varias disposiciones que comienzan con el Real Decreto de veintiséis de julio de mil ochocientos cuarenta y cuatro, que suspende la venta de dichos bienes, continúan con la Ley de tres de abril de mil ochocientos cuarenta y cinco, donde se ordena devolver a la Iglesia los bienes no enajenados, y llegan al Concordato de dieciséis de marzo de mil ochocientos cincuenta y uno, que además de confirmar lo dispuesto en la citada Ley de mil ochocientos cuarenta y cinco, en orden a la devolución sin demora de los bienes no enajenados, dispuso su venta inmediata en pública subasta, devolución que ratifica el artículo cuarto de la Ley de cuatro de abril de mil ochocientos sesenta, dictada para la aplicación del indicado Concordato, y dice: «En virtud del mismo derecho, el Gobierno de Su Majestad reconoce a la Iglesia la propiedad de todos y cada uno de los bienes que le fueron devueltos por el Concordato...». *Cuarto:* De lo indicado en los números precedentes resulta que el edificio en cuestión, al venir destinado a un servicio público, no estaba incluido entre los que debían ser *devueltos sin demora* a la Iglesia ni tampoco, en consecuencia, podía ser objeto de enajenación por ésta para cumplir lo prevenido en las disposiciones que se dejan citadas en orden a la inversión de su valor en venta en inscripciones intransferibles de la Deuda del Estado. *Quinto:* No obstante, dado el espíritu que late en la normativa que se ha indicado, especialmente en las Leyes de tres de abril de mil ochocientos cuarenta y cinco y cuatro de abril de mil ochocientos sesenta, así como el Decreto de nueve de enero de mil ochocientos setenta y cinco, es evidente que los bienes inmuebles que por disposición legal estuvieren destinados a un servicio público dejaban de pertenecer en propie-

dad al Estado para pasar respecto del mismo a una situación de ocupación meramente posesoria en atención a su destino, como acredita la propia actuación del tenedor del referido edificio, que el dieciocho de septiembre de mil novecientos acude al Registro de la Propiedad de Pamplona para operar la primera inscripción de posesión a favor del Estado y su Ramo de Guerra de dicho inmueble.

COMUNIDAD.—COSA INDIVISIBLE.—DISOLUCION (SENTENCIA DE 19 DE DICIEMBRE DE 1983).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Rafael Pérez Gimeno, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el actor y apelante contra la sentencia de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia de Mataró, conforme a la siguiente doctrina, de la que resultan asimismo claramente los hechos litigiosos.

Que la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, cuyas argumentaciones acepta la aquí recurrida, afirma en su cuarto considerando que «...la cosa común cuya división se pretende se ha acreditado pericialmente que es indivisible jurídicamente por producir su hipotética división en propiedad horizontal gastos superiores al valor mismo de la edificación, la cual se halla en estado, no de ruina total, pero sí parcial, y precisada de urgentes e importantes reparaciones», y la sentencia objeto de este recurso declara asimismo que está «...acreditada la indivisibilidad tanto jurídica como material de la finca...», por lo que procede, «...por haberlo solicitado uno de los condueños, la venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños...», y frente a estas declaraciones se formula el primer motivo de este recurso, amparado en el ordinal primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Procesal Civil, en el que se denuncia la infracción por violación del artículo cuatrocientos cuatro, en relación con el artículo cuatrocientos uno, ambos del Código Civil, dado, se dice, que para llegar a la disolución de la comunidad por venta era indispensable que se cumpliese con el requisito exigido en el mencionado artículo cuatrocientos cuatro, es decir, que se hubiera intentado entre los condóminos llegar al convenio sobre adjudicación a uno de ellos indemnizando a los demás, motivo que debe rechazarse si se tiene en cuenta que, como tiene declarado esta Sala, desde el momento que uno de los condueños pide la enajenación de la cosa común con facultad para intervenir en la subasta licitadores extraños es evidente que manifiesta su voluntad de que no se consulte a los demás comuneros, y ello porque la voluntad de uno solo de ellos, contraria al convenio de adjudicación, hace innecesario, por inútil, el intento de tal adjudicación entre los partícipes, y así lo entiende el artículo mil sesenta y dos del propio Cuerpo legal, relativo a la partición hereditaria aplicable por disposición del artículo cuatrocientos seis, al establecer que cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división «...basta que uno solo de los herederos pida su venta en pública subasta, y con admisión de licitadores extraños, para que así se haga».

PROPIEDAD.—ACCION REIVINDICATORIA.—IDENTIDAD DE LA FINCA
(SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 1983).

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 y doctrina legal interpuesto por el actor y apelante contra la sentencia de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, que desestimó la demanda, si bien entrando en el fondo del asunto y revocando en este sentido la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de San Lorenzo del Escorial, que había dejado imprejudgada la acción ejercitada por el actor sin entrar en el fondo del tema litigioso, apreciando la excepción de inadecuación de procedimiento.

La desestimación se fundamenta en que no ha resultado desvirtuada por el demandante la afirmación efectuada por la Audiencia de que no ha quedado suficientemente probada la identidad de la finca reclamada por el actor, existiendo una notable diferencia de cabida, consistente en 4.707 metros cuadrados, sin que coincidan tampoco los linderos parcialmente.

Añade el Tribunal Supremo que son requisitos esenciales para el éxito de la acción reivindicatoria los de justo título de dominio a favor del actor, identificación de la finca objeto de éste y que ella sea detentada o poseída por el demandado, y cabe afirmar que el segundo de los requisitos señalados tiene un doble aspecto: por una parte el de fijarse con claridad y precisión la situación, cabida y linderos de la finca, de modo que no pueda dudarse cuál es la que se reclama, identificación documental expresada en la demanda, consecuente a los títulos en los que la acción se basa; y por otra, que de modo práctico se acredite en el juicio que el terreno reclamado es aquel al que el primer aspecto de la identificación se refiere, debiendo señalarse que la decisión del Tribunal sentenciador sobre este extremo tiene el carácter de hecho, que sólo puede ser combatido en casación al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por haber incurrido aquél, al hacer tal afirmación, en error de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas practicadas (Sentencia de 9 de julio de 1982).

PROPIEDAD.—ACCION DECLARATIVA (SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 1983).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don José Luis Albacar López, declara no haber lugar al recurso extraordinario de revisión interpuesto contra la sentencia del mismo Alto Tribunal —en lugar de hacerse contra la de la Audiencia Territorial—.

Los hechos son los siguientes: A) Que el veintiocho de febrero de mil novecientos setenta y tres doña M. y don E. L. F. promovieron ante el Juzgado de Primera Instancia número cuatro de Madrid demanda de juicio ordinario de mayor cuantía contra don A. N. M. y sus hermanos don S., don D., doña T., doña M., doña J. y don M. sobre acción declarativa de dominio de unas determinadas fincas rústicas que se alegaban adquiridas por el padre de los actores en documento privado de fecha veintiséis de

marzo de mil novecientos cincuenta y seis, así como elevación a escritura pública del segundo documento y cancelación de las inscripciones registrales existentes en favor de los demandados; B) Que con fecha siete de julio de mil novecientos setenta y tres se dictó sentencia por el referido Juzgado de Primera Instancia en la que estimando la demanda se declaraban propiedad de los actores las mencionadas fincas, declarándose la obligación de los demandados de otorgar escritura pública y acordando la cancelación de las inscripciones registrales, sentencia contra la que se interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Territorial de Madrid, que el doce de marzo de mil novecientos setenta y cuatro dictó sentencia confirmando en parte la del Juzgado de Primera Instancia, que modificó en el extremo relativo a la cancelación de las inscripciones registrales, y en la desestimación de la reconversión, sobre la que no se había pronunciado la resolución de primera instancia; C) Interpuesto recurso de casación por infracción de ley contra la resolución de la Audiencia, fue éste desestimado por Sentencia de esta Sala de veintitrés de enero de mil novecientos setenta y seis, adquiriendo firmeza posterior la resolución de la Audiencia.

Que contra la Sentencia del Tribunal Supremo de veintitrés de enero de mil novecientos setenta y seis, en lugar de hacerse contra la de que a partir del año mil novecientos sesenta y ocho los actores ya no eran propietarios de las fincas de autos por haberse transmitido a don M. C. C., quien previa licencia municipal de construcción levantó sobre ellas unas naves industriales, causa esta que no podrá prosperar no sólo porque la alegación de titularidad no puede ser reputada una maquinación, fraudulenta, que haya contribuido a ganar injustamente la anterior sentencia firme, sino también porque aun cuando se hubiese acreditado fehacientemente, cosa que no ha ocurrido, que en el momento de iniciarse la litis hubieran ya los actores transmitido el dominio de la finca a un tercero, en cualquier caso esta transmisión no impedía su interés legítimo en obtener la declaración de titularidad frente al demandado, hoy recurrente, a fin de obtener una pacífica situación jurídica que ofrecer a los nueve titulares, razones todas ellas por las que procede la desestimación del presente recurso extraordinario de revisión.

PROPIEDAD. — TERCERIA DE DOMINIO. — EMBARGO POR DEBITOS FISCALES (SENTENCIA DE 23 DE DICIEMBRE DE 1983).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Jaime Santos Brinz, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandada y apelada contra la sentencia de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia de Barcelona, revocatoria de la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Gerona.

Los hechos y fundamentos jurídicos del fallo son los siguientes: a) Se siguió procedimiento de apremio por débitos a la Hacienda correspondientes a los años mil novecientos setenta a mil novecientos setenta y tres (Contribución Territorial Rústica y cuota de Seguridad Social Agraria) sobre las fincas propiedad de los terceristas; b) El matrimonio B.-R. adquirió la parcela que se le embargó por escritura pública de treinta de octu-

bre de mil novecientos cincuenta y nueve; y el señor B., el otro tercerista, adquirió la suya por escritura de veintidós de noviembre de mil novecientos sesenta y uno, fincas que figuran inscritas en el Registro a favor de dichos adquirentes aunque sigan catastradas a nombre del transmitente ejecutado por el Estado señor M.; c) En uno de octubre de mil novecientos setenta y cuatro, mediante edicto del Recaudador, se inicia el expediente de apremio, sin citar el mismo a los titulares dominicales de las fincas, aunque constaba el domicilio de uno de ellos; d) Habiendo reclamado por los titulares dichos contra el procedimiento de apremio, se tramitó en vía administrativa tercería de dominio, que fue resuelta desestimándola en fecha trece de enero de mil novecientos setenta y seis; e) Las fincas, no obstante hallarse inscritas en el Registro desde mil novecientos sesenta y mil novecientos sesenta y cinco respectivamente, salieron a subasta, manifestándose en los anuncios que no estaban conocidamente inscritas en el dicho Registro de la Propiedad; el tipo para la subasta fue de trescientas cincuenta y nueve mil quinientas pesetas, siendo adjudicadas por ciento cincuenta y nueve mil setecientas setenta y seis pesetas, suma que según aprecia la sentencia recurrida (segundo considerando) es «muy inferior al real»; f) Según certificado de la Delegación de Hacienda de Gerona, obrante al folio noventa y cinco de los autos expedida el veintisiete de noviembre de mil novecientos setenta y seis, las fincas siguen catastradas a nombre del señor M., pero se halla pendiente de resolución una hoja de Catastro recibida el diez de mayo del mil novecientos setenta y seis por superficie de cinco coma cuatro mil setecientas dieciséis hectáreas, hoja que fue presentada por el señor G., tercerista ahora recurrido, y consta además en el plano catastral acompañado a la demanda nota de «baja del señor M. desde el uno de enero de mil novecientos sesenta y cuatro»; g) El embargo practicado sobre las fincas en cuestión fue anotado preventivamente con fecha diez de abril de mil novecientos setenta y cuatro, haciendo constar que las fincas no están conocidamente inscritas en el Registro; los créditos por impuestos a favor del Estado por los que se siguió el apremio importaron en total catorce mil ochocientas cuarenta y seis pesetas de principal más los gastos accesorios que el procedimiento ocasione.

Son fechas básicas para la resolución del recurso las siguientes: las de adquisición por los terceristas mediante escritura pública en treinta de octubre de mil novecientos cincuenta y nueve y veintidós de noviembre de mil novecientos sesenta y uno, con inscripción respectiva en el Registro en mil novecientos sesenta y mil novecientos sesenta y cinco, y, por otro lado, los débitos a la Hacienda por impuestos recayentes sobre las fincas (Contribución Territorial Rústica y cuotas empresariales de la Seguridad Social Agraria) de los años mil novecientos setenta a primer semestre de mil novecientos setenta y cuatro inclusive; siguiéndose el expediente de apremio administrativo a partir del uno de octubre de mil novecientos setenta y cuatro; datos fácticos que vertidos sobre la normativa aplicable revelan que en el caso ahora contemplado es inoperante la preferencia que para el cobro de impuestos tiene la Hacienda Pública en el modo reconocido en los artículos once de la Ley de Contabilidad y Administración de uno de julio de mil novecientos once, ciento noventa y cuatro de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento y setenta y uno y setenta y tres de la Ley General Tributaria de veintiocho de diciembre de mil novecientos sesenta y tres, toda vez que: a) La hipoteca legal tácita que estas

disposiciones reconocen al Estado sobre los bienes gravados con la imposición idónea para originar tal hipoteca no tiene un ámbito de operatividad indiscriminado e ilimitado, sino que actúa únicamente para el cobro de la anualidad corriente al efectuarse la transmisión del dominio de la finca y para la última vencida, constituida por los cuatro trimestres del ejercicio económico inmediato anterior al definido como corriente, cualesquiera que fueren las fechas de tales inscripciones; b) Por tanto, siguiéndose el apremio fiscal por los impuestos de los años mil novecientos setenta a mil novecientos setenta y cuatro y habiendo tenido lugar la transmisión del dominio en los años mil novecientos cincuenta y nueve y mil novecientos sesenta y uno, es evidente que, sin perjuicio de hacer efectivo de otra forma el crédito del Estado por dichos impuestos, éstos no pueden realizarse a través de aquella hipoteca legal tácita, por lo que queda así frustrada la preferencia del Estado, que se daría de concurrir los requisitos que la normativa expuesta señala; c) Esta conclusión se obtiene de la interpretación ya seguida por esta Sala en sus Sentencias de veintinueve de noviembre de mil novecientos sesenta y dos y veintiuno de diciembre de mil novecientos setenta y nueve, habiendo declarado la primera de ellas que la Hacienda Pública goza, como Entidad acreedora, de un derecho de prelación para el cobro de sus créditos en concurrencia con otros acreedores sobre los bienes propios del deudor, pero no sobre los que a éste no pertenezcan por haber dispuesto de ellos con anterioridad a la realización del crédito, excepto cuando se trate de contribuciones e impuestos por la última anualidad vencida y corriente, cual revelan los citados artículos once de la Ley de uno de julio de mil novecientos once y establecían el noventa y ocho y el ciento treinta del Estatuto de Recaudación de mil novecientos cuarenta y ocho; preceptos que presuponen que la reclamación se dirija contra el deudor al detenerse el privilegio de la Hacienda frente a la inscripción del derecho del tercer adquirente, por lo que si éste acredita que su adquisición tuvo lugar antes de la iniciación del procedimiento de apremio, como el apremiado ya no era dueño de los bienes embargados, ha de cesar el procedimiento contra ellos, estén o no inscritos a favor de tercero; y como ya se dijo, los efectos de la hipoteca legal tácita se contraen a la anualidad corriente y la última vencida al efectuarse la transmisión del dominio de la finca; habiendo concretado en el mismo sentido el significado de «anualidad de contribución» a que se refiere la hipoteca legal tácita a favor del Estado, las provincias y los pueblos, la citada Sentencia de veintiuno de diciembre de mil novecientos setenta y nueve, desechando la tesis de que «anualidad corriente» haya de ser, a efectos de operancia de tal privilegio, la que corresponda al año natural en que se ejercite la acción administrativa de cobro, cualesquiera que sean las transcurridas desde que el tercero, protegido como en el caso debatido por los principios hipotecarios de prioridad y fe pública registral (artículos diecisiete y treinta y ocho de la Ley Hipotecaria), inscribió su derecho en el Registro de la Propiedad; confirmando esta Sala en la misma sentencia que el crédito a favor del Estado, bien sea una simple preferencia o bien se califique de hipoteca legal tácita, representa una afección de los bienes inmuebles sobre los que recae, y esta afección, en perjuicio de tercero, protegido por el principio de fe pública registral, se produce en el momento en que éste inscribe su título, que es cuando entra en colisión el derecho que ha tenido acceso al Registro de la Propiedad con el privilegio estable-

cido a favor del Estado; obligación que por tanto no se da cuando, como en el caso de este recurso, dicho acceso al Registro sobrevino más de diez años antes de las anualidades impositivas que se tratan de hacer efectivas en perjuicio de terceros; sin perjuicio de las obligaciones fiscales de estos terceros que hayan de hacerse efectivas por otros medios.

F. C. L.

UNA VEZ RECIBIDA LA COSA, EL COMPRADOR SOLO PUEDE SUSPENDER EL PAGO EN EL SUPUESTO DEL ARTICULO 1.502 (SENTENCIA DE 5 DE MAYO DE 1983).

Doctrina de la sentencia.—Aun cuando esta Sala viene relacionando los artículos 1.504 y 1.124 del Código Civil, tiene sin embargo declarado que el artículo 1.504 constituye una especialidad del supuesto que contempla el 1.124, a cuyo tenor la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas.

