

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LIX ○ Mayo-Junio 1983 ○ Núm. 556

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 Cariflanos.

Dirección: Príncipe de Vergara, 72.—Madrid-6.—Teléfono 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.—Madrid-13

SUMARIO

Págs.

ESTUDIOS:

«El proyecto de convención europea sobre la reserva de dominio simple», por RICARDO DE ANGEL YÁGÜEZ	561
«La concreción de legitimidad en el nuevo Derecho privado español», por EDUARDO VÁZQUEZ BOTE	581
«La figura del consorcio aplicada a la gestión de las aguas subterráneas», por EMILIO PÉREZ PÉREZ	617

JURISPRUDENCIA:

Resoluciones y sentencias:

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por JOSÉ DOMINGO RODRÍGUEZ MARTÍNEZ y FÉLIX RODRÍGUEZ LÓPEZ	691
II. Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Jurisprudencia civil, por JOSÉ M. ^a GÓMEZ VALLEDOR, JORGE SALAZAR GARCÍA y BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ	707
2. Jurisprudencia fiscal, por CARLOS MARÍN ALBORNOZ	725

LIBROS:

«La adquisición a <i>non dominio</i> de bienes muebles», de MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ, por TIRSO CARRETERO GARCÍA	733
«El nuevo Derecho de familia español», de D. ESPÍN CÁNOVAS, M. DE LA CÁMARA ALVAREZ, V. GARRIDO DE PALMA, F. VEGA SALA y JOSÉ MARÍA CASTÁN VÁZQUEZ, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	746
«El Derecho y la reforma agraria», de JOSÉ M. ^a FRANCO GARCÍA, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	748

«Sentencias comentadas del Tribunal Supremo», de JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	753
«La Società a Responsabilità Limitada», de M. GIAN-CARLO RIVOLTA, por JOSÉ M. ^a PIÑOL AGUADÉ	754
«Nociones fundamentales de Derecho económico y social», de OSCAR-DAVID SOTO SÁNCHEZ, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	760

ESTUDIOS

El proyecto de convención europea sobre la reserva de dominio simple

I. PRELIMINAR: LA ADOPCION DE ESTE PROYECTO DE CONVENCION

El «Comité de expertos sobre los derechos de los acreedores», del Consejo de Europa, que venía reuniéndose al efecto en Estrasburgo desde diciembre de 1980, ha aprobado en su última sesión (del 29 de marzo al 1 de abril de 1982) un Proyecto de Convención europea sobre la reserva de dominio simple en transacciones internacionales.

El autor de este artículo tuvo el honor de ser designado por el Ministro de Justicia representante de España en dicho comité de expertos para sus últimas reuniones. Y en tal concepto tiene la satisfacción de dar cuenta del trabajo realizado, que considera de notable interés técnico y constitutivo de una fórmula jurídica muy sugestiva para salvaguardar los derechos de los vendedores en las compraventas en que exista un elemento extranjero.

El origen de esta actividad se halla en el mandato que al citado comité de expertos dio en su momento el Comité Europeo de Cooperación Jurídica, del Consejo de Europa, consistente en el encargo de elaborar un instrumento (Convención o Recomendación) sobre las cláusulas de reserva de dominio, teniendo en cuenta los trabajos realizados o en curso en otras instancias internacionales, sobre todo en las Comunidades Europeas. En este sentido hay que advertir que la Convención se ha elaborado en estrecha cooperación con la Comisión de las Comunidades Europeas, que había creado un grupo de expertos para examinar el problema de la reserva de dominio. Es así que los textos elaborados en

Bruselas y Estrasburgo han sido estudiados, sucesivamente, por una y otra organizaciones, a fin de llegar, en la medida de lo posible, a soluciones idénticas. A la luz de esta colaboración, la Comisión ha decidido esperar los resultados de la Convención antes de tomar una decisión definitiva en cuanto a la prosecución de sus trabajos y su eventual desenlace en la elaboración de un Proyecto de Directiva.