El requerimiento a que alude el citado artículo 1.504 del indicado texto legal no es en realidad otra cosa que la forma de manifestar fehacientemente el vendedor su voluntad resolutive del contrato por impago del precio, al objeto de que el comprador quede enterado de ello; como ha declarado también esta Sala en resolución de 8 de noviembre de 1982, partiendo de la conexión entre los citados preceptos del Código Civil, la obligación que tiene el comprador de satisfacer el precio de la cosa vendida es tan esencial en la figura de la compraventa, que una vez recibida aquélla no existe otra posibilidad jurídica de suspender el pago que la contemplada en el artículo 1.502 del indicado Cuerpo legal.

LA DACION EN PAGO ES UN NEGOCIO COMPLEJO QUE PARTICIPA DE LAS CARACTERISTICAS DEL PAGO, LA COMPRAVENTA Y LA NOVACION (SENTENCIA DE 13 DE MAYO DE 1983).

Doctrina de la sentencia.—Este Tribunal ya desde antiguo, aunque sin pronunciarse de un modo definitivo y dogmático, y ante la necesidad pragmática de determinar ciertos efectos de la dación en pago, no regulada en nuestro Código Civil, ha asimilado dicha atípica figura a la del contrato de compraventa, bien que con el matiz de no negar su analogía con otras convenciones, tales como forma de pago, o como novación por cambio de objeto, y ello por la exigencia de dar soluciones prácticas antes que fijaciones doctrinales o teóricas.

Si bien puede considerarse dudosa la aplicación extensiva del artículo 1.532 del Código Civil al puro y típico contrato de compraventa, por tener éste normas propias y suficientes que excluyen la analogía ante la inexistencia de laguna legal, sí cabe la equiparación de la dación en pago a la cesión de créditos, derechos, rentas o productos en armonía con la

más ajustada calificación de la *datio* como un negocio jurídico complejo que participa de las características del pago o cumplimiento de la compra-venta y de la novación por cambio de objeto.

LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO DEBEN SER TENIDAS EN CUENTA PARA ATENUAR LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA (SENTENCIA DE 17 DE MAYO DE 1983).

Hechos.—El fuerte viento ocasionó la rotura de un cable eléctrico y las chispas produjeron un incendio. Los perjudicados demandan a la Compañía eléctrica, que es absuelta, al estimarse fuerza mayor.

Doctrina de la sentencia.—Cierta y equitativa como es la doctrina jurisprudencial sobre la responsabilidad cuasi objetiva, también lo es que no siempre se han de seguir sus rigurosas consecuencias, con olvido de las circunstancias del caso concreto y en especial de la total y tajante eficacia causal que en el acontecer dañoso puede provocar la intervención de un evento o fenómeno de la naturaleza, suficiente por sí mismo, sin más, para eliminar la más mínima posibilidad de culpa en el sujeto presuntamente obligado, mínima posibilidad que es precisamente la base para la exigencia de responsabilidad por riesgo en el sentido de imponer a aquél la prueba de su total ajenidad en la producción del resultado dañoso (inversión del *onus probandi*).

ES INCONGRUENTE LA SENTENCIA QUE NO TOMA POR BASE LA RELACION DE HECHOS (SENTENCIA DE 27 DE MAYO DE 1983).

Doctrina de la sentencia.—Una de las exigencias que el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil impone a las sentencias es la relativa a la congruencia que debe guardar con las demandas y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, y uno de los elementos con-figuradores de la demanda está constituido por la causa *petendi*, es decir, por el acaecimiento histórico, por la relación de hechos que, al propio tiempo que la delimitan, sirven de fundamento a la pretensión que se actúa, de tal forma que cuando no se respeta esta exigencia y la sentencia toma por base un acontecimiento o hecho distinto de trascendencia en el fallo se vulnera el citado requisito y la sentencia incurre en vicio de incongruencia.

ARRENDAMIENTO DE OBRA: NO ES INDISPENSABLE QUE EL PRECIO SE CONCRETE DE ANTEMANO (SENTENCIA DE 31 DE MAYO DE 1983).

Doctrina de la sentencia.—Los elementos reales del contrato de arrendamiento de obra, consistente, de una parte, en la obtención de un resultado (*opus consumatum est perfectum*), al que se encamina la actividad creadora del empresario, que asume los riesgos de su cometido, de acuer-

do con la regla *res perit domino*, y, de otra parte, en la fijación de un precio cierto que el comitente debe satisfacer, constituyente de un factor esencial en la *locatio operis* ya desde la legislación justinianeas, en que se reconoció su existencia únicamente si *merces constituta sit* (prefacio del título XIV, libro III, de la *Instituta*) o si *pretio convenerit* (parágrafo 2.º del tit. II del libro XIX del *Digesto*), y sin que sea indispensable que ese precio se concrete de antemano o en el instante de celebrarlo, al ser suficiente con que su determinación pueda llevarse a efecto con posterioridad, bien por los propios interesados o por un tercero o a medio de tasación pericial emitida en atención a los materiales invertidos y mano de obra utilizada.

RESPONSABILIDAD DECENAL DE LOS CONTRATISTAS: NO INCURRE EN ELLA LA COOPERATIVA PROMOTORA QUE SUFRE LOS PERJUICIOS DE LOS DESPERFECTOS CAUSADOS (SENTENCIA DE 31 DE MAYO DE 1983).

Doctrina de la sentencia.—El recurso cita el artículo 1.591 del Código Civil como indebidamente aplicado, artículo que se refiere a la responsabilidad contractual decenal de los arquitectos y contratistas, pero que en modo alguno autoriza a estimar que la Cooperativa constructora debe ser la responsable del perjuicio, porque como fue la «promotora», y el Tribunal Supremo ha asimilado el «promotor» al «contratista», es esta condición de contratista la que debe atribuirse a la Cooperativa y por tanto responsable a tenor del artículo 1.591, que habla del «contratista»; argumentación ya de suyo extraña y logomáquica, constitutiva de un puro juego conceptual o nominalista, tal es de atribuir a los nombres y conceptos una eficacia reñida con la realidad y el buen sentido, como si la sola nominación, por lo demás analógica y forzada, pudiera convertir a quien sufre el perjuicio en causa del mismo o al que contrata como arrendador en arrendatario, trasmutando la realidad en beneficio de una tesis y convirtiendo la norma y el derecho en instrumento de un interés no amparado por los mismos.

COMRAVENTA: HAY ENTREGA DE COSA DISTINTA CUANDO EL OBJETO ES INHABIL PARA EL COMPRADOR (SENTENCIA DE 10 DE JUNIO DE 1983).

Doctrina de la sentencia.—Aun sin acomodarse al criterio doctrinal, ciertamente no pacífico, que defiende la compatibilidad de las acciones de saneamiento por vicios ocultos en la cosa vendida y las acciones ordinarias fundadas en el incumplimiento, prescindiendo de aplicar la regla de lógica jurídica *lex specialis derogat generalis*, y por tanto conjugando la *exceptio non adimpleti contractus* y el régimen de responsabilidad, ex artículo 1.101, con la regulación contenida en los artículos 1.484 y siguientes del Código Civil, opinión a la que se atienen las Sentencias de 1 de julio de 1947, 23 de junio de 1965 y 23 de septiembre de 1982, no cabe hacer caso

omiso cuando menos de la orientación jurisprudencial, que sin dejar de reconocer las dificultades que presenta distinguir en la realidad entre la prestación de objeto diverso al pactado y los vicios de la cosa, entiende que se está en presencia de entrega de cosa distinta o *aliud pro alio* cuando existe pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto y consiguiente insatisfacción del comprador, que le permite acudir a la protección dispensada en los artículos 1.101 y 1.124, por consiguiente, sin que sea aplicable el plazo semestral que señala el artículo 1.490 para el ejercicio de las acciones edilicias.

EL AFFECTIO SOCIETATIS ES REQUISITO INEXCUSABLE PARA LA CONSTITUCION DE UNA SOCIEDAD (SENTENCIA DE 13 DE JUNIO DE 1983).

Doctrina de la sentencia.—Sin entrar en la cuestión doctrinal referente a la naturaleza jurídica del negocio fundacional de una Sociedad anónima, ya se utilice el concepto de contrato plurilateral para distinguirlo de los bilaterales propiamente dichos, con sinalagma genético y funcional, ora se abandone la tesis contractualista para hablar de acto colectivo, en todo caso será indispensable para la existencia legal del negocio o acto constitutivo, cuando se trate de la fundación simultánea o por convenio, una declaración de voluntad creativa, seriamente emitida, con el designio de someter unos bienes que se hacen comunes a la disciplina jurídica de la Sociedad, persiguiendo un fin de lucro que habrá de obtenerse mediante el desarrollo de una determinada actividad a cuyo servicio se ponen aquellos, requisito inexcusable al que conviene la clásica denominación de *affectio societatis*, y sin cuya concurrencia no puede tenerse por producido el consentimiento ni por eficaz el negocio jurídico constitutivo de una Sociedad, cualquiera que sea su forma.

LA CLAUSULA REBUS SIC STANTIBUS PUEDE SER EXCLUIDA POR LAS PARTES (SENTENCIA DE 16 DE JUNIO DE 1983).

Doctrina de la sentencia.—Aun con todos los reparos y cautelas que los tiempos, las circunstancias y los casos concretos imponen o aconsejan ponderar al respecto de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, tanto los Tribunales como esta Sala han admitido y admiten la misma como solución justa de los problemas planteados, si bien con la exigibilidad de ciertos presupuestos y requisitos, entre ellos el de la concurrencia de hechos o acontecimientos imprevisibles e imprevistos por las partes, y de tal entidad o enjundia que puedan provocar el desequilibrio de las prestaciones básicas del contrato, como fundantes de la justa reciprocidad de los intereses en juego; pero cuando esas circunstancias no aparecen, bien porque la desigualdad sobrevenida no traspase los límites tolerables para la economía contractual, ora porque las partes previeron o asumieron anticipadamente los riesgos, es evidente que los Tribunales han de sopesar e incluso respetar esa previsión como integrante del negocio o contrato, como cláusula expresa que invalida la implícita *rebus sic stantibus*.

EL CODIGO CIVIL REGULA EN CATALUÑA LA RESOLUCION DE LA COMPRAVENTA DE INMUEBLES POR FALTA DE PAGO (SENTENCIA DE 22 DE JUNIO DE 1983).

Doctrina de la sentencia.—Si la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña establece en sus disposiciones finales primera y segunda que las normas de Derecho especial escrito o consuetudinario, principal o supletorio, vigentes a su promulgación, quedan sustituidas por las contenidas en ella, y que en lo no previsto en la misma rigen los preceptos del Código Civil que no se le opongan y las fuentes jurídicas de aplicación general, y si tal Compilación no contiene regulación específica alguna relativa a la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento total o parcial del pago del precio, es manifiesto que por imperativo de tal derecho especial debe acudir al Código Civil, y más concretamente a su artículo 1.504, que contempla la hipótesis de falta de pago del precio en la compraventa de bienes inmuebles.

LOS ACUERDOS COLECTIVOS REQUIEREN LA CONSTATAACION DE QUE LOS REUNIDOS PRESTARON SU CONSENTIMIENTO (SENTENCIA DE 23 DE JUNIO DE 1983).

Doctrina de la sentencia.—El acuerdo o aprobación en reuniones de varias o muchas personas, denominado en la doctrina científica como «acto colectivo» o «gesamtakt», es una categoría de actos jurídicos no equiparable totalmente al acuerdo contractual, pero sí en cuanto requiere para su eficacia jurídica una constatación o confirmación de que los reunidos prestaron su consentimiento a los acuerdos tomados, lo que tiene lugar ordinariamente a través de la firma de los presuntos obligados y no por manifestación no legitimada de otras personas carentes de poder o autorización para consentir por otros, conclusión conforme con la doctrina de esta Sala, que ya en la antigua Sentencia de 13 de octubre de 1896 declaró que la esencia de la obligación contraída por escrito es la firma de la persona obligada.

LA SIMPLE APARIENCIA NO BASTA PARA DAR VIDA A UN CONTRATO (SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 1983).

Doctrina de la sentencia.—La simple apariencia, carente de verdadero contenido obligacional, no puede dar vida a una inexistente juego de prestaciones correspectivas (*substantia vera nullum*) ni aunque la forma documental sea solemne, ya que no cabe confundir la autenticidad de lo escrito (*veritas instrumenti*), con la veracidad intrínseca o genuinidad del contenido (*bonitas instrumenti*), sin olvidar además que según advirtió esta Sala en Sentencia de 28 de marzo último al tratar la figura del reconocimiento de deuda, en nuestro ordenamiento positivo no cabe prescindir de lo im-

perativamente ordenado en los artículos 1.261, número 3.º, y 1.275 del Código sustantivo, en cuanto proclaman la necesidad de la causa para la existencia del contrato, con la obligada consecuencia de que su falta será determinante de ineficacia negocial una vez destruida por cualquier medio de prueba la presunción que el artículo 1.277 recoge.

REQUISITOS PARA LA APRECIACION DEL CASO FORTUITO (SENTENCIA DE 4 DE JULIO DE 1983).

Doctrina de la sentencia.—Son requisitos para la apreciación del caso fortuito la existencia de un hecho o acontecimiento independiente de la voluntad del deudor, y por consiguiente no imputable a él, que el acontecimiento sea imprevisto, o bien previsto pero inevitable según las circunstancias en relación con los medios del deudor y en el grado de diligencia que debiera de prestar, y que entre el acontecimiento y la imposibilidad del cumplimiento de la obligación y el consiguiente daño exista un vínculo de causalidad, sin que intervenga en esta relación como factor aplicable la actividad dolosa o culposa de aquel al que el hecho dañoso es atribuido.

LOS TRIBUNALES DEBEN DEJAR DE APLICAR LAS NORMAS QUE RESTRINJAN EL DERECHO A OBTENER LA TUTELA DE LOS INTERESES LEGITIMOS (SENTENCIA DE 5 DE JULIO DE 1983).

Hechos.—Un inspector de policía disparó contra un sospechoso que estaba siendo esposado y le causó la muerte. La Ley de Amnistía extinguió la acción penal. La viuda de la víctima demanda a la Administración por la vía ordinaria. En ambas instancias se declara la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. Pero el Supremo casa la sentencia y acoge la demanda.

Doctrina de la sentencia.—Si la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en su artículo 3.º declara reservadas en bloque a la jurisdicción especializada y la de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, a su vez, consagra similar atribución cuando se trata de reparar el daño causado por el funcionamiento normal o anormal de un servicio público, ello no excusa que en este tema, de muy relativa trascendencia después de la judicialización de la jurisdicción contenciosa y peligrosamente abocado a lo que una autorizada doctrina, con el pensamiento puesto en la parte perjudicada, ha llamado «un peregrinaje de jurisdicción», se traigan también a examen, a efectos competenciales, las particularidades del caso concreto, lo que comporta que se afirme la competencia del Tribunal civil para decidir acerca de una responsabilidad nacida por remisión de la autoridad penal a la vía ordinaria por aplicación de un indulto tan inusual, ya que otra cosa supondría asistir al hecho de que unas responsabilidades inevitablemente calificables *ex delicto*, que hubieran podido ser enjuiciadas civilmente, sufren por uno de esos juegos de azar, que tanto propicia aquel indulto, un desplazamiento que incrementa el beneficio penal otorgado, con el factor adicional que notoriamente resulta del aplazamiento, tesis inacep-

table que además desde la vertiente de la víctima es merecedor de que la dudosa cuestión competencial bascule del lado de la jurisdicción civil, matriz de las especializadas y de suyo atractiva, ofreciendo así una solución razonable que, por otra parte y muy principalmente, encuentra incontestable apoyatura en la calificada, por conocida doctrina, como «vinculación más fuerte», refiriéndose naturalmente a la constitución, a cuyo orden de valores se encuentran directamente vinculados los Tribunales, los cuales en su misión de aplicar incluso disposiciones de rango legal han de hacer siempre un juicio de constitucionalidad, negando validez, según el sentir general de la doctrina, a toda norma que contradiga el cuadro de valores básicos constitucionalmente establecidos y dejando de aplicar las que por las especiales circunstancias del caso manifestamente restrinjan el derecho a obtener la tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos, o produzcan prácticamente un estado de indefensión contrario al derecho fundamental consagrado por el artículo 24 del texto constitucional.

J. Q. S.

COMPRAVENTA.—FE PUBLICA NOTARIAL (SENTENCIA DE 3 DE OCTUBRE DE 1983).

La fe notarial sólo alcanza al hecho que motiva el otorgamiento de la escritura y a su fecha, pero no a la veracidad intrínseca de lo manifestado por los otorgantes.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Carlos de la Vega Benayas, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por los demandantes y apelantes contra la sentencia de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, confirmatoria en lo sustancial de la del Juzgado de Primera Instancia de Piedrahíta en base a las siguientes consideraciones, de las que se deducen los hechos:

Que los supuestos de hecho en torno a los cuales gira el presente recurso son los siguientes: Uno) El cuatro de mayo de mil novecientos setenta y tres se otorga por los actores —hoy recurrentes— y el demandado don F. M. A., casado con la demandante doña F. M. H., en la Notaría de Piedrahíta, escritura pública de obra nueva, división horizontal y préstamo con hipoteca; Segundo) Don F. H. A. vende a los restantes demandados viviendas sitas en el edificio que venía referido en aquella escritura, propiedad del mismo y los actores; Tercero) Los compradores, luego demandados, ocupan las viviendas adquiridas al indicado don F.; Cuarto) Los actores demandan a los adquirentes y al vendedor ejercitando la acción de nulidad de los contratos de compraventa por falta de consentimiento uxorio y la acción reivindicatoria respecto de los indicados pisos, cuya entrega reclaman; Quinto) El demandado-vendedor no compareció en ningún momento del juicio, durante todo el cual estuvo en rebeldía.