En cumplimiento de este mandato, el comité de expertos mencionado se ha venido reuniendo con el objeto de redactar un Proyecto de Convención, con un preámbulo, un anexo y un informe explicativo. Todo ello, como queda dicho, culminado en la citada última sesión de marzo-abril de 1982. Se ha contado con la asistencia habitual de representantes de 18 de los 21 países miembros del Consejo de Europa, en reuniones desarrolladas en francés e inglés, idiomas oficiales del Consejo. También se han hallado presentes, como observadoras, delegaciones de Finlandia, la Comisión de las Comunidades Europeas, «UNIDROIT» y la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

Terminado el Proyecto, el Comité de expertos lo traslada al Comité Europeo de Cooperación Jurídica, para que recomiende al Consejo de Ministros la adopción del texto aprobado y lo ponga a la firma de los Estados miembros.

Por tanto, es de suponer que en breve plazo España tendrá que decidir sobre la firma del Proyecto de Convención a que nos venimos refiriendo. De ahí el posible interés práctico de este artículo, sin otra finalidad que la de divulgación de extremos todavía desconocidos en los ambientes jurídicos.

II. SIGNIFICADO GENERAL DEL PROYECTO

Se ha considerado por el comité de expertos que una de las necesidades reales del comercio internacional es la elaboración de reglas que permitan afrontar las dificultades que surgen de las diferencias entre los diversos regímenes jurídicos a los que las operaciones comerciales pueden verse sometidas.

Las legislaciones nacionales conocen diversos medios para garantizar los derechos de los acreedores (en este caso los vendedores, en cuanto acreedores del precio) y la cuestión que se planteaba consistía en saber qué efectos producen dichos medios.

Sobre estos presupuestos se fundaba el mandato del Comité Europeo de Cooperación Jurídica, en función del aumento constante de las transacciones internacionales, justificativo de una armonización de las dis-

posiciones aplicables a los efectos en el extranjero de una cláusula de reserva de dominio.

III. ADVERTENCIA PREVIA: EL SIGNIFICADO DE LA CLAUSULA DE RESERVA DE DOMINIO «SIMPLE»

Antes de entrar en el análisis pormenorizado del Proyecto de Convención procede formular una aclaración previa, inevitable en nuestro país en atención al significado que habitualmente tiene entre nosotros la cláusula de reserva de dominio.

Como es sabido, la tradición jurídica romanista (recuérdese el *pactum reservati domini*) viene considerando que la cláusula de reserva de dominio es aquella por cuya virtud vendedor y comprador convienen en que el primero conservará la propiedad de la cosa vendida hasta que el segundo haya satisfecho la totalidad del precio. Se trata de una medida de aseguramiento del pago de la contraprestación que incumbe al comprador, por cuanto si esta contraprestación no se produce el vendedor se halla facultado para recuperar la cosa objeto de la venta.

Ahora bien, en ciertos países europeos es conocida en el tráfico alguna modalidad singular de esta cláusula de reserva de dominio.

Un caso es la que podríamos llamar «cláusula de reserva de dominio extensa» (en francés *clause de réserve de propriété élargie* y en inglés *extended reservation of title clause*), es decir, la cláusula en cuya virtud la condición para la transferencia definitiva de la propiedad no es sólo el pago del precio por el comprador, sino también el pago de otras deudas anteriores entre las partes o entre el comprador y otras personas.

Otra hipótesis es la denominada «cláusula de reserva de dominio prolongada» (en francés *clause de réserve de propriété prolongée* y en inglés *prolonged reservation of title clause*), que por ejemplo autoriza al comprador a vender o transformar los bienes objeto de la venta.

Estas dos últimas modalidades, admisibles desde luego en nuestro Derecho al amparo del principio de libertad de pactos, no son habituales en el tráfico jurídico en algunos países europeos, entre los que creemos cabe incluir al nuestro. Por este motivo, el comité redactor del Proyecto que comentamos ha limitado su texto a la que en él se denomina «cláusula de reserva de dominio simple» (en francés *clause de réserve de propriété simple* y en inglés *simple reservation of title clause*), que es la que corresponde al modelo que antes hemos identificado como de tradición romanista. El Proyecto, por tanto, no alcanza a las cláusulas de reserva de dominio «extensa» ni «prolongada». La idea ha sido limitar la Convención a una ordenación que no requiera construcciones jurí-

dicas complejas. Y la reserva de dominio «simple» es uno de los medios más extendidos, más sencillos y menos costosos para garantizar los derechos de los acreedores.