Que el motivo inicial del recurso se articula por vía del numeral séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Procesal al estimar quienes lo formulan que la Sala de apelación incidió en error de hecho derivado de documento auténtico, y señalan a tales efectos la escritura pública de cuatro de mayo de mil novecientos setenta y tres, indicada en el anterior fundamento, error que según aparece de la motivación tiene una

doble proyección: la relativa a la influencia del mismo en orden a la nulidad de los contratos de compraventa concertados entre don F. H. A. y los restantes demandados por falta del *consenso uxoris* y la que afecta a la acción reivindicatoria que respecto de los pisos enajenados por el referido don F. esgrimen todos los actores.

Que el motivo no puede prosperar en cuanto la autenticidad de un documento, tema que sirve de base al mismo, ofrece siempre una doble dimensión: a) La puramente externa o física de su existencia real y verdadera; y b) La referida a la legitimidad o veracidad indubitada de su contenido, esto es, a su eficacia en cuanto al ordinal séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Adjetiva, aspecto respecto del cual ha de tenerse en cuenta necesariamente la doctrina elaborada por esta Sala.

Que sentadas estas bases, resulta evidente que la escritura pública a que se refiere el motivo, si bien en su proyección puramente física, merece la cualidad de auténtica en cuanto está ahí, incorporada a los autos; no tiene, sin embargo, tal carácter en cuanto al éxito de la motivación: Primero, porque como tiene dicho esta Sala, la fe notarial sólo alcanza al hecho que motiva el otorgamiento de la escritura y a su fecha pero no a la veracidad intrínseca de lo manifestado por los otorgantes (Sentencias de nueve de diciembre de mil novecientos ochenta y uno y catorce de febrero de mil novecientos ochenta y tres); Segundo, porque el Tribunal *a quo* la ha estudiado y ponderado en conexión con otros medios de prueba, lo cual la priva de autenticidad a estos efectos (Sentencias de tres de julio de mil novecientos ochenta y uno, quince de febrero de mil novecientos ochenta y dos y tres de marzo de mil novecientos ochenta y tres); Tercero, porque no acredita por sí sola y sin necesidad de un determinado mecanismo interpretativo lo que los recurrentes pretenden y sí lo contrario, como reconocen implícitamente quienes impugnan al construir el motivo segundo sobre la infracción del artículo mil doscientos ochenta y uno del Código Civil, referente a la interpretación de los contratos, que estiman violado por el Tribunal *a quo*; Cuarto, porque en todo caso la interpretación que la Sala de apelación hizo de la cláusula novena de la escritura en cuestión es acertada y se acomoda a las más estrictas y ortodoxas normas de la hermenéutica.

Comentario.—Según el artículo 1.º del Reglamento Notarial: «La fe pública notarial tiene y ampara un doble contenido: a) En la esfera de los hechos, la exactitud de los que el Notario ve, oye o percibe por sus sentidos. b) Y en la esfera del Derecho, la autenticidad y fuerza probatoria a las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado conforme a las leyes». Pues bien, el alcance de esta fe pública no es idéntico en las dos esferas, de los hechos y del Derecho, ya que es más fuerte en la primera que en la segunda; mientras respecto a un hecho percibido directamente por el Notario sólo cabe impugnar tal afirmación mediante querrela de falsedad, en la esfera del Derecho la posibilidad de impugnación es mucho más amplia. Ahora bien, se impone deslindar claramente lo que pertenece a lo fáctico. Por ejemplo, si el Notario afirma: «Veo que está lloviendo», no sólo afirma un hecho, sino que, en realidad, está emitiendo un juicio y valorando un acontecimiento físico —caída del agua desde arriba hacia abajo— con sus conocimientos meteorológicos. Y en este punto puede equivocarse, ya que la caída del agua puede obedecer tanto a un fenómeno natural (lluvia) como provocado artificialmente (vgr., se está ro-

dando una película y mediante un artificio en la zona donde está el Notario parece como si efectivamente estuviese lloviendo). Lo cual quiere decir que es preciso ser muy cuidadoso a la hora de calificar una afirmación o contenido del documento notarial como perteneciente a uno u otro campo.

DONACION.—REVOCACION POR INGRATITUD (SENTENCIA DE 23 DE OCTUBRE DE 1983).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Rafael Casares Córdoba, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la actora y apelada contra la sentencia de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, confirmando la del Juzgado de Primera Instancia de Villafranca del Penedés, argumentado acerca de la probada ingratitud de la hija donataria lo que sigue:

Que si bien en las actuaciones penales instruidas con motivo de los hechos acaecidos entre la donataria y sus padres donantes, el cuatro de julio de mil novecientos setenta y seis, se llegó al procesamiento de aquélla por las lesiones producidas al padre, el procedimiento penal fue sobreseído el dieciséis de junio de mil novecientos setenta y siete por aplicación del indulto del catorce de marzo anterior, lo que desprovee a la acción revocatoria del presupuesto base —comisión de un «delito»— del número primero del artículo seiscientos cuarenta y ocho del Código en cualquier caso y muy especialmente en cuanto a la madre donante, respecto de la que no se hizo pronunciamiento por el Juez penal, cuyo auto de procesamiento fue dictado contra la hija donataria por haber causado lesiones precisamente al padre con duración superior a los quince días, razonamiento absolutamente rechazable si se tiene en cuenta no sólo la bien discutible escindibilidad de la donación conjuntamente hecha por ambos cónyuges a la hija «por el cariño y afecto que profesan» a la misma «y como anticipo y a cuenta de sus derechos legitimarios paternos y maternos», según reza la escritura de tres de mayo de mil novecientos setenta y tres, sino el hecho de que la conducta delictiva inculpada en el sumario cuarenta y ocho de mil novecientos setenta y seis de Villafranca del Penedés comprende, en el relato que abre las actuaciones y en el de los hechos determinantes del procesamiento, al lado de las lesiones causadas al padre, las coacciones y vejaciones producidas a «ambos» cónyuges —vejación para la madre, que aunque no existiera otra, está manifiesta en la agresión al esposo en su presencia—, las cuales coacciones y vejaciones tienen una naturaleza penal, indudable aunque no llegaran a ser calificadas punibles, y, consiguientemente, a ser sancionadas por la competente jurisdicción penal, que encontró cortado su camino por el indulto anticipado de la conducta de la procesada, carácter penal que obliga a tomarlas en consideración, enjuiciándolas y calificándolas en su dimensión punible por el Juez civil, a los solos efectos de fundar la ingratitud que está en la base de la acción revocatoria ejercitada, la cual no puede quedar detenida, añadiendo el indulto —que es siempre un acto de gracia referido a la conducta penalmente relevante— un efecto adicional de carácter civil, no querido por el legislador, que en pugna con la naturaleza del propio acto de gracia vendría a negar la evi-

dencia de una ingratitud, a la que el Código Civil anuda el concreto efecto de dar vida a la acción revocatoria de la donación, conclusión insatisfactoria a la que es oportuno añadir, abundando en el rechazo de los motivos en estudio, la más que fundada duda, de la que el Código Civil emplea la expresión «delito» en su acepción técnica, generalmente aceptada de acción típicamente antijurídica culpable y punible o, en el lato sentido, de conductas penalmente sancionables, y como tales ostensiblemente reveladoras de ofensa e ingratitud del donatario para con el donante, ya que si esta última interpretación amplia parece contraria a la expresión literal «delito» que la norma civil emplea, de aquella otra estricta surgen problemas que impugnan seriamente su aceptación, entre ellos todos los nacidos de la extinción de responsabilidad penal antes de la condena por los Tribunales de ese orden (indulto anticipado, muerte del reo, etc.) o de la no punibilidad de la conducta, no obstante contener, como en el supuesto de la excusa absolutoria de próximos parientes (respecto de los delitos en que esta excusa entra en juego), el mayor coeficiente de desconsideración e ingratitud para con el donante, cuyo techo cubija al donatario; si a ello añadimos la certidumbre de que el texto legal no usa las expresiones «delito contra la persona, la honra o los bienes del donante» con precisión técnica alguna, puesto que de no entenderlo así se llegaría al absurdo de que de toda la gama de delitos que el Código Penal comprende, sólo determinan ingratitud, a efectos de la revocación de donaciones, los contra la vida e integridad corporal, los que lo sean contra la honra (por cierto, no figurados penalmente bajo esta rúbrica) y los atentados contra la propiedad, dando a estos últimos una acusadísima preferencia, como reveladores de ofensa al donante víctima de ellos, sobre aquellas otras, indudablemente más graves, como son los tipificados contra la libertad y seguridad, honestidad, etc., que quedarían excluidos de la nota de ingratitud, todo lo cual agudiza los problemas que suscita la interpretación literal del Código, cuyo texto expreso, obviamente, reduce con demasiada frecuencia el límite de aplicabilidad de la norma produciendo un sensible vaciamiento de lo que constituye el núcleo de la conducta civilmente intolerable, esto es, la ingratitud, cuya estimación, tan condicionada a la hora de la revocación de las donaciones, resalta al lado de la clara amplitud del término en punto a las causas de indignidad para suceder o de desheredación que algún destacado sector de la doctrina trae a examen comparativo con la oportuna observación de que la mayor severidad ha de bascular del lado del donatario, que todo lo debe al donante, mientras la ley y los vínculos de familia que están en la base de la herencia abonan la tesis favorecedora del heredero.

PRELACION DE CREDITOS. — CREDITOS SALARIALES (SENTENCIA DE 27 DE OCTUBRE DE 1983).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte actora y apelante conforme a los siguientes pronunciamientos:

Que el recurso por infracción de ley entablado por la C. de A. de N.

ofrece dos aspectos en el tema planteado para su estudio en casación: de índole sustantiva el uno, referido a si los créditos salariales de que se trata gozan de preferencia con relación a los que ostenta la Entidad recurrente, a pesar de la garantía hipotecaria, y que dieron lugar al procedimiento especial sumario de ejecución al amparo del artículo ciento treinta y uno de la Ley sobre la materia, y formal el otro, por cuanto se alega que la vía procesal empleada por los trabajadores de la Empresa ejecutada C. B., Sociedad Limitada, no es idónea para la finalidad perseguida, ya que debió haberse utilizado el juicio declarativo ordinario de mayor cuantía.

Que los privilegios concedidos por el legislador a los créditos salariales, aplicados por la doctrina jurisprudencial con la amplitud de criterio que es propia de las acuciosas situaciones a que responden (Sentencia de veintisiete de marzo de mil novecientos setenta y uno, que a su vez hace cita de las de dieciséis de enero de mil novecientos sesenta y ocho y veintinueve de mayo de mil novecientos setenta), no sólo vienen proclamados en el Código Civil (artículo mil novecientos veinticuatro, número segundo, D), según modificación introducida por Ley de diecisiete de julio de mil novecientos cincuenta y ocho) y en el Código de Comercio (artículo novecientos trece, primero, C), sino muy especialmente en las disposiciones laborales, tal como resulta de los artículos dieciséis del Código de Trabajo de veintitrés de agosto de mil novecientos veintiséis, cincuenta y cinco de la Ley de Contrato de Trabajo de veintiuno de noviembre de mil novecientos treinta y uno y cincuenta y nueve de su texto refundido de veintiséis de enero de mil novecientos cuarenta y cuatro; pero es en el artículo treinta y dos de la Ley de Relaciones Laborales de ocho de abril de mil novecientos setenta y seis, y sobre todo en el precepto del mismo número del Estatuto de los Trabajadores de diez de marzo de mil novecientos ochenta, donde las garantías del salario se acentúan, ya que éste otorga preferencia de rango al crédito por los últimos treinta días de trabajo y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional, incluso frente a los acreedores hipotecarios y prendarios, sin limitar su proyección a los objetos elaborados por los trabajadores mientras estén en posesión o sean propiedad del deudor ni a los bienes inmuebles a los que precisamente se incorpore su trabajo, como hacía la Ley de Relaciones Laborales.

Que no discutida la realidad e importe de los créditos salariales reconocidos en sentencia firme de la Magistratura de Trabajo número dos de Pamplona, recaída en el procedimiento quinientos noventa y siete de mil novecientos setenta y nueve, y admitido asimismo el dato de que la cantidad total de un millón trescientas sesenta y una mil cuatrocientas setenta y una pesetas corresponde a la última mensualidad de las treinta y cinco obreras de la Empresa C. B., S. L., la controversia gira en torno a la interpretación correcta que ha de darse al citado artículo treinta y dos de la Ley de Relaciones Laborales y las consecuencias que se siguen para la decisión del caso debatido, punto respecto al cual los motivos tercero y cuarto del recurso, íntimamente relacionados, sostienen que la Sala de instancia ha interpretado con desacierto y aplicado indebidamente el precepto en cuestión, pues el trabajo de las asalariadas no se incorporó materialmente a los inmuebles hipotecados, sin que sea válida la acepción lata del verbo «incorporar» utilizada por la resolución combatida («como lugar o inmueble en que se realizan determinadas labores»), por lo que las reclamantes carecen de la preferencia que el Tribunal *a quo* les aplica;

pero la impugnación no puede prosperar por las siguientes razones: Primera. Tal afección de los bienes a los créditos por salarios correspondientes a los últimos treinta días, que opera legal y tácitamente con un gravamen sobre los bienes del empresario, significa que el interés del trabajador para la percepción de esa parte mínima de la retribución que le es debida se antepone a la garantía real que protege a los acreedores por hipoteca o prenda en atención a evidentes argumentos de protección social que toman en cuenta la debilidad del asalariado, la cobertura de cuyas más perentorias necesidades se vería muy dificultada y hasta imposibilitada de no serle concedido ese singular privilegio rotundamente proclamado por el legislador. Segunda. Si la posible retroactividad de la ley no ha de revestir forma expresa necesariamente, «bastando —como dijo esta Sala en Sentencia de veintiséis de marzo de mil novecientos sesenta y nueve— que resulte de su sentido, debiendo tenerse en cuenta la importancia que para la ética y el bien común» reviste la nueva normativa, o en otras palabras, atendiendo a la idea de justicia social, como apuntara la Sentencia de dieciséis de junio de mil novecientos cincuenta y seis, parece procedente afirmar la retroactividad, aunque no lo sea en grado máximo, del artículo que importa del Estatuto de los Trabajadores, esto es, concediendo preferencia a los créditos salariales que como los de autos han sido reconocidos después de la entrada en vigor de la Ley ocho de mil novecientos ochenta, de diez de marzo, frente a hipoteca constituida con anterioridad e incluso ya manifestada mediante ejercicio de la acción real por el procedimiento judicial sumario, pero sin que la primera subasta tuviera lugar hasta el doce de junio de mil novecientos ochenta, es decir, unos tres meses después de la vigencia de aquella reglamentación, pues no cabe desconocer que la nueva norma está penetrada de una mayor motivación social que la precedente y el interés comunitario se vigoriza, como ha resaltado en su Sentencia de veintiocho de enero de mil novecientos ochenta y tres este Tribunal (Sala Especial de Conflictos Jurisdiccionales), que califica de «superprivilegiado» el crédito del trabajador por el salario de los últimos treinta días. Tercera. Aun prescindiendo de lo indicado, y a pesar de que se entendiera que el Organismo jurisdiccional está constreñido por la indeclinable aplicación al caso de la Ley de Relaciones Laborales, es claro que, como con acierto entiende la resolución impugnada, la *ratio legis* de las garantías del salario y el consiguiente privilegio del trabajador no autorizarían al presente una interpretación puramente literal del artículo treinta y dos, párrafo uno, b), de la Ley aludida, sino que el espíritu y finalidad de la protección al obrero, manifestada en la realidad social a que atiende el Estatuto de los Trabajadores, imponen una interpretación correctora y extensiva de la locución «inmuebles a lo que precisamente se incorpore su trabajo», que permite comprender en su ámbito las naves industriales donde el asalariado desarrolla su actividad.

CONTRATOS CIVILES Y ADMINISTRATIVOS.—DISTINCION (SENTENCIA DE 30 DE OCTUBRE DE 1983).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Jaime de Castro García, declara no haber lugar a los recursos de

casación por infracción de ley interpuestos contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valladolid, que confirma la del Juzgado de Primera Instancia número 1 de León, por las partes demandadas y apelantes.

Los hechos son, en síntesis, los siguientes: El Ayuntamiento de León anunció «concurso público para la cesión en venta de terrenos de pertenencia municipal», con inserción de las bases correspondientes, la cuarta de las cuales establece que «la suma total del número de obreros manuales, técnicos y administrativos no podrá ser inferior a los trescientos», y a tenor de la base sexta «el adjudicatario habrá necesariamente de ocupar las dos terceras partes de la superficie de terreno adjudicado con la industria que instale, es decir, con edificaciones e instalaciones permanentes de la propia industria, bien entendido que el incumplimiento de esta condición implicará la facultad del Ayuntamiento para rescindir el contrato», licitación a la que sólo acudió la recurrida T. I. L., S. A. (T.), con la cual celebró el correspondiente contrato la Entidad local, otorgado en veintisiete de julio de mil novecientos sesenta y siete, que provocó inscripción en el Registro de la Propiedad con referencia de todas las bases del negocio y por tanto la concerniente a la condición resolutoria expresa, siendo de destacar que los veinte mil metros cuadrados, superficie total de la parcela enajenada, fueron vendidos a razón de treinta pesetas la unidad, cuando su valor normal en el mercado inmobiliario en dicha fecha ascendía a quinientas pesetas, según informe pericial no contradicho; e incumplidas por la compradora, cuya decreciente marcha económica desembocó en la declaración de quiebra necesaria, las obligaciones asumidas conforme a las bases transcritas, el Ayuntamiento de León, por acuerdo de veintitrés de mayo de mil novecientos setenta y siete, declaró resuelto aquel contrato «de cesión o venta por incumplimiento de las dos condiciones esenciales a que se sujetó», a todo lo cual ha de añadirse que dicho terreno y naves industriales fueron embargados al dos de mayo de mil novecientos setenta y cuatro por la Recaudación de Tributos de León debido a los descubiertos fiscales correspondientes a los Impuestos sobre Sociedades, Licencia Fiscal y Tráfico de Empresas, por un total de dos millones trescientas mil pesetas.