Es muy importante, pues, tener presente esta advertencia previa para la comprensión de lo que a continuación viene.

(Entre paréntesis, como inciso, diremos que en nuestra doctrina no se excluye la concepción de la reserva de dominio en el sentido amplio o lato a que nos hemos referido. Por ejemplo, GULLÓN —*Curso de Derecho Civil; contratos en especial*, Madrid, 1968, pág. 25— dice que en virtud de dicha cláusula la propiedad no se transmite «al comprador hasta que se cumpla un término o se realice un determinado acontecimiento, *que normalmente es el pago del precio por el comprador*» —el subrayado es del autor—. No obstante, lo habitual entre nosotros es considerar que la reserva de dominio depende del íntegro pago del precio por el comprador, esto es, entenderla como reserva de dominio *simple*, en la terminología europea que venimos utilizando —CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, vol. IV, 9.^a ed., Madrid, 1961, pág. 99—.)

IV. ANALISIS DEL ARTICULADO DEL PROYECTO DE CONVENCION

0. GENERALIDADES

El Proyecto consiste en un texto muy sencillo (así se ha hecho deliberadamente), compuesto por 10 artículos y un Anexo que perfilan los rasgos de la cláusula de reserva de dominio y sus efectos.

Las principales dificultades han sido: delimitar el radio de acción o ámbito de la Convención, definiendo el alcance de la compraventa con un elemento internacional o extranjero (art. 1.º); establecer la eficacia de la cláusula en el caso de quiebra del comprador (art. 5.º); y dar efectos a la cláusula sin necesidad de ninguna forma especial de publicidad (art. 8.º). En estos extremos es donde más se han hecho sentir las particularidades de los diversos Derechos nacionales, dando lugar a reservas o puntualizaciones por parte de expertos de algunos países.

A continuación reproducimos el texto de los artículos y Anexo de la Convención (en traducción nuestra del francés y del inglés), con los comentarios que resultan del informe explicativo y de las discusiones planteadas en el comité de expertos.

1. ARTÍCULO 1.º CAMPO DE APLICACIÓN

1.1. *Texto*

«1. *La presente Convención se aplica a los contratos de compraventa de bienes muebles corporales (en adelante denominados «bienes») mediante los cuales se constituye una cláusula de reserva de dominio simple cuando, en el momento en que la cláusula se establece o se reclama su aplicación, los bienes se encuentran en un Estado en que ninguna de las partes o sólo una de ellas tiene su establecimiento o, a falta de establecimiento, su residencia habitual.*

2. *Cuando el vendedor o el comprador tengan varios establecimientos, el párrafo primero se refiere al establecimiento por el que el contrato ha sido concertado.*

3. *La presente Convención no implica perjuicio a las disposiciones del Derecho nacional relativas a la protección de los consumidores.*

4. *La presente Convención no se aplica a los contratos relativos:*

- a) *a los buques,*
- b) *a los buques en construcción,*
- c) *a las embarcaciones y a las plataformas de sondeo indicadas por los Estados en el momento de la firma o de la ratificación de la presente Convención o en cualquier otro momento posterior,*
- d) *a los vehículos que se desplazan sobre una cámara de aire,*
- e) *a las aeronaves».*

Comentario

1.2. En razón a las dificultades jurídicas que podría entrañar un intento de armonización legislativa, la Convención se limita a establecer las condiciones para el reconocimiento y ejecución de las cláusulas de reserva de dominio simple que presenten uno de los elementos internacionales indicados en el artículo 1.º de la Convención.