El Tribunal Supremo considera que estimada la demanda en el proceso de tercería de dominio promovido por la Corporación local contra el Estado y la Sindicatura de la quiebra de T., con la declaración de que la finca mencionada es propiedad del Ayuntamiento, sustrayéndola al procedimiento de apremio por débitos a la Hacienda Pública, los recursos de casación interpuestos por los demandados se centran esencialmente en el planteamiento de dos cuestiones: la naturaleza que conviene al contrato de «cesión en venta» otorgado por el Ayuntamiento de León y T., presupuesto para decidir la normativa (civil o administrativa) que ha de regularlo, y la existencia de dominio en favor de la Entidad local recurrida que lo legitima para entablar la acción promovida y coronada por el éxito en ambas instancias.

Que al enfrentarse con el tema de la distinción entre los contratos privados y los administrativos la doctrina científica y la jurisprudencial prescinden del tradicional criterio de las cláusulas exorbitantes o derogatorias del Derecho común para atenerse primordialmente al objeto y finalidad del negocio, de tal suerte que la materia del contrato administrativo versará

sobre un servicio público, entendida la expresión en el más amplio sentido para comprender las actividades de la Administración que tiendan a satisfacer un interés general propio de su competencia, y por consiguiente estará incluido en el concepto todo lo que no sea gestión mercantil o actuación relacionada con el dominio privado, lo que permite concluir que por lo general no estará ante un negocio de dicho carácter siempre que el órgano de la Administración intervenga en el campo específico de su cometido, lata acepción que asimismo se obtiene del artículo cuarto de la Ley de Contratos del Estado, según la modificación de diecisiete de marzo de mil novecientos setenta y tres, cuya regla segunda abarca la actividad típica que el órgano administrativo desarrolla en el ámbito de su concreta competencia funcional; razones por las cuales esta Sala, que ya propugnó «el sentido amplio» en la interpretación de lo que ha de entenderse por servicio público (Sentencia de veintidós de noviembre de mil novecientos sesenta y siete), niega carácter civil al contrato de enajenación de solar para la edificación de viviendas destinadas a satisfacer un interés general (Sentencia de dieciséis de diciembre de mil novecientos setenta) y al celebrado por la Administración y un particular para la elaboración de un proyecto de construcción de un edificio público (Sentencia de once de mayo de mil novecientos ochenta y dos), orientación también seguida por la Sala Cuarta, que atribuyó naturaleza administrativa al contrato por el cual un Ayuntamiento enajenó bienes propios con la obligación de construir en determinado plazo, precisando el tipo y las particularidades del inmueble (Sentencia de dos de marzo de mil novecientos setenta y tres).

Que en atención a lo indicado es irrefutable la índole administrativa del contrato celebrado por el Ayuntamiento de León y T. como informado por el explícito propósito de favorecer el desarrollo industrial y la creación de empleo, lo que en definitiva supone encomiable ejercicio de la actividad administrativa de fomento atribuida a la Corporación y comprendida en el apartado k) del artículo ciento uno de la Ley de Régimen Local, como acertadamente entiende la Sala de instancia, por lo que la parte vendedora hizo correcta utilización de la facultad resolutoria a la vista de lo preceptuado en el artículo sesenta y cinco del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales; pero es claro que la solución no se vería alterada aun en la hipótesis de ser aplicada la normativa de Derecho privado como reguladora del negocio, pues la resolución vendría amparada por los artículos mil doscientos cincuenta y cinco y mil ciento veinticuatro del Código Civil y el Estado no podría acogerse al último párrafo de este precepto como pretendido tercero, cuando la condición resolutoria expresa, de eficacia a todas luces vinculante (Sentencia de veintinueve de mayo de mil novecientos ochenta y dos), figura inscrita en el Registro proclamando la existencia de una titularidad manifiestamente resoluble (artículo treinta y siete, número primero, de la Ley Hipotecaria).

COMPRAVENTA.—ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO.—PRINCIPIO DE PRIORIDAD (SENTENCIA DE 31 DE OCTUBRE DE 1983).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Jaime Santos Briz, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandada y apelada con-

tra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla, que revocó la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Huelva al razonar que el único de los tres requisitos jurisprudenciales exigidos para la prosperabilidad de la acción esgrimida que se discute es el del dominio sobre el bien embargado, para lo que parte del orden de fechas en que respectivamente tuvieron lugar la diligencia de embargo, la expedición del mandamiento y su anotación en el Registro de la Propiedad, la de la escritura de compraventa del piso cuestionado y la de la inscripción de la misma en el dicho Registro, título adquisitivo que estima suficiente para adquirir la propiedad, sin que sus efectos puedan resultar debilitados por un embargo que tuvo su acceso al Registro con posterioridad al otorgamiento de la escritura de venta, aplicando al supuesto controvertido la doctrina vertida en la Sentencia de esta Sala de veintisiete de septiembre de mil novecientos sesenta y siete, corroborada por las de catorce de diciembre de mil novecientos sesenta y ocho y mil novecientos setenta, las que interpretando los artículos cuarenta y tres de la Ley Hipotecaria y mil cuatrocientos cincuenta y tres de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en torno a las consecuencias de la anotación de embargo de bienes inmuebles, predicán que «la obligatoriedad que la Ley establece ha de estimarse relacionada con la producción de efectos jurídicos del embargo, que sólo serán plenos y por tanto alcanzarán a terceros a partir del momento en que se haga la anotación misma o al menos se extienda el correspondiente asiento de presentación del mandamiento expedido, sin que se pueda otorgar a tal anotación una retroacción de efectos que la Ley no establece»; todo ello dejando a salvo el principio de la buena fe, «que en el presente caso no se ha probado haya sido vulnerado».

F. C. L.

IV. FAMILIA

ALIMENTOS PROVISIONALES: *Valor en juicio de una sentencia extranjera; efectividad de la pensión alimenticia en base al CONVENIO DE NUEVA YORK DE 20 JUNIO 1956: TAILLARD C. BARLIER (SENTENCIA DE 5 DE ABRIL DE 1974).*

ANTECEDENTES

I. Fueron declarados *hechos probados* los siguientes:

1) Ambos cónyuges litigantes eran franceses, residentes en Ibiza, habiéndose celebrado el matrimonio en Francia en 1945. De dicho matrimonio nació un hijo en 1951.

2) Por Sentencia de 1959 dictada por el Tribunal de Gran Instancia del Sena se declaró el divorcio de dichos cónyuges, condenando al marido a pagar a la mujer una pensión alimenticia mensual de 80.000 francos antiguos y a su hijo de 40.000 francos antiguos (cuya equivalencia en pesetas era de 15.096 al plantearse la demanda). Dicha sentencia era firme.

3) El marido fue condenado por abandono de familia a la pena de cuatro meses de prisión en Sentencia de 1969, dictada por el Tribunal Correccional de París.

II. La DEMANDA es interpuesta por el ministerio fiscal actuando en nombre de la esposa y de su hijo menor y tratando de conseguir del marido el pago de las pensiones pendientes. Termina con la súplica de que se dicte sentencia condenando al demandado a abonar la suma de 15.096 pesetas mensuales a la actora en concepto de alimentos provisionales, mediante el pago de mensualidades adelantadas, en cuanto a las que vayan venciendo, bajo apercibimiento de proceder a su exacción por los trámites del procedimiento de apremio, con imposición de costas al demandado.

III. El demandado CONTESTO Y SE OPUSO a la demanda arguyendo que el hijo era mayor de edad, que su padre subviene a sus necesidades y estudios y que la pensión no le era indispensable a la esposa para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica.

IV. El Juzgado de Primera Instancia dicta Sentencia de 25 de enero de 1973, por la que estima totalmente la demanda interpuesta por el Fiscal de la Audiencia Territorial en la representación dicha.

V. La Audiencia estima el recurso de apelación del demandado y, sin entrar en el fondo del asunto, absolvió al demandado.

VI. Por el MINISTERIO FISCAL, en la representación dicha, se interpuso recurso de casación por infracción de ley con apoyo en el siguiente motivo:

UNICO: Basado en el artículo 1.692, 3.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el artículo 359 de la misma Ley, por no ser congruente la resolución recurrida con la demanda promovida por el ministerio fiscal.—El fallo de la Audiencia está en abierta contradicción con los artículos 5.º y 6.º del CONVENIO de 20 de junio de 1956, ratificado por España en 1966 —por tanto, con valor de ley—, por los que el Estado español, como institución intermediaria, no se vincula a seguir necesariamente el procedimiento que se deduzca de la petición del solicitante, sino que se le faculta para utilizar el que considere más adecuado para la obtención del pago de los alimentos, bien sea transacción, *exequatur* o procedimiento judicial.—En el presente caso el cauce utilizado ha sido el de reclamación de alimentos provisionales a favor de la interesada, y habiéndose seguido uno de los procedimientos autorizados por el Convenio, la Sala debió resolver necesariamente sobre el fondo del asunto.

VII. El TRIBUNAL SUPREMO, en sentencia de la que fue ponente don Federico Rodríguez-Solano y Espín, estableció (CDO. único) (1): Que conforme a lo dispuesto en los artículos 5.º y 6.º del Convenio de Nueva York de 20 de junio de 1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero, al que se adhirió España por Instrumento de 6 de octubre de 1966, la institución intermediaria a que se refiere el párrafo 3 del artículo 3.º de dicho Convenio, es decir, en este caso concreto el Ministerio de Justicia, según el Anuncio de 2 de noviembre de 1971, representado por el ministerio fiscal, conforme a lo establecido en el artículo 35 de la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967 y disposiciones complementarias, está autorizada,

(1) Dejo la redacción literal de la sentencia, con o sin comas, tal como me fue entregada. Subrayados míos (J. C. G.).

dentro de las *facultades* que le haya conferido el demandante, *al objeto* de lograr la efectividad de la pensión alimenticia, señalada por un Tribunal competente de cualquiera de los países contratantes, *para adoptar las medidas que a tal fin estime apropiadas*, acudiendo inclusive a la transacción, al *exequatur* (2), al registro o a una nueva acción basada en la decisión transmitida, y como en el presente caso la alimentista consignó a su favor la declaración que se pretende hacer valer en el proceso de que estas actuaciones dimanen, por Sentencia de 23 de noviembre de 1959, dictada por la Sala Tercera del Tribunal de Gran Instancia del Sena y con fecha 15 de julio de 1971, otorgó poder en favor de la institución intermediaria española, de ahí que el ministerio fiscal estuviese legitimado para acudir al procedimiento que estimó pertinente a tal fin, dentro de los establecidos en los procedimientos antes mencionados, y que el Tribunal a quo (3) no podía soslayar la decisión del fondo del pleito con base en excepciones no aducidas por los contendientes sin contravenir lo dispuesto en el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil e incurrir en el vicio de incongruencia, conforme a la doctrina mantenida, entre otras muchas, por las Sentencias de esta Sala de 28 de noviembre de 1967 y 3 de febrero y 16 de marzo de 1973, por lo cual, y al ser esa la solución adoptada en el acuerdo judicial impugnado, debe prosperar el único motivo del presente recurso, en el que se pone de relieve la existencia de tal defecto procesal.

FALLO: Ha lugar.

SEGUNDA SENTENCIA: Por las razones expuestas en dicha sentencia y en la dictada por el Juzgado de Primera Instancia, cuyos considerandos se aceptan, debe confirmarse ésta en su totalidad, sin hacer expresa condena en las costas de la apelación por no apreciarse temeridad a tal fin por parte de ninguno de los litigantes. FALLO: Debemos confirmar y confirmamos la sentencia dictada por el Juez de Primera Instancia.

ALIMENTOS PROVISIONALES: Convivencia en el domicilio conyugal, separación de hecho unilateral: Mengibar C. Carrera (SENTENCIA DE 17 DE ABRIL DE 1974).

ANTECEDENTES

I. Fueron declarados hechos probados en este pleito:

1) La demandante (setenta y dos años) había contraído matrimonio con el demandado (setenta y nueve años) en 1919 sin otorgar capitulaciones matrimoniales, rigiéndose el matrimonio por las normas de la sociedad de gananciales. El matrimonio había vivido en paz durante más de cincuenta años.

2) En 1971 la demandante se vio afectada por una enfermedad oncológica que obligó a su traslado a la ciudad sanitaria, recibiendo el tratamiento correspondiente, que era de carácter continuado y que exigía no sólo cuantiosos gastos, sino un adecuado régimen dietético.

(2) Así subrayado en la propia sentencia.

(3) Así subrayado en la sentencia.

3) La demandante había pasado a vivir con una hija, en el domicilio conyugal de ésta, al parecer porque el que fue domicilio conyugal del matrimonio no tenía calefacción y no contaba con servicio doméstico estable.

Los puntos de *divergencia* entre las partes eran:

1.º *El pago de las facturas del hospital*: Según la *esposa*, el marido se había negado a abonarlas, teniendo que ser satisfechas por su hija; según el *marido* no se negó al pago, sino que «observó existían algunos conceptos de los que deseaba informarse, y por ello circunstancialmente no abonó estos recibos, si bien asumía todas las responsabilidades económicas que se derivasen de la permanencia de su esposa en dicha clínica, sin que en ningún momento autorizase a tercera persona a efectuar los pagos».

2.º *Los cuidados extraordinarios que precisaba la esposa y que no podía obtener en el domicilio conyugal* (tesis de la demandante): Para el *demandado* la esposa no necesitaba que en ningún momento los hijos le facilitasen auxilios económicos, reconociendo y reiterando que asume la obligación de atender a todos los gastos que precise su mujer.

3.º *Alimentos*: Para la *actora* era necesario que su esposo le abonase como mínimo una media mensual de 85.000 pesetas dado el carácter especial de su situación y necesidades dietéticas; el *demandado*, que estaba dispuesto a gastar la totalidad de sus bienes si fuera necesario si la enfermedad de su mujer lo exigía, «no se prestaba a que los hijos o alguno de ellos presente a su madre como pantalla para satisfacer su curiosidad o aspiración no sólo a *conocer* los bienes de la sociedad conyugal, sino también a *tratar de administrarlos*» (4), por lo que se negaba a una *división de la administración* de los bienes de la sociedad conyugal dentro del hogar, asignándose una parte de los frutos de éstos a la esposa *cuando no existe separación del matrimonio*, y porque *no procedía* fijar alimentos a la esposa *dentro de la convivencia* del hogar conyugal.

La *demanda* termina con la súplica de que se dicte sentencia por la cual se condene al *demandado* a satisfacer a su esposa la pensión alimenticia de 85.000 pesetas mensuales o la que el juzgador estime proporcionada al caudal o medios del *demandado* y las necesidades de la *demandante*, todo ello con condena en costas.

II. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia el 22 de junio de 1972 declarando no haber lugar a la demanda y absolviendo de ésta al *demandado*, sin condena en costas.

III. La Audiencia dicta sentencia el 24 de febrero de 1973 por la que, revocando la apelada y estimando *en parte* la demanda, condenó al *demandado* a satisfacer a su esposa la *actora* la pensión alimenticia de 35.000 pesetas mensuales, que abonará por mensualidades anticipadas, sin imposición de costas.

La Audiencia tuvo en cuenta *los hechos* probados, en especial «que la demandante es persona anciana afectada de grave enfermedad oncológica; que le había sido practicada una operación quirúrgica; que en el domicilio conyugal, que actualmente lo es del *demandado*, se carece de calefacción y no cuenta con el servicio doméstico estable y permanente; que, según in-

(4) Así en la *Contestación* a la demanda subrayados míos (J. C. G.).

forme médico, el estado de dicha señora obliga a una vigilancia y precisa cuidados especiales para prevenir posibles mareos o pérdida de consciencia; que el marido no puede cuidarla y mejor la cuidaría su hija, por lo que el cambio de domicilio no era arbitrario, sino impuesto» (5). Entre la *fundamentación* del fallo de la Audiencia se parte de estos hechos precedentes (CDO. 2.º) (6) y se dice que «se comprende la decisión de la actora de trasladarse al domicilio de su hija dejando el conyugal, en el que sigue su marido, y que no es caprichoso o simplemente voluntario el cambio de domicilio, sino impuesto o al menos aconsejado por las circunstancias especiales de la accionante» (CDO. 3.º) (7).

IV. El demandado interpuso *recurso de casación por infracción de ley* al amparo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, número 1.º, en base a los siguientes *motivos*:

1.º Infracción, por violación, de los artículos 56 y 58 del Código Civil y de la doctrina legal contenida en las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1959, de 20 de febrero de 1960 y de 18 de febrero de 1961: Porque la comunidad de vida matrimonial establecida en tales preceptos —y doctrina legal que los desarrolla— es sin distinciones ni limitación alguna, reputándose inmoral y contrario al orden público, por ser derecho necesario, todo acto que contrarie este principio; porque toda situación de *mero hecho* que vulnere el supremo principio de la vida en común es nulo *per se*.

2.º Infracción, por violación, del artículo 143, 1.º, del Código Civil y doctrina legal que lo interpreta (Sentencias de 5 de febrero de 1912, de 27 de abril de 1913, de 17 de noviembre de 1916, de 17 de marzo de 1960, de 11 de abril de 1946, de 10 de diciembre de 1959, de 28 de febrero de 1969 y de 23 de octubre de 1972): Porque la obligación recíproca de darse alimento entre los cónyuges está relacionada con el artículo 56 del Código Civil, determinando el Código los casos en que *no existiendo la convivencia* deben señalarse alimentos (arts. 68, 5.º, 73 y 1.434 del Código Civil y 1.890 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), y fuera de estos casos *carece* de derecho y acción al percibo de alimentos la mujer *que vive de hecho y por su voluntad* separada del marido, fuera del hogar conyugal, *sin haber pedido el depósito ni solicitado la intervención judicial*, salvo que exista un justificado *motivo moral o legal* que haga imposible la convivencia.

3.º Infracción, por violación, del artículo 149 del Código Civil y doctrina legal que lo interpreta (Sentencias de 5 de julio de 1901 y de 31 de enero y 9 de junio de 1902), porque el fallo recurrido resuelve *que no es susceptible de ejercitarse en este caso la opción del artículo 149 del Código Civil*: Dado que *ninguno de los hechos resaltados constituyen* un estorbo moral o legal para el acreedor al derecho alimentario que haga imposible la convivencia. El estorbo *que haga imposible el derecho de opción al artículo 149 del Código Civil ha de imposibilitar la convivencia*, circunstancias estas que evidentemente *no concurren* en el caso debatido. Los hechos en que se basa la sentencia recurrida son circunstancias perfectamente *remediables* dentro de la convivencia en el hogar. No es lícito ni moral ni justo que con tales pretextos se abandone el hogar por decisión *unilateral*.

(5) Se toman estos datos del *motivo 3.º* del recurso de casación.

(6) Se extrae del *motivo 1.º* del recurso de casación.

(7) Se extrae del *motivo 1.º* del recurso de casación.

V. El Tribunal Supremo dicta la sentencia que sigue (8):

VISTO siendo ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño:

1.º Considerando que *el derecho de alimentos*, que con carácter *recíproco* para los cónyuges se establece en el artículo 143 del Código Civil, *constituye a su vez uno de los deberes que como efectos comunes del matrimonio se señalan en el artículo 56* del mismo cuando se dice que «los cónyuges están obligados a socorrerse mutuamente», *término este último que fue interpretado* por la doctrina tanto científica como jurisprudencial *en un sentido amplio*, comprensivo no sólo de lo que materialmente pueda entenderse como alimentación, sino también de toda clase de ayudas y cuidados de orden ético y afectivo que puedan contribuir al desarrollo de la comunidad de vida que tiene por finalidad el matrimonio; *que se complementa con los otros dos deberes* que se indican en el mismo artículo 56, es decir, *la fidelidad* y sobre todo *la convivencia*, puesto que no se trata de una prestación aislada de carácter patrimonial exigible como si se tratase de un simple derecho de crédito al margen de la vida en común, sino de uno de los medios de formación y complemento de la estructura de la relación conyugal; *convivencia que habrá de ser en el domicilio* que justo por ello se denomina también *conyugal*, y que por imperativo del mandato legal contenido en el artículo 58, igualmente de nuestro primer Código sustantivo, *será el designado por el marido*, al que la mujer tiene obligación de seguir, *todo lo cual es incompatible con la posibilidad de reclamación del derecho que es objeto de examen por parte del cónyuge que voluntaria y unilateralmente deja el mencionado domicilio provocando una separación de hecho*, porque significaría tanto como permitir la ruptura de la unidad orgánica del matrimonio, incumpliendo uno de sus deberes, a quien individualmente pretende en cambio la exigencia de uno de sus derechos, y por otra parte hace que normalmente sea inaplicable la facultad de opción que para otros supuestos se concede en el artículo 149 en favor del obligado a la prestación.

2.º Considerando que *esta normativa general ha sido confirmada por este Tribunal Supremo* en numerosas resoluciones, entre otras en las Sentencias de 5 de diciembre de 1912, 27 de abril de 1913, 15 de noviembre de 1916, 11 de abril de 1946, 10 de diciembre de 1959 y 9 y 11 de mayo de 1971; *y solamente puede hacer excepción cuando existe una situación de separación legal de los cónyuges, que precisamente lleva consigo la cesación del deber de vida en común*, en cuyo caso es la autoridad judicial la que determina y fija la prestación y cuantía de los alimentos; o cuando *los esposos, de común acuerdo, convienen en una separación de hecho*, siendo entonces ellos quienes llevarán a cabo aquellas determinación y fijación de la cuantía; *y finalmente, cuando medie un estorbo moral o legal que haga imposible la convivencia conyugal, supuesto este que, de no haber coincidencia de parecer entre los cónyuges, tendrá que ser determinado por la autoridad judicial, y que fue admitido igualmente por la doctrina jurisprudencial, especialmente recogida en las Sentencias de esta Sala de 5 de julio de 1901 y 31 de enero y 9 de junio de 1902.*

3.º Considerando que *en el presente caso, en que se contempla un ma-*

(8) Dejo los Considerandos en la propia redacción literal del texto de la sentencia.

rimonio celebrado en el año 1919, sin que a lo largo de tan dilatado espacio de tiempo conste que existiesen desavenencias ni rupturas conyugales, no habiendo separación ni legal ni siquiera convencional o de hecho de común acuerdo, tampoco puede afirmarse que se esté en presencia de un obstáculo o estorbo que impida la convivencia que pudiese justificar la pretensión alimentaria fuera del domicilio conyugal como pretende la esposa, pues en lo único en que apoya su solicitud es en que había sufrido una enfermedad oncológica, como consecuencia de la cual sufrió una operación quirúrgica que requería especiales cuidados habida cuenta su edad al abandonar la clínica, que podía obtener mejor y más apropiadamente en el domicilio de una de sus hijas que no en el conyugal, que carecía de calefacción central, y donde su marido, de setenta y nueve años, estaba asistido solamente por una servidora eventual, datos sin duda subsanables y que sobre todo no son bastantes para amparar legalmente la situación de separación y prestación de alimentos por el marido; y al entenderlo de otro modo la sentencia recurrida es indudable que infringe los artículos 56, 58, 143 y 149, todos ellos del Código Civil, a la manera como se denuncia en los tres motivos del recurso formulados al amparo del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que en su virtud deben ser estimados y, consiguientemente, el recurso en su totalidad, casando y anulando la sentencia recurrida, sin que existan méritos que permitan hacer una declaración especial en cuanto a las costas causadas con el recurso.

Fallamos que debemos declarar y declaramos *haber lugar* al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la representación de don M. C. A. contra la sentencia dictada con fecha 24 de febrero de 1973 por la Sala Tercera de lo Civil de la Audiencia Territorial de M., la cual casamos y anulamos sin hacer especial imposición de costas, y líbrese a dicha Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación que remitió.

SEGUNDA SENTENCIA:

Siendo ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño.

Por los fundamentos de hecho y de derecho de la sentencia de casación que precede y

Considerando que por sus propios fundamentos, tanto fácticos como jurídicos, *debe confirmarse en todos sus términos la sentencia dictada en primer grado* por el Juzgado de Primera Instancia número 16 de los de M. de 22 de julio de 1972, sin hacer declaración especial en cuanto a las costas causadas en ninguna de las instancias.

Fallamos que debemos confirmar y confirmamos en todas sus partes la sentencia dictada con fecha 22 de julio de 1972 por el Juzgado de Primera Instancia número 16 de los de M., sin hacer especial imposición de costas en ninguna de las instancias; y para que tenga cumplimiento lo resuelto en la presente sentencia, insértese la misma en la certificación mandada librar.

J. C. G.

NOTA.—Brevemente cabe decir que la singularidad de este supuesto de hecho es la derivada de la avanzada edad de los litigantes y lo peculiar del domicilio conyugal, motivadores quizá de la decisión de la Audiencia probablemente *moral* y justa, pero de *legalidad* discutible. De ahí que el Tribunal Supremo acoja la tesis del recurso y case la sentencia recurrida, pero con la duda de si sentará «doctrina legal» este fallo para futuros litigios en casos de cierta similitud con el presente, lo que creo poco probable.

Sobre el tema véanse las recientes obras de VALPUERTA: *Los pactos conyugales de separación de*

V. SUCESIONES

PARTICION.—NULIDAD PARCIAL.—PRINCIPIO DEL «FAVOR PARTITIONIS» (SENTENCIA DE 21 DE FEBRERO DE 1984).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Carlos de la Vega Benayas, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el demandado y apelante contra la sentencia de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, confirmando la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Colmenar Viejo conforme a los siguientes hechos y fundamentos de derecho:

Que por su propia elocuencia se hace preciso y conveniente reseñar los siguientes hechos acreditados: *a)* el matrimonio formado por don P. M. M. y doña M. G. M. eran dueños (por lo que al caso interesa), el marido de un corral adquirido por donación, y ambos de un inmueble o casa comprada pendiente el vínculo conyugal; *b)* al morir doña M. lega a su sobrina R. G. (hoy recurrente con su marido) «la nuda propiedad de la casa» (así, sin discriminar su alcance) y designa heredero universal en usufructo vitalicio a su marido P.; *c)* don P., su sobrina R. y otros legatarios suscriben el día seis de julio de mil novecientos cincuenta y nueve un documento privado de inventario, división y adjudicación de bienes de la herencia de M., en el que, según se declara probado en la sentencia de instancia, se disolvía la sociedad de gananciales P.-M., se adjudicaba la mitad indivisa de la casa a R. en virtud del legado de su tía M., la otra mitad al cónyuge superviviente don P. (como heredero) y no se adjudicaban ni se comprendía el corral o corrales por ser bien privativo de dicho don P.; *e)* poseedora R. del documento, tras pasar por la Oficina liquidadora del impuesto, se operan en el citado cuaderno particional diversas variaciones, tales como la de sustituir, en el espacio correspondiente al número de finca (la casa en cuestión) inventariada, la descripción pertinente por la de una cláusula expresiva de la venta que don Pedro hacía a doña R. de la parte de la casa que le correspondía y corrales en litigio; *e)* variante que originó un sumario penal en el que pericialmente se determinó haber sido objeto de manipulación el documento y puesta esa cláusula en letra de máquina y tiempo posterior, sumario que terminó sobreescribiendo por no haberse determinado la autoría de la falsedad; *f)* ocupada la casa por R., quien se atribuía la totalidad de la misma, fue vendida por ésta —con el corral— a sus suegros con pacto de retroventa (en escritura inmatriculada al amparo del artículo doscientos cinco de la Ley Hipotecaria), y luego, ejercitado el derecho de retracto, inscritos casa y corral a nombre de R. y su esposo en mil novecientos setenta y tres; *g)* fallecido don P. M. el veinticuatro de agosto de mil novecientos setenta, advino su heredera testamentaria universal su hermana doña M. M. M. (instituida así en testamento de don P. en nueve de junio de mil novecientos cincuenta y nueve), la cual reclamó sus derechos a R. y a su esposo mediante dos papeletas y actos de conciliación en febrero y julio de mil novecientos setenta y seis y después con la demanda

origen de este recurso, solicitando la nulidad del documento privado en cuanto a la venta descrita y manipulada (la mitad de la casa y corral), así como de las dos escrituras de venta y retroventa y de sus inscripciones registrales, amén de declararse a la actora propietaria del corral y de la mitad de la casa, pretensiones todas que fueron estimadas en ambas instancias, con el detalle que luego se especificará al estudiar los motivos del recurso.

Que en el primer motivo del recurso se alega la inaplicación del artículo mil sesenta y ocho del Código Civil por entender los recurrentes que, declarada nula la partición (documento del seis de julio de mil novecientos cincuenta y nueve) en la sentencia impugnada, carece de titularidad dominical la heredera del cónyuge don P. en cuanto no existe por tanto adjudicación alguna al mismo en virtud de su nulidad y ser la partición la que confiere la propiedad exclusiva (artículo mil sesenta y ocho del Código Civil).

Que no es tal, sin embargo, la situación jurídica creada por la resolución que se impugna, ya que en realidad el fallo al que se alude no acuerda ni decreta la nulidad total del convenio de partición, sino únicamente aquellos extremos que directa o indirectamente se refieren al contenido de la cláusula manipulada y sustituida por la venta que la sentencia declara nula por simulación absoluta, lo cual significa la conservación del resto y sus pertinentes adjudicaciones y, naturalmente, la permanencia en el haber patrimonial del heredero universal don P. de su porción indivisa en la casa —como ganancial— y del corral o corrales (privativos), con lo que se quiere decir que la titularidad de la ahora heredera de don P. no aparece eliminada ni desvirtuada, sino patente y probada mediante el testamento de su hermano y la partición, por éste y su sobrina suscrita, en cuanto al resto válido y eficaz, de acuerdo ello con la ya reiterada doctrina de esta Sala (Sentencias de once de noviembre de mil novecientos cincuenta y cinco, veintisiete de mayo de mil novecientos cincuenta y ocho, siete de junio de mil novecientos sesenta y veinticuatro de noviembre de mil novecientos ochenta y tres) de la posibilidad y compatibilidad en un mismo acto o negocio jurídico de pactos válidos y pactos nulos, sin que la nulidad parcial trascienda por fuerza a la totalidad del negocio según la naturaleza del mismo y la buena fe; lo cual, en definitiva, lleva a la desestimación del motivo, con la consecuencia de estar forzosamente a los hechos probados y conclusión de la sentencia recurrida tocante a la legitimación para reivindicar de la actora heredera en cuanto titular de los bienes por herencia, ya que ni en este motivo ni en los restantes se destruye aquella fijación de hechos y conclusión jurídica operadas al amparo del artículo trescientos cuarenta y ocho del Código Civil, del cual no se acusa la infracción ni se contradice el que los tan repetidos bienes pertenecieran a la herencia o patrimonio del testador don P. transmitidos a la actora hoy recurrida.

F. C. L.

2. JURISPRUDENCIA FISCAL

Por CARLOS MARÍN ALBORNOZ

RECLAMACIONES ECONOMICO-ADMINISTRATIVAS. — REQUERIMIENTOS. — DEBEN PONERSE EN CONOCIMIENTO DEL INTERESADO LOS DEFECTOS DE QUE ADOLEZCA SU ACTUACION A FIN DE EVITAR LA POSIBLE INDEFENSION DEL MISMO (SENTENCIA DE 24 DE ABRIL DE 1983).

Hechos.—Interpuesta reclamación sobre cierta liquidación se tiene aquella por no presentada, toda vez que el escrito de interposición del recurso no había sido debidamente reintegrado, sin que el defecto se subsanase dentro de plazo.

Contra resolución del Tribunal Económico-Administrativo Provincial, por la que se declara tener por no presentada la reclamación por haber transcurrido el plazo concedido para la subsanación de defectos en el requerimiento efectuado, se interpone recurso por estimarse nulo el acuerdo del Tribunal Provincial y, en consecuencia, debe reponerse las actuaciones a la situación en que se encontraban con anterioridad a dicho trámite. La Sala Jurisdiccional de la Audiencia Territorial de Madrid lo estima, y apelando el Abogado del Estado ante el Tribunal Supremo se mantiene el mismo criterio en base a la siguiente:

Doctrina de la sentencia.—Considerando que la parte apelante estima no ser causante de anulación del expediente administrativo la omisión de un requisito exigido por el Reglamento de Reclamaciones Económico-Administrativas de 26 de noviembre de 1959, pero contra esta alegación ha de prevalecer el criterio sustentado en la sentencia apelada, ya que el artículo 55, 2, del citado Reglamento exige expresamente para la admisión de los escritos con que se inicien las reclamaciones que vayan reintegrados con el timbre correspondiente, cuya omisión impide darles el curso correspondiente, debiendo el Tribunal requerir al interesado para subsanar la falta en el plazo de diez días, por lo que al no expresar la notificación o requerimiento efectuado el 13 de julio de 1977 la cantidad precisa que debe ser reintegrada incide en vicio de anulabilidad conforme al artículo 48 de la Ley de Procedimiento, que evite posible indefensión del interesado, ya que el artículo 5.º del citado Reglamento Económico-Administrativo ordena se ponga en conocimiento del interesado el defecto de que adolezca su actuación, reiterando la misma norma del artículo 54 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, norma que conforme a la interpretación finalista ordenada por el artículo 3.º, 1, del Código Civil lleva implícito que se co-

munique el defecto cuya omisión se reclama, razones que obligan a desestimar la apelación sin declaración alguna sobre las costas.

PRESTAMOS. — PRESTAMO CON GARANTIA CONSISTENTE EN LAS PRIMAS A LA CONSTRUCCION AUTORIZADA DE UN BUQUE QUE LE RESTAN POR PERCIBIR Y EL CREDITO QUE LE CORRESPONDE UNA VEZ TERMINADA LA CONSTRUCCION POR RAZON DE LA DESGRAVACION FISCAL. — NO PROCEDE APLICAR EL IMPUESTO POR TRANSMISIONES PATRIMONIALES, CONCEPTO «DERECHOS REALES», AL NO TRATARSE DE UNA PRENDA (SENTENCIA DE 1 DE JUNIO DE 1983).

Hechos.—La cuestión estriba en determinar si el préstamo enunciado está sujeto al Impuesto de Transmisiones por el concepto de prenda como estima la Administración, o si, por el contrario, debe estimarse no sujeto a dicho impuesto al haber sido objeto de tributación por el Impuesto sobre Tráfico de Empresas.