1.3. Los párrafos 1 y 2 indican que la Convención se aplica a los contratos de compraventa:

- que conciernen a bienes muebles corporales,
- que implican una reserva de dominio simple,
- a condición de que los bienes se encuentren en un Estado en que ninguna de las partes o sólo una de ellas tienen su establecimiento o, a falta de establecimiento, su residencia habitual en el momento en que la cláusula se establece o se reclama su aplicación.

1.4. Por tanto, se hallan cubiertas las siguientes situaciones:

- A. En el momento de la conclusión del contrato:
- 1) Comprador en el Estado A y bienes y vendedor en el Estado B.
 - 2) Vendedor en el Estado A y bienes y comprador en el Estado B.
 - 3) Vendedor en el Estado A, comprador en el Estado B y bienes en el Estado C.
 - 4) Vendedor y comprador en el Estado A y bienes en el Estado B.
- B. En el momento de ejecución de la cláusula:
- 1) Comprador en el Estado A y bienes y vendedor en el Estado B.
 - 2) Vendedor en el Estado A y bienes y comprador en el Estado B.
 - 3) Vendedor en el Estado A, comprador en el Estado B y bienes en el Estado C.
 - 4) Vendedor y comprador en el Estado A y bienes en el Estado B.
 - 5) Vendedor, comprador y bienes en el mismo Estado, si en el momento de la conclusión del contrato se hallaban en algunas de las situaciones del apartado A) anterior.

1.5. En consecuencia, no se hallan cubiertas por la Convención las siguientes situaciones:

- 1) Vendedor, comprador y bienes en el mismo Estado en el momento de la conclusión del contrato y en el momento de la ejecución de la cláusula.
- 2) Vendedor, comprador y bienes en el Estado A en el momento de la conclusión del contrato y en el Estado B en el momento de ejecución de la cláusula.

1.6. La Convención no define la expresión «bienes muebles corporales», de suerte que su significado vendrá determinado por los Derechos nacionales. Sin embargo, los expertos, en la medida en que en la mayor parte de los Estados la expresión mencionada se refiere sobre todo a cosas materiales susceptibles de ser desplazadas y de ser objeto de apropiación, han considerado que las acciones y obligaciones (que en ciertos Derechos son definidos como «muebles por determinación de la ley» y no por su naturaleza) no debían hallarse cubiertas por la Convención.

1.7. El párrafo 2 regula la eventualidad de que el vendedor o el comprador tengan varios establecimientos. En este caso se tiene en consideración el establecimiento por el cual el contrato ha sido concluido. Este problema no existe si se trata de la residencia habitual, que es única por definición.

En el comité de expertos fue muy discutida esta figura del «establecimiento», pues como tal carece de personalidad jurídica y no se halla en condiciones de concertar contratos (quien los conviene es realmente

la empresa, con la nacionalidad y el domicilio que en rigor tenga ésta). Pero se ha dado por supuesto que al hablar de «establecimientos» se quiere aludir al centro de operaciones comerciales de cada caso concreto, no a la empresa en sí. De este modo, «establecimiento» de FIAT, por ejemplo, sería una sucursal de esta firma en Madrid.

1.8. El párrafo 3 se refiere a las reglas que atribuyen una protección a los consumidores, existentes en algunos Estados. La Convención alcanza desde luego a las ventas a los consumidores (al por menor), pero sin embargo hay que entender que en caso de conflicto entre la Convención y el Derecho nacional relativo a la protección de los consumidores prevalece este último, en tanto en cuanto sus disposiciones sean más favorables a los consumidores.

1.9. El párrafo 4 excluye ciertos bienes del campo de aplicación de la Convención.

Así, son excluidos los buques, los buques en construcción, los vehículos que se desplazan sobre una cámara de aire y las aeronaves.

Hemos traducido por «buques» la expresión francesa *navires* y la inglesa *ships*, aunque la cuestión es dudosa, dada la amplitud del término español utilizado (buque). Hemos preferido mantenerla, sin embargo, por razón de vaguedad del vocablo «barco» (quizá el más apropiado, en rigor, dado que luego se utiliza en el precepto la palabra «embarcación», que de alguna manera es lo mismo que buque en sentido jurídico). La misma dificultad se planteó en el texto francés (*bateau y navire*), y sobre todo en el inglés (*ship, boat, vessel*).