El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado excelentísimo señor don Diego Espín Cánovas, se muestra partidario del segundo criterio en base a la siguiente:

Doctrina de la sentencia.—Considerando que la apelante impugna la liquidación girada en concepto de transmisiones patrimoniales por consecuencia de la escritura otorgada por ella el 30 de octubre de 1975 constituyendo una garantía en favor de los Bancos que le habían concedido un préstamo, consistiendo dicha garantía en las primas a la construcción autorizada de un buque que le restan por percibir y el crédito que le corresponde, una vez terminada la construcción del buque por desgravación fiscal, alegando que no se trata de la constitución de una prenda, sino de un afianzamiento del préstamo otorgado anteriormente por Entidades bancarias, ya que fue objeto de tributación en el Impuesto sobre Tráfico de las Empresas, por lo que no cabe sujeción de la escritura actual a tributación en virtud de la prohibición del artículo 4.º, 2, del texto regulador del Impuesto de Tráfico de Empresas de 29 de diciembre de 1966, tesis que la Administración rechaza estimando que se trata de la constitución de una prenda conforme a lo dispuesto en el artículo 62, I, del texto de transmisiones patrimoniales al disponer la sujeción a dicho impuesto de los contratos de prenda.

Considerando que la litis exige la calificación jurídica del referido contrato de garantía, ya que con independencia de la denominación que las partes puedan dar a un contrato, éste deberá calificarse según su verdadera naturaleza jurídica, como expresamente previene el artículo 7.º, I, del citado texto regulador del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, por lo que, pese a la denominación de prenda que reiteradamente se da al contrato en cuestión en la citada escritura notarial, su naturaleza depende de las estipulaciones que contiene, siendo las principales a este respecto: a) que por razón de la construcción de un buque la recurrente ha de percibir «el importe de los plazos segundo, cuarto y quinto de las primas a la construcción naval, equivalentes a 42.842.000 pesetas», conforme a expediente ya iniciado en la Subsecretaría de la Marina Mercante conforme a Orden

del Ministerio de Industria de 29 de julio de 1970; b) que igualmente a la recurrente, por razón de desgravaciones fiscales, le corresponde, una vez terminada la construcción del buque, un «crédito por la suma de 113.832.000 pesetas, importe del 12 por 100 del valor del buque»; c) que la recurrente adeuda determinadas cantidades a las Entidades bancarias relacionadas por préstamos concedidos en operaciones normales de su tráfico, y para garantizarlos convienen la pignoración de los créditos de la recurrente antes reseñados por vía de superposición de garantía; d) la recurrente «da en prenda» a las Entidades bancarias los créditos que le corresponden antes reseñados para garantizar el cobro de los préstamos que le han concedido, quedando autorizadas para percibir tales créditos únicamente los citados Bancos mientras no se satisfagan los préstamos debidos.

Considerando que aunque en la escritura examinada se denomina «prenda» la garantía constituida sobre los créditos que tiene la Empresa constructora del buque por primas a su construcción y desgravación fiscal, es lo cierto que ni se constituye a los acreedores pignoraticios en ninguna clase de posesión ficticia ni se hace entrega de resguardo o documento alguno representativo de una prenda de derechos, por lo que la calificación jurídica como garantía pignoraticia no encuentra base legal en relación con los requisitos exigidos en el Código Civil para la constitución de la garantía pignoraticia, tales como el desplazamiento posesorio (arts. 1.863 y 1.864), siendo realmente esta garantía constitutiva de una cesión de crédito *pro solvendo*, en la que se facilita la exigibilidad y cobro del crédito cedido mediante la consignación en escritura pública de tal cesión y del derecho que corresponde únicamente a los cesionarios de hacer efectivo su cobro, no siendo aplicable, en consecuencia, la norma del artículo 62, I, del Texto Refundido citado respecto a la prenda como operación sujeta al Impuesto de Transmisiones, criterio interpretativo que se corrobora con la inadecuación de la garantía constituida con la naturaleza de derecho real que en definitiva sería exigible para apreciar la existencia de hecho imponible a tenor del artículo 54, número 2, del mismo texto legal, que se refiere a la constitución de «toda clase de derechos reales», pues en base al crédito de la Empresa constructora frente al Estado por primas a la construcción y desgravación no puede constituirse un derecho de naturaleza real, no existiendo base legal para asignarle tal naturaleza.

Considerando que por las razones expuestas procede la estimación del recurso, sin declaración sobre las costas.

AMPLIACION DEL CAPITAL.—CONVERSION DE OBLIGACIONES EN ACCIONES.—TRIBUTACION POR LOS CONCEPTOS DE AUMENTO DE CAPITAL Y EXTINCION DEL PRESTAMO (SENTENCIA DE 7 DE JUNIO DE 1983).

Hechos.—La cuestión planteada gira en torno al contenido jurídico y económico de la conversión de obligaciones en acciones y su trascendencia fiscal en relación con el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales; consistiendo en determinar si la conversión de obligaciones en acciones debe tributar sólo por el concepto de ampliación de capital o también por el de extinción de préstamo.

El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado excelentísimo señor don Manuel Pérez Tejedor, se muestra partidario del segundo criterio en base a la siguiente:

Doctrina de la sentencia.—Considerando que plantea la apelante la cuestión sobre el contenido jurídico y económico de la conversión de obligaciones en acciones y su transcendencia fiscal en relación con el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, alegando que dicho negocio jurídico no debe tributar más que por un solo concepto, que es el de ampliación de capital, puesto que la Sociedad emisora de obligaciones queda liberada del deber de restituir el préstamo a los obligacionistas que han optado por la conversión, lo que determina en los aspectos jurídico y económico la extinción del préstamo sin restitución a los prestamistas; pero frente a esa pretensión se advierte que antes de convenirse la conversión existía con efectividad un contrato de préstamo y éste se extingue como consecuencia de lo convenido al formalizarse la conversión, e independientemente de ello se procede a un aumento de capital en la Sociedad emisora de las acciones, y aunque el haber líquido de la Sociedad pueda seguir siendo el mismo después de la operación que el contabilizado antes de realizarse, las contraprestaciones reflejadas en el pasivo serán distintas en la misma medida que son distintos los derechos del obligacionista y los del socio; llevando todo ello a estimar que si, conforme reconoce la apelante, la extinción del préstamo es un hecho imponible sujeto al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, la liquidación impugnada es procedente.

Considerando que las alegaciones de la apelante, apoyadas sustancialmente en la nomenclatura del impuesto, en cuanto estima que si no hay transmisión de bienes no se devenga el gravamen, han de relacionarse con el contenido de la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963 y declarar, conforme se establece en su artículo 28, que la obligación tributaria deriva del hecho imponible fijado por la Ley para configurar cada tributo, y como en este caso no es siquiera objeto de debate la procedente sujeción al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales de las extinciones de préstamos y tampoco puede ser negado que el contrato de préstamo representado por las obligaciones emitidas se extinguió al convertirse éstas en acciones, la obligación tributaria resulta ineludible por mandato legal y en aplicación de lo prevenido en el artículo 79 del Texto Refundido de la Ley, aprobado por Decreto de 6 de abril de 1967, conforme al cuál cuando un mismo documento o contrato comprenda varias convenciones sujetas al impuesto separadamente en la tarifa se exigirá el impuesto señalado a cada una de aquéllas, salvo en los casos en que se determine expresamente otra cosa.

Considerando que el artículo 20, número 5, del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales de 15 de enero de 1959, en cuanto dispone que la conversión de obligaciones en acciones tributará por los conceptos de amortización de las primeras y por aumento de capital, no contiene contradicción alguna con los números 3 y 4 del artículo 54 de la citada Ley reguladora del impuesto, y, por el contrario, la vigencia del referido texto reglamentario se ampara en tales preceptos y en lo que dispone la disposición transitoria 6.ª del texto legal.

Considerando que las referidas consideraciones llevan a desestimar las pretensiones de la apelación y a confirmar la sentencia apelada.

LIBROS

CASANOVAS MUSSONS, Anna: *La relación obligatoria de fianza*. Bosch Casa Editorial, S. A. Barcelona, 1984, 238 págs.

El presente libro constituye la tesis doctoral de la profesora CASANOVAS, convenientemente adaptada para su publicación, que se inscribe en una corriente tradicional ampliamente acreditada de investigación catalana, de la cual recibe estos caracteres:

1. Intenta sumarse a una serie de contribuciones a la construcción de una teoría general de Derecho de obligaciones y contratos, si bien a través de la fianza van a ponerse en duda determinadas ideas adquiridas sobre la parte general de dicho sector temático, por ejemplo, sobre identificación de la prestación, teoría de la causa y otras.

Esta original tendencia de investigación sintoniza de lleno con aportaciones del profesor LACRUZ BERDEJO y su escuela a la doctrina civilística que germina así en otros ámbitos, no tan directamente influenciados por ella, pero con el resultado de un complejo, recíproco y provechoso enriquecimiento doctrinal que desde perspectivas multicolores de una misma categoría jurídica se condensan en un entramado de común inspiración.

2. Domina con soltura los autores clásicos, que trae a colación en defensa de las distintas tesis apuntadas sobre la fianza, no exponiéndolos en la trabazón artificial de unas etapas o fases de desenvolvimiento, sino integrándolos textualmente en la redacción propia hasta generar una creación doctrinal, de profundización temática por la vía romanística del Derecho, siempre actual, de utilidad insospechable, mas hoy lamentablemente desperdiciada por un prurito de erudición y coleccionismo de citas que forman decoración pero no construyen el contenido de la categoría, como ocurre felizmente en el libro comentado.

No se busque, por tanto, en el libro recensionado una obra de vulgarización, puramente descriptiva, en torno a la problemática total de la fianza, de corte práctico, comprensiva del Código Civil y su interpretación jurisprudencial. Hay que buscar un serio trabajo de investigación que sienta las líneas básicas de un diseño estructural en punto a la naturaleza jurídica fideiusoria que sirve de arranque a ulteriores desarrollos y sobre todo que completa la panorámica del Derecho general de obligaciones y contratos, descubriendo especiales estratos en su seno.

Esta naturaleza jurídica se disecciona en dos vertientes o aspectos que constituyen las dos partes en que el libro se divide:

1. Por un lado la prestación del fiador. De su configuración dependen todas las claves para determinar la naturaleza jurídica de la obligación fideiusoria porque en torno a una única prestación existen pluralidad de sujetos deudores con pluralidad de obligaciones, cuya coexistencia se organiza bajo el régimen de subsidiariedad.

Esto se traduce en una serie de consecuencias detalladas a lo largo de esta primera parte. Destaquemos entre ellas:

- El objeto de la obligación del fiador se configura *per relationem* a la obligación del deudor afianzado. Esta afirmación se desdobla en una serie de explicitaciones sobre la obligación principal, la subsidiaria, la remisión de ésta o aquélla, con el complejo repertorio de excepciones que pueden oponerse.
- Esta configuración *per relationem* incide poderosamente en el tema de la causa, pues determina precisamente la abstracción de la obligación del fiador, que se desvela brillantemente, conectando así con el sentido que siempre tuvo la fianza en nuestros antecedentes históricos a partir de una nueva interpretación del Código Civil acorde con este carácter tradicional.

2. Por otro lado, entrando en el contenido de la segunda parte de la obra, se cuestiona un aspecto importante, hasta ahora inédito, referente a la posibilidad de que en base al artículo 1.843 del Código Civil el fiador puede dirigirse al deudor principal para obtener la liberación de su deuda por vía de indemnidad aun antes de haber vencido la obligación.

Dicho precepto revela, según el autor, la existencia de una relación jurídica entre fiador y deuda principal, previa al momento del pago. Calificada primariamente según el Derecho histórico como mandato de fianza, se propugna ahora concebirla siguiendo precedentes tradicionales anteriores al Código Civil, como una especie de gestión de negocios abstracta, enlazando con lo dicho en la primera parte del libro en punto a la teoría de la causa.

Y a partir de estas «relaciones subyacentes», de amplio cuño en el Derecho histórico, se despliega una suerte de eficacia interna, típica de la fianza y no del pago, que permite explicar pormenorizadamente cada uno de los supuestos del artículo 1.843 del Código Civil, como se hace con detalle en la parte final de la obra.

Cierra la exposición una excelente relación bibliográfica y un índice de capítulos, cuyos epígrafes van desgranando por sí solos todas las tesis apuntadas con gran expresividad.

MANUEL MEDINA DE LEMUS

MOUSNIER, R.: *La monarchie absolue en Europe du V^e siècle à nos jours*. Presses Universitaires de France, París, 1982, 245 págs.

ROLAND MOUSNIER es un historiador que durante largos años se ha ocupado de la Monarquía absoluta. Tal vez su obra más amplia sea *Les institutions de la France sous la monarchie absolue*, en dos gruesos volúmenes aparecidos en 1974 y 1980, pero su bibliografía es extensa, habiendo tratado diferentes temas, desde la venta de oficios bajo los primeros Borbones franceses, o el Consejo Real durante la edad moderna, a la estratificación social de París. Su *Histoire générale de l'Europe, des origines à nos jours*, en colaboración con GEORGES LIVET, en tres volúmenes, no puede olvidarse. Pero me interesa destacar sobre todo que su interés por el poder le confiere una gran finura de análisis cuando trata de estos temas. Significaría, frente a posturas marxistas como PERRY ANDERSON o ALEXANDRA DMITRIEVNA

LUBLINSKAYA, las posiciones más tradicionales. Ahora en este libro resume, en una apretada síntesis, sus opiniones, que nos proporcionan esquemas de interpretación para la historia... Incluso para épocas muy próximas, pues aunque no las alcanza —termina con Napoleón—, hace referencias a Hitler, a Stalin o a Maurras.

Para MOUSNIER habría que hablar de monocracia más que de Monarquía cuando nos queremos referir a un poder absoluto que tiene en sus manos todas las decisiones. A lo largo de la historia se muestra de formas muy diferentes y variadas que analiza en sus grandes rasgos. Creo que este tipo de planteamientos son de enorme interés, pues se logran establecer líneas muy generales en la historia y comparar diversas zonas; pero también los juzgo llenos de riesgo al comparar tantos países y abarcar tan amplia cronología. Es una obra madura, escrita sobre muchos años de trabajo.

Según él existen varios tipos de formaciones políticas a lo largo de la historia; la edad antigua —Roma incluida— conoce fuertes poderes, que van a cambiar con los reinos bárbaros. Hasta los sucesores de Carlomagno, los vencedores germánicos establecen un poder basado en sus familias, clientelas, siervos, fieles... Con la «pulverización del cuerpo social», que se produce al fin de los carolingios, se crean poderes basados en los viejos dominios señoriales —poderes para hacer frente a las invasiones y a la inseguridad—. Los vínculos de vasallaje reconstruyen estructuras políticas que se encuentran en descomposición... Se mantiene una idea de unidad a través del imperio y del papado, mientras los reyes pretenden no hallarse sujetos al emperador o al papa —es lo que MOUSNIER designa como la primera forma de absolutismo—.

«Un rey independiente del emperador e independiente del papa —escribe— en el orden de su competencia puede ser designado como absoluto, a salvo de toda autoridad exterior, desligado de la observancia de las leyes y decisiones del emperador y del papa, no reconociendo superior exterior». Mas, como reconoce, un poder soberano hacia el exterior no significa que lo sea en el interior...

A partir del feudalismo clásico se dividen los reinos en pequeñas unidades señoriales —en propiedad o en feudo— que gobiernan los barones, dotados de poderes militares, legislativos, judiciales, financieros... Limitados por el contrato con sus respectivos señores, a quienes deben el feudo, y por la costumbre o las cartas de franquicia en relación a los campesinos: las relaciones son contractuales o consuetudinarias. Progresivamente, por guerras, herencias y matrimonios, se convierten en territorios más amplios, con un conjunto de señores unidos al duque, conde o barón: el ducado de Borgoña está así conformado, por ejemplo. Los grandes señores son independientes y poseen derechos de moneda, pesos y medidas, de extraer impuestos, etc... Se aprecia una concentración de grandes poderes, mientras junto a estos crecientes Estados señoriales surgen algunos Estados urbanos —en Italia, pero también en Inglaterra o en Francia—. Dentro de ellos aparecen cuerpos privilegiados y órdenes. Los reyes van a reorganizar todo este conjunto, como con rápidos trazos nos narra de la Francia medieval. Sus procedimientos, su justicia, sus impuestos y su ejército van conformando un nuevo orden. Las Cortes o Asambleas de «Estados» es el medio fundamental que emplea el monarca en ese fortalecimiento de su poder. Primero la curia feudal le ayuda en su tarea, pero a partir del XII y XIII, con la presencia de las villas se une el tercer Estado y surgen las Cortes.

Los concilios o los capítulos de las órdenes utilizan análogo mecanismo dentro de la Iglesia...

El monarca absoluto recoge en su seno los diversos cuerpos y órdenes. No los destruye, pero los somete a su poder. A veces se produce una situación inestable, en que hay un cierto equilibrio entre el príncipe y los Estados, como en Alemania, y se genera un Estado de Estados (*Ständestaat*) que vive esa situación hasta su destrucción contemporánea. Incluso en España o en Austria, con los Habsburgo, se generan análogas realidades. La tipología de MOUSNIER —historiador con fuertes dosis de MAX WEBER— distingue tres grados en estas formaciones: la simple participación de los Estados, la diarquía —los Estados Habsburgo en Austria— y la preponderancia de los Estados sobre el monarca —en Hungría o en la idea de los comuneros españoles, en Prusia en algunos momentos...—. La debilidad de los Estados de Estados es marcada, ya que pueden conducir a la guerra civil —Suecia estuvo a punto en el XVIII, Polonia es un ejemplo clave...—. Como se aprecia, el autor va construyendo los grandes tipos del poder político que nos sirven para entender mejor las instituciones, que aparecen más vivas que en una simple descripción; el peligro está en unificar diversidades, en simplificar...

La última parte, dedicada al absolutismo, es la más larga y más afinada. Primero analiza las condiciones que dan paso a la Monarquía absoluta; una guerra de ocupación puede ser origen de que después el Gobierno legítimo rompa los derechos que corresponden a los Estados, como Emmanuel Filiberto de Saboya en el Piamonte a mediados del XVI, tras la ocupación hispano-francesa, o unas victorias como las de Carlos XI de Suecia favorecen el tránsito hacia el absolutismo. O pueden darse peligros internos, como el comportamiento egoísta, desequilibrador, de uno de los Estados —la Fronda—. La Monarquía absoluta no destruye los cuerpos, sino los controla; desarrolla un esfuerzo doctrinal que justifica su acción... Por lo demás el «despotismo ilustrado» es un concepto historiográfico que no le gusta: los monarcas se dejan designar de esta forma por los filósofos, dueños de la opinión, con quienes pueden coincidir a veces, pero es en buena parte retórica, ya que ellos están interesados sobre todo por la potencia militar...

Las características del absolutismo son agrupadas en cinco puntos, según los esquemas que presenta MOUSNIER. En primer término la decisión del monarca en todos los sectores en un sentido formal; pero ¿también efectivamente? Este es el problema esencial, que va examinando en los diferentes países de la Europa moderna. El segundo punto se refiere a las materias de decisión absolutista; el mínimo sería hacer las leyes, promulgarlas y hacer normas para su ejecución, nombrar y revocar a los ministros, disponer de la fuerza armada, firmar tratados y nombrar agentes diplomáticos y la jurisdicción suprema y última. La razón de Estado, elaborada a partir de Maquiavelo, conduciría al máximo de los poderes reales —de nuevo recorre los diversos países, como en cada uno de estos apartados—. El tercer carácter se refiere a los agentes ejecutivos, que pueden ser feudales o hereditarios en una etapa previa para pasar a ser empleados u oficiales nombrados por él, o comisarios designados para tareas que no están comprendidas en sus oficios, o vender los cargos... Interesa —y es el cuarto de los caracteres del absolutismo— determinar a qué grupos sociales pertenecen los agentes de la Monarquía.. Por fin se refiere a las formas

de trabajo de los agentes, con su especialización, su transformación de colegios a personas o el establecimiento de una capital...

El apogeo o final del absolutismo se produce, según el autor, cuando se transforma una sociedad de órdenes y cuerpos en una sociedad de clases por razón de la riqueza —en esto no están de acuerdo los autores marxistas, que ven la existencia de clases a lo largo de la historia—. Estas transformaciones llevan a la revolución y al poder absoluto, como nunca antes, de Napoleón tras el golpe de Brumario: «...alcanzó casi la perfección del absolutismo». Como conclusión sostiene que la Monarquía absoluta sólo puede terminar por vuelta al sistema de un Estado de Estados —como tal vez Inglaterra en 1641 y 1688— o a través de la soberanía popular a una Asamblea, como intentaron los comuneros de Castilla o la Revolución francesa en 1789. A partir de este momento surge un proceso de dislocación en que las regiones tienden hacia la autonomía o la independencia...

En fin, este libro de ROLAND MOUSNIER es muy rico en sugerencias e interpretaciones, aunque sea una síntesis —y yo haya hecho un resumen de la síntesis—. Es un libro de historia política y social, dice al acabar, y «hay que felicitarle. La historia política es indispensable. Descuidarla o menguarla sería causar un gran daño a la historia y a la civilización. Todo humano, en efecto, es cada día un gobernado, y muchos humanos participan en las actividades de los gobernantes». Otra cosa es que la historia política de marcado sello institucional, como la de MOUSNIER, sea la única historia política... Lo que sí es una importante manera de hacer que recoge el esfuerzo de un gran historiador.

MARIANO PESET

RIFÁ SOLER, José María: *La anotación preventiva de embargo*. Editorial Montecorvo, Madrid, 1983.

Al afrontar la recensión de esta monografía de JOSÉ MARÍA RIFÁ, doctor en Derecho, profesor adjunto de Derecho procesal en la Universidad de Barcelona, las ideas y los recuerdos se agolpan en mi mente, pensando o haciéndome pensar cómo una materia que hace unos años parecía tan poco fácil para aquellos no especialistas en Derecho registral, ha comenzado a ser tratada de tú por todos aquellos que han sentido el reto de penetrar en sus entrañas. Hizo falta que abriera luces, según nos cuenta ROCA SASTRE, en el concepto de anotación CAPO BONAFÚS para que la doctrina hipotecaria comenzase a explicar concienzudamente la esencia de la figura. Pero lo que ese autor trató de aclarar a través de sus clasificaciones comenzó a ponerse de nuevo oscuro con la tesis constitutiva de ROCA SASTRE. El avance de uno supuso por el otro un retroceso. Y entiendo que la tesis de ROCA —abiertamente contradicha por mí en diversas publicaciones— más se debió a razones psicológicas que a razones jurídicas. La hipoteca y la anotación preventiva de embargo eran por aquel entonces como una especie de «operación cesárea» en el campo de la medicina. El propietario quedaba socialmente disminuido cuando tenía que hipotecar o se veía sujeto por un embargo anotado, lo mismo que el marido que esperaba un parto normal quedaba casi petrificado cuando el médico le anunciaba que había que practicar una cesárea. Ahora la gente, al cambiar de mentalidad, enumera

las cesáreas como trofeos y no vacila en decir: ésta la tengo hipotecada y aquélla embargada. Los mojones del Atica se han hecho visibles de nuevo.

De todas formas, la figura que ibéricamente hasta puede suponer un galardón, y que en Norteamérica supondría en el campo negocial un apartamiento en las listas del crédito, ofrece un sinfín de problemas minuciosos, sustantivos, procesales, hipotecarios, que el autor de la monografía ha querido ofrecernos con singular maestría y estudio. Su índice sumarial me atrevo a compararlo —y considero que esto es un buen elogio que debe dar satisfacción al autor— con aquel portentoso de MORELL Y TERRY, del que se han valido muchos autores para redactar sus tratados. En forma casi exhaustiva va penetrando en la institución y la mayor parte de los supuestos que se contemplan responden a la generalidad de los problemas que la vida ofrece. Y al acercarse el estudio del Derecho a la vida real hace del mismo un instrumento práctico.

La obra, que viene prologada por JORGE CARRERAS LLANSANA, Catedrático de Derecho procesal de la Universidad de Barcelona, responde en su estructura sumarial a siete capítulos, de los que el primero se refiere al Derecho histórico de la figura en el Derecho romano, el segundo al español, el tercero a los conceptos sustancial y procesal, el cuarto a la naturaleza jurídica, el quinto a los efectos preferenciales, el sexto a los diferentes supuestos en que cabe la anotación y el séptimo al procedimiento para obtener la garantía. Completa la obra un índice bibliográfico de autores y obras que casi agotan materia y otro de las diferentes voces utilizadas en la publicación y que permiten buscar lo que se pretende en consulta específica, pues el que exige la visión general debe leerse la obra entera, como debe de ser. Debo respetar y respeto, en lenguaje político trasladado al jurídico, los diferentes apaderos de los capítulos para dar una idea general del contenido de la obra.

I. *Derecho romano*.—Aun y a pesar de que en este Derecho la falta de publicidad haya influido en la carencia de perfiles del embargo, lo cierto es que, aun en esas tres fases predominantemente procesales, la intención del autor, según afirma el prologuista, es destacar la eficacia del embargo frente a terceros. No debemos olvidar que JORGE CARRERAS LLANSANA es autor pionero de un estudio de la figura, publicado en el año 1957.

II. *Derecho histórico español*.—En el examen histórico de nuestro Derecho el autor nos lleva de la mano desde la influencia romanística hasta la aparición del Registro de la Propiedad y su proyección publicitaria. Por ello en la primera fase nos habla de las figuras de la prenda judicial, la garantía del arraigo en juicio y la hipoteca o prenda pretoria, para en una segunda fase ofrecer el sistema publicitario a la prenda judicial, siguiendo con la figura del embargo a través de la Ley de Enjuiciamiento Civil y las leyes hipotecarias en sus sucesivas etapas de 1861 y 1909.

III. *Conceptos y clases de embargo*.—Realmente el epígrafe del capítulo no es así como yo lo expongo, ya que el autor habla de las anotaciones preventivas y el embargo de bienes, lo cual le permite arrancar del concepto genérico de anotaciones para, adentrándose en las mismas, llegar a las judiciales, al embargo, a las clases y a la fase procesal del mismo. Por supuesto que en toda esta materia juegan inevitablemente unos requisitos que el autor minimiza, como son el de la titularidad de los bienes, el concepto de patrimonialidad, la alienabilidad y sus diferencias con la indisponibilidad y el concepto de embargabilidad.

IV. *Naturaleza jurídica de la anotación preventiva.*—El autor emplea una técnica irreproachable para enfocar el problema, ya que de una parte examina la naturaleza jurídica de la anotación preventiva en función del crédito que garantiza (derecho real, derecho personal, *ius ad rem* e hipoteca de seguridad), de otra la anotación de embargo en sus diferencias con la de demanda, la hipoteca y la anotación de embargo, y, por último, las repercusiones de la figura del tercer poseedor en relación con los bienes embargados e hipotecados.

V. *Efectos preferenciales de la anotación preventiva de embargo.*—No es tampoco este el epígrafe que el autor utiliza para el encuadre de la materia que trata en este capítulo quinto, pues habla de los «distintos aspectos surgidos de la práctica de la anotación preventiva de embargo en el Registro de la Propiedad», lo cual en el fondo viene a ser aparentemente igual si olvidamos aquel legado que me dejó TIRSO CARRETERO en forma de reto para llegar a precisar lo que es la preferencia registral y la sustantiva. Entiendo que es en este capítulo donde el autor en forma valiente aborda la esencia de su monografía, que no es otra que la eficacia del embargo.

En el entramado del estudio se aglutinan la exposición de los artículos que del tema tratan en sus diversos aspectos, la doctrina y la jurisprudencia, añadiendo el examen de casos particulares que van desde la hipoteca constituida con anterioridad al embargo e inscrita posteriormente, hasta la posibilidad de rescindir las enajenaciones después de la afección y antes de la anotación, así como la preferencia a favor de los créditos de la Hacienda Pública.

VI. *Supuestos especiales de anotaciones de embargo.*—Partiendo de las bases anteriormente establecidas a través del concepto, naturaleza y efectos, el autor está en situación de minimizar una serie de supuestos de anotaciones preventivas que si no agotan materia lo están casi a punto, y así, a título de ejemplo, se estudian los problemas de las anotaciones de embargo sobre bienes hereditarios, bienes de persona con limitaciones de capacidad de obrar, bienes del suspenso, bienes gananciales, retracto convencional, bienes enajenados con pacto de retro, bienes vendidos a carta de gracia, bienes sujetos a condición resolutoria, bienes sujetos a una prohibición de disponer, bienes afectos a una sustitución fideicomisaria, sujetos a reserva, sobre el derecho de usufructo, derecho de edificar, opción de compra, con pacto de sobrevivencia, con cláusula de reversión y los bienes en régimen de multipropiedad.

V. *Procedimiento.*—Se distingue entre el aspecto procesal, con la solitud y el mandamiento, y el aspecto registral de calificación y su ámbito, hasta llegar a la prórroga y cancelación.

Difícilmente puede darse en un estudio monográfico esta singular exposición de problemas teóricos y prácticos que hacen de la misma un esencial elemento de trabajo.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

SALINAS RAMOS, FRANCISCO: *La Cooperativa Agraria*. Biblioteca de Cooperativismo. Ediciones CEAC. Barcelona, 1984. Un tomo de 190 páginas.

En los tiempos de incertidumbre y fuerte crisis económica que atravesamos, que se agudiza especialmente en el campo, el cooperativismo tiene

un papel importante a desarrollar, ya que constituye el mejor medio para crear nuevas relaciones entre los agricultores y su trabajo y para la defensa de su menguado nivel de vida. En el libro *Las cooperativas del año dos mil*, del inglés LAIDLAW, se dice que en esta época de desempleo, hambre y crisis será necesario que todas las cooperativas concentren sus esfuerzos de manera especial para dar solución al gran problema mundial de la alimentación. Se trata de un asunto vital para la humanidad, y las cooperativas están en situación de asumir el liderazgo de esta acción en el mundo.

La obra que vamos a comentar tiene un carácter eminentemente divulgador y práctico y consta de dos grandes partes, una referida al cooperativismo agrario en España, que comprende seis capítulos, y otra segunda parte, integrada por el séptimo capítulo, que se refiere al cooperativismo en el resto del mundo.

En el capítulo I, dedicado en general al asociacionismo agrario, se estudian en general las posibles formas de agricultura de grupo que pueden darse en España. Aparte de las fórmulas familiares o basadas en la pura legislación civil de comunidad, se contemplan principalmente las formas de la cooperativa, las sociedades agrarias de transformación y la común sociedad anónima mercantil cuyo objeto es agrario.

Dado que el principal objeto del libro está constituido por las cooperativas en su sentido estricto, éstas son estudiadas ampliamente en los siguientes capítulos. Respecto a la sociedad anónima agraria, se rige por las normas generales de la Ley de 1951, de todos conocidas; aquí el autor pretende encontrar una especialidad en la llamada sociedad anónima laboral, que ya descubriera BALLARÍN, como la más adecuada al sector agrícola.

Por exclusión dedica este capítulo al estudio detallado de las llamadas Sociedades Agrarias de Transformación (S. A. T.), que son el resultado de la evolución de los antiguos Grupos Sindicales de Colonización, que tuvieron tan enorme éxito en las esferas rurales por su sencillez y resultado práctico. Estas Sociedades Agrarias de Transformación recibieron su nombre por el Real Decreto-ley 31/1977, de 2 de junio, y han sido reguladas por el Real Decreto 1776/1981, de 3 de agosto. Se configuran como sociedades civiles de finalidad económico-social en orden a la obtención, transformación y comercialización de productos agrícolas, ganaderos o forestales.

El autor resume la normativa estudiando sus elementos, clases y actividades a que pueden dedicarse. Igualmente repasa su régimen fiscal; hasta ahora no hubo dudas de que tanto los antiguos Grupos Sindicales de Colonización como las actuales Sociedades Agrarias de Transformación estaban equiparadas a las cooperativas protegidas y gozaban de sus mismos beneficios siempre que reuniesen los requisitos exigidos; pero últimamente han surgido dificultades interpretativas por parte de las oficinas liquidadoras y la Administración fiscal que ponen en entredicho este principio de trato favorable.

En el capítulo II se estudia ya concretamente el cooperativismo agrario, empezando por sus antecedentes. Desde muy antiguo la adquisición y reparto de primeras materias se hacía en el interior de los gremios, y por ello algunos autores afirman que el gremio era ya una institución eminentemente cooperativa; en España las prácticas cooperativas tienen sus primeras manifestaciones en torno a las figuras del colectivismo agrario, que tan a fondo estudiara y expusiera JOAQUÍN COSTA.

A mediados del siglo XIX aparecen las cooperativas en Inglaterra, con los célebres tejedores del callejón del Sapo de Rochdale, y el movimiento,

con su tinte obrero y social, pasa a España, celebrándose en 1899 el I Congreso cooperativo en Barcelona. Una de los temas tratados en dicho Congreso fue la cooperación agrícola, acordándose que debía ser promovida entre los agricultores, para lo cual se detallaba un amplio plan que abarcaba la creación de cajas de préstamos y bancos agrícolas con crédito personal y responsabilidad limitada, ponderándose las ventajas que reportarían estas entidades y la conveniencia de que las mismas desarrollaran una política de escuelas y granjas agrícolas.

Es de destacar la gran influencia que en este campo ha tenido el catolicismo social en España. Fueron diversas las instituciones que se propiciaron: los círculos católicos, los gremios de labradores, las cajas rurales, los pósitos y los sindicatos agrícolas. Todo este movimiento asociativo rural fue fomentado por el llamado «Movimiento Cooperativo Católico», cuyo instrumento encauzador fue la Ley de Sindicatos Agrícolas de 1906. A su amparo se inicia un considerable esfuerzo en el establecimiento de dichos sindicatos y la apertura de gran número de cajas rurales que desarrollaron la producción y venta de los productos.

A partir de los años 40 de este siglo se constituyen gran número de cooperativas para adquirir materias primas, utilización en común de maquinaria de laboreo, recolección y comercialización. En los años 50 nacen las cooperativas de explotación comunitaria de tierras y ganados, favorecidas por las operaciones de la concentración parcelaria. Y a partir de los años 60, por la misma mejora y favorecida también por la llamada Ordenación Rural, se da un gran paso en la mecanización de la agricultura, cobrando a la vez impulso las cooperativas de comercialización y las de segundo grado.

En cuanto al proceso legislativo de las cooperativas, la primera norma a la que se acogieron estas sociedades fue la Ley de Asociaciones de 1887, aplicable en sentido genérico. Pero la que más las favoreció fue la citada Ley de 28 de enero de 1906, precisamente por los beneficios fiscales que les reportaba, que le propiciaron el sobrenombre de «Ley de exenciones». Aparte otras disposiciones variadas, parcialmente aplicables, la primera Ley dedicada específicamente a las cooperativas se aprobó el 4 de julio de 1931, sustituida después por la de 2 de enero de 1942.

El 9 de mayo de 1969, por Decreto número 888, se promulga el Estatuto Fiscal de las Cooperativas, que tiene una gran repercusión, y la Ley vigente, General de Cooperativas, es la 52/1974, de 19 de diciembre, desarrollada por el Reglamento de 16 de diciembre de 1978.

En el capítulo III el autor presenta determinados aspectos generales de las cooperativas agrarias, empezando por el concepto y características de las mismas, para lo que sigue la normativa vigente que hemos reseñado, que expone y analiza detalladamente:

Como aspectos especiales de las cooperativas agrarias, que se estudian en el capítulo IV, están el régimen fiscal de estas sociedades en base al Estatuto establecido en el Decreto de 1969, la seguridad social agraria de los cooperativistas y obreros y el aspecto crediticio que se centra en la creación y funcionamiento de las cajas rurales, hoy un tanto a caballo del Banco de Crédito Agrícola.

En cuanto al primer punto, ya hemos dicho que en el Decreto de 1969 se contiene el régimen fiscal de las cooperativas, determinando los requisitos para que las cooperativas puedan ser consideradas protegidas y la extensión concreta para cada uno de los impuestos de los beneficios que

se otorgan; lo malo es que después han ido apareciendo los textos refundidos de dichos impuestos, y con demasiada frecuencia se olvidan por completo tales beneficios cooperativos. La seguridad social de las cooperativas agrarias y sus componentes o empleados se expone en base al contenido de los artículos 84 de la Ley de Cooperativas y 111 de su Reglamento. Y para acabar el capítulo se estudia el crédito cooperativo centrado en la figura de las cajas rurales, explicando su funcionamiento financiero y los beneficios tributarios aplicables.

Las Agrupaciones de Productores Agrarios, las vulgarmente conocidas por APAS, reguladas por la Ley 29/1972, de 22 de julio, merecen un estudio por separado, y el autor las contempla en el capítulo V de su libro, en cuanto que éstas pueden y suelen adoptar la forma cooperativa como la más apta para su funcionamiento.

Y en el capítulo VI entra el autor en la pura futurología al tocar algunos posibles problemas del cooperativismo agrario, haciendo cálculos sobre cómo influirá en nuestras cooperativas la hipotética entrada de España en el Mercado Común Europeo, si es que esto llega a suceder alguna vez.

Acaba el libro con el capítulo VII, que nos presenta una panorámica general de las cooperativas agrarias en el mundo, apartando los países de la Comunidad Europea de los demás. En cuanto a los países comunitarios, que son nuestros conocidos «amigos», se ha constituido el Comité General de la Cooperación Agraria (COGECA), que surge en 1959 como una exigencia para representar los intereses de los miembros y formular su política agraria y tiene como objetivos:

- Representar los intereses de la cooperación agrícola ante la CEE.
- Promover las relaciones entre las cooperativas de los distintos países comunitarios.
- Asegurar la unión con todos los organismos formados por la profesión agrícola y de otros sectores económicos o sociales que sean interesantes.
- Especialmente intervenir en la fijación de los precios agrícolas y buscar la apertura de nuevos mercados.

Hemos visto que se trata, por tanto, de un libro de carácter eminentemente práctico y divulgador, en el que pueden encontrar datos útiles quienes tengan interés particular sobre el tema.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

MARASÁ, GIORGIO: *Le società senza scopo di lucro*. Giuffrè. Milano, 1984.

El tema, candente en nuestros Registros Mercantiles, tiene una historia dilatada, pues hace ya bastantes lustros que los juristas anotan la frecuente utilización de tipos societarios, anónimas en especial, para fines que en forma alguna pueden considerarse lucrativos o simplemente económicos. Y algunos de ellos se han preguntado la causa de su consagración legal en el sentido indicado y la imposibilidad de utilizar tales instrumentos para fines tan nobles como los culturales o benéficos.

Hay una constante histórica aceptada por la dogmática que alcanza a múltiples instituciones jurídicas: el transcurso del tiempo, con la consiguiente evolución económico-social, las vacía de contenido, convirtiéndolas

en meras estructuras que se utilizan para finalidades muy diversas de aquélla para la que fueron creadas. Institutos que lentamente se decoloran, ofrecen excepciones que afectan fundamentalmente a su naturaleza y que acaban siendo la regla general, prevaleciendo a la primitiva construcción, reliquia histórica apta para la vitrina de un museo.

Si el *ius civile* fue desplazado por el pretorio, éste también se anquilosa y es superado por el devenir social, que impone sus reflejos jurídicos. En ocasiones la evolución no es simple desviación, sino lo que PESCATORE ha llamado creación destructiva. Y los institutos societarios, particularmente sensibles a las vivencias sociales, muestran la alteración de premisas y presupuestos al compás evolutivo, aparte de que en ellos se produce una mezcolanza de institutos de distinta procedencia que sólo a efectos didácticos posibilitan hablar de homogeneidad. La *societas* romana, con raíces muy profundas en la historia, tiene poco en común con otras formaciones originadas en el mercantilismo medieval o el capitalismo colonialista del Renacimiento. Aunque amalgamados por esfuerzos doctrinales estos institutos, diversos por origen y función, se sienten nuevamente azotados por los poderosos vientos de la historia actual, que vive momentos comparables a los del maquinismo y la revolución industrial.

El origen próximo de la finalidad lucrativa de las sociedades se encuentra en la filosofía liberal, que inspiró la Revolución francesa. El Código de Napoleón heredó de ella, entre otras esencias, el profundo temor a las organizaciones intermedias entre individuo y Estado, en las que podían reencarnar las odiadas Corporaciones radicalmente abolidas, como los privilegios de la nobleza. Las Asociaciones autorizadas, benéficas o culturales, quedaban sometidas a un control administrativo de carácter concreto, individual, y cuando el Código regulaba sociedades se refería siempre a las dimanantes de la actividad en común de personas físicas con una finalidad lucrativa. Por ello Francia capitaneó durante muchos lustros la tendencia funcionalista, causal, de los institutos societarios, la cual, como su Código, halló amplio eco en muchas legislaciones, en algunas de las cuales se mantiene casi incólume.

El B. G. B. germano, posterior en casi un siglo al Código francés, recogió la evolución producida, y asignando como objeto de las sociedades cualquier actividad legal, sin referencias económicas, pasa a abanderar la tendencia estructuralista, neutra, que se reitera en la reciente novela que autoriza la constitución unilateral de las limitadas. En el ámbito del «common law» la regla es que los tipos societarios sean aptos, «for any lawful purpose», aunque precisamente en Inglaterra un «unincorporated Group», la «Partnership», precise finalidad lucrativa, como excepcionalmente se exige en Alemania a las «offene andelgesellschaften» y comanditarias.

Pero en Francia, como en otros países, la evolución es constante y alcanza límites que sobrecogen. Lentamente se van admitiendo Asociaciones adaptadas a normas reglamentarias, sin autorización concreta, se modifica el artículo 1.832 del «Código» que define la sociedad, recogiendo una tendencia doctrinal y jurisprudencial muy acentuada, sustituyendo la expresión ganancias por una nebulosa y discutida referencia económica y se consagra la plena admisión de sociedades de simple goce, de atribución, «holdings», las SICOVAM de compensación de valores, las SAFER del mundo rural, las de medios y las estrictamente profesionales, los grupos de interés económico y hasta en proyectos renovadores, como los de SUDREAU, que tanta atención han merecido, se hace referencia a tipos sociales declarada-

mente no lucrativos. Francia ha abandonado su primitiva capitania y casi expresamente se admite la consideración de sociedades como meros instrumentos técnicos, apolíticos, no causales, canalizadores de actividad conjunta, preferentemente empresarial, de personas físicas.

MARASÁ dedica un espacio, relativamente amplio, al estudio de la posición de legislación y doctrina españolas. Hay referencias al artículo 116 del Código de Comercio, al 1.665 del Civil y a las normas formalistas de las Leyes de Limitadas y Anónimas, con las inmediatas excepciones sobre las que los estudiosos debaten si se refieren estrictamente a actividades sindicales o tienen unos límites dilatadísimos. Aparecen los nombres de SÁNCHEZ-CALERO, ILLESCAS, RUBIO, DUQUE, RODRÍGUEZ-URÍA, BROSETA, DE SOLÁ CAÑIZARES y una amplia referencia al estudio monográfico del italiano COSTI, publicado en la *Riv. d. Società* de 1981. Concluye MARASÁ señalando la postura dudosa, el difícil encuadre de la legalidad española tanto en la tendencia funcionalista como en la estructuralista.

Pero MARASÁ no tiene en cuenta las importantísimas y recientes aportaciones de GIRÓN y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, quienes resaltando el artículo 1.666 del Código Civil y superando tesis tradicionales en base a los aspectos sociológicos, económicos y políticos del derecho de sociedades, la praxis y la dinámica societaria, dan una configuración técnico-instrumental a los tipos societarios, a los que reputan herramientas valiosas que permiten aumentar la capacidad individual de producción, dividiendo riesgos, potenciando energías. Las sociedades son un simple marco formal con polivalencia funcional de los que se eligen los más adecuados para los fines propuestos, sean o no económicos. La verdadera causa del instituto societario o asociativo —extremo en el que discrepan dichos dos autores— es la finalidad común, y por ello el mismo no sólo debe considerarse integrado por tipos perfectos consagrados legislativamente, sino por fenómenos asociativos en estado difuso en mayor o menor grado, como son las cuentas en participación, los contratos consorciales, las comunidades de bienes productivos, las de intereses, las relaciones jurídico-parciarias y otras muchas. La diferencia entre asociaciones y sociedades no es causal, sino estructural, dentro de la constante de la finalidad común indispensable en ambos. Las asociaciones son estructuras abiertas y las sociedades cerradas.

Como es normal, MARASÁ centra su estudio, amplio, profundo, detallista, culminación de muchos años de labor fragmentariamente vertida en diversos artículos y en revistas especializadas, en el ámbito de Italia, en el que tales fenómenos constituyen un complejo planeta de mares y continentes, cordilleras y ríos que se reflejan en asociaciones reconocidas y no reconocidas susceptibles de adoptar estructuras societarias; sociedades que son personas jurídicas y otras que son simples comunidades o en mano común, pero con autonomía patrimonial, sujetos de derecho con plena capacidad civil y procesal, prototipos generales y arquetipos específicos.

El Código Civil vigente, en su artículo 2.247, caracteriza la sociedad por el ejercicio en común de una actividad con la finalidad de dividir los útiles entre los socios, pero admite como sociedades determinadas Mutuas, las Cooperativas y las de Consorcios, poco aptas para distribuir útiles, aunque sí susceptibles de producir beneficios indirectos. Por ello doctrina y jurisprudencia vienen interpretando la finalidad lucrativa, distinguiendo sus aspectos objetivo y subjetivo en el sentido de simple actividad económica y para algunos casi coincidente con la empresarial.

Más grave es que otras disposiciones legales consideren sociedades a las públicas y las futbolísticas. Las primeras, nacidas en Europa con el fenómeno que ha sido denominado «socialización de pérdidas», están privadas de prácticos beneficios en la mayoría de los casos o éstos no son distribuibiles. Su creación es supletoria al quedar privadas por presiones fiscales y políticas muchas sociedades tradicionales de su fuente económica normal, el ahorro y el crédito privado. Por ello muchas sociedades públicas trabajan con pérdidas. Por lo que se refiere a las futbolísticas, reconocidas expresamente después de determinados ensayos, se apartan tanto del fenómeno societario, que ni pueden distribuir dividendos, ni en la cuota residual de liquidación los socios pueden percibir otra cosa que el nominal aportado. El nombre «sociedad» en estos casos es puramente simbólico.

En cambio es tradicional en Italia —y en España gran parte de la doctrina y la jurisprudencia han seguido su senda— la no consideración de sociedades de las cuentas en participación, a diferencia de Alemania o Francia, donde las «*stille Gesellschaften*» o las «*Sociétés de Participation*» se enmarcan entre ellas sin dificultad. Todo ello parece consecuencia de la confusión sufrida en la evolución histórica, pues a las *societas* de tipo romano, con su grave inconveniente del *infinitum et in solidum*, se erigieron en el medioevo las «*Compagnie*», a las que se encomendaban, por personas que no podían o debían ejercer el comercio, determinadas cantidades a título de «*commenda*» o participación, quedando oculta la titularidad y la sociedad. Estas sociedades llegaron a denominarse anónimas y fueron levemente reguladas en el Renacimiento, y hasta MIGNOLI ha podido redactar un estudio con el título de *Las Anónimas de Luis XIV*. Lo que había sido un solo instituto —cuentas en participación y comanditarias— pasa a ser el de sociedades en comandita con el Código francés de 1807, que las admite pero en forma simple, declarando la titularidad de los participantes o mediante acciones nominativas. Esta desaparición del anonimato permite la continuación de tales fenómenos en forma oculta y con el nombre de cuentas en participación, cuyos titulares se desconocen, que sigue viviendo a pesar de que en 1830 se admiten ya las acciones al portador.

Recientemente en Italia, en las que se ha vuelto a la nominativización de las acciones, se ha puesto de manifiesto que gran parte de la economía subterránea o semisubterránea discurría por los cauces de estas Asociaciones o contratos, más o menos desnaturalizados, que emitían unos títulos atípicos que originaron considerables polémicas jurídicas. El fabuloso alcance económico de ello motivó un reciente informe del Banco de Italia (1982) y la posterior publicación de una ley (1983), que al regular fondos de inversión incidía directamente en la circulación de tales títulos, hasta el presente sin control alguno. Como todas las intervenciones con finalidad fiscal, la indicada tendrá sin duda considerable repercusión en la esfera económica.

SANTINI, a raíz de la modificación del artículo 2.332 del Código a consecuencia de las directivas de la CEE dejando de consignar como causa de nulidad de las sociedades la falta de finalidad lucrativa, sostuvo en un polémico estudio de 1973, *Tramonto dello scopo lucrativo delle società di capital*, la desaparición del elemento causal en Italia. Pero MARASÁ, que se inclina por la tesis ortodoxa, sostiene que tal postura es errónea, pues una sociedad sin tal finalidad no es una sociedad. Y recuerda las normas fundacionales de la CEE, que a su juicio requieren para tales entes una finalidad económica.

La legislación italiana, para MARASÁ, no permite la consideración de las sociedades como instrumentos neutros aptos para cualquier causa lícita. Existe un sistema fundamental en el que se incluyen sociedades con finalidad lucrativa y mutualista con normas excepcionales: las de las sociedades públicas y futbolísticas. Pero estos son casos patológicos, fenómenos anómalos, acaso preludio de *lege ferenda* de orientaciones no aceptables en el momento actual.

A través de la extensa obra de MARASÁ efectúan luminosas proyecciones sobre una infinidad de problemas que son los básicos del derecho de sociedades y que es imposible detallar. Se analizan las sociedades de hecho; las comunidades organizadas, tipo las de copropietarios de buques; las de elementos de producción, como la de herederos o adquirentes de empresas de diversa índole; la relación entre empresa y sociedad; las sociedades tácitas u ocultas; aquellas que pese a declarar finalidad expresa no lucrativa han sido homologadas e inscritas en el Registro de Empresas y la nulidad de las mismas, que sólo puede ser declarada judicialmente y con efectos *ex nunc*; si las asociaciones constituyen el elemento genérico, una de cuyas especies es la sociedad; lo que sea la persona jurídica; las sociedades de cajón ó etiqueta; aquellas que no llegan a realizar actividad alguna; lo que sea actividad en común, si basta la programación o es precisa la efectividad real; la distinción de los contratos de cambio y los plurilaterales; si el contrato, como la aportación o la *affectio societatis*, son elementos esenciales en el instituto societario; los negocios indirectos, los simulados, que no sólo contribuyen a la devaluación del elemento causal, sino que provocan el «levantamiento del velo» y el descubrimiento del socio tirano; los contratos parasociales, unánimes, que permiten actividades no lucrativas; la validez de la norma estatutaria, que atribuye los beneficios sociales a terceros no socios; la postura de GALGANO, que considera encuadrables entre las asociaciones no reconocidas las sociedades con objeto no económico; los efectos meramente internos de las actuaciones gratuitas de los órganos sociales, plenamente válidas frente a terceros; las sociedades ocasionales; los consorcios con actividad externa; la tipicidad causal de la sociedad como categoría genérica y los subtipos meramente estructurales desprovistos de expresividad funcional específica; la dialéctica profunda, el *prius* antitético, entre las comunidades estáticas, de consumo, y las dinámicas, de producción o distribución, y su configuración sistemática, y, en general, la poliedricidad de este amplio y brumoso mosaico, en el que se encuadran tantos fenómenos como problemas diversos y en el que las tensiones ideológicas se reflejan estridentemente en la dogmática.

La obra extensa, de considerable enjundia, es una proyección general del Derecho societario. Y aunque MARASÁ mantiene como solar, con magnitud indiscutible, la concepción monística y causal, omnicomprendensiva, del instituto societario, la inexistencia en Italia de polisistemas o un sistema superpuesto al del Código, se siente a lo largo de su lectura la heterogeneidad del tejido social, histórico, temporal, transitorio, que muestra una senilidad irremediable. Un fenómeno que difícilmente se mantiene en la tormenta producida por una legislación no sólo asistemática y contradictoria, sino tan excesiva que ha merecido de IRTI calificativos como los de «divagante, torrenticia y elefantiaca». Las consecuencias de todo ello no deben considerarse imprevisibles. MARASÁ es uno de los caballeros medievales que defiende impasible el último lienzo de la muralla de la fortaleza de Rodas.

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