Las palabras francesa *aéroglosses* e inglesa *hovercraft* las hemos traducido por «vehículos que se desplazan sobre una cámara de aire», dada la inexistencia de un vocablo español que pueda definir este tipo de artefactos, que usualmente solemos designar con su nombre inglés (*hovercraft*).

La razón de la exclusión del ámbito de la Convención de estos bienes citados precedentemente reside en la necesidad de evitar conflictos de leyes sobre ellos, puesto que se trata de cosas susceptibles de ser hipotecadas, con reconocimiento internacional en virtud de ciertas convenciones.

Las embarcaciones (*bateaux, boats*) y las plataformas de sondeo no son excluidas más que a petición de los Estados contratantes.

Dado que las características para la noción de «embarcaciones» (*bateaux*) varían según los Estados (por ejemplo, longitud, tonelaje), la Convención requiere que los Estados hagan una declaración en el momento o después de la firma o de la ratificación de la Convención.

Los vehículos automóviles entran en el campo de aplicación de la

Convención, pero como se verá el Anexo de la misma prevé la posibilidad de una inscripción (en un Registro) en el caso de reserva de dominio.

2. ARTÍCULO 2.º SIGNIFICADO DE LA CLÁUSULA DE RESERVA DE DOMINIO

2.1. *Texto*

«1. En el sentido de la presente Convención, es preciso entender por contrato con cláusula de reserva de dominio simple (en adelante denominada «cláusula de reserva de dominio») el contrato de compraventa de bienes en virtud del cual la propiedad de los bienes objeto del mismo no se transfiere al comprador más que cuando éste ha cumplido en su totalidad la contraprestación de la compra.

2. Si el contrato prevé entregas separadas, las partes pueden convenir que la transmisión de la propiedad de los bienes objeto de cada entrega se producirá desde que las condiciones mencionadas en el párrafo anterior se hayan cumplido en relación con ella.

3. Será considerada como «cláusula de reserva de dominio» la cláusula, reconocida como equivalente a la mencionada en el párrafo primero por el Derecho del Estado sobre cuyo territorio la cláusula se ha constituido, en virtud de la cual el vendedor se reserva el derecho de recuperar los bienes cuando el comprador no satisface en su totalidad la contraprestación de la compra.»

Comentario

2.2. Este artículo indica a qué contratos de venta de bienes muebles corporales con una cláusula de reserva de dominio simple se aplicará la Convención.

El párrafo primero se limita a indicar, en relación con el artículo primero, que debe tratarse de bienes muebles corporales. El comité de expertos no ha estimado necesario exigir expresamente que estos bienes deben ser identificables. En efecto, de una parte, se desprende del Derecho del contrato de compraventa que o los bienes deben ser determinados en el contrato mismo o que éste debe contener criterios que permitan su identificación lo más tarde en el momento de la entrega, y, de otra parte, el artículo 5, párrafo 1, b), establece claramente que, para invocar la cláusula de reserva de dominio simple, los bienes reivindicados deben, en el momento de aplicación de la cláusula, poder ser identificados como los que fueron objeto del contrato. Por ejemplo, es posible concluir una

cláusula de reserva de dominio simple en relación con bienes fungibles, tales como el acero o el trigo, pero para reivindicar la propiedad es preciso que estos bienes sean todavía identificables en el momento de aplicación de la cláusula, es decir, que no hayan sido transformados.

2.3. Como decíamos antes, se desprende igualmente del párrafo primero que la Convención no se aplica a la cláusula de reserva de dominio «extensa» (*élargie* en francés) ni a la «prolongada» (*prolongée*). Ya hemos dicho más arriba qué se entiende en algunos ordenamientos por estos tipos peculiares de cláusulas de reserva de dominio.

2.4. Sin embargo, el comité de expertos ha estimado que la Convención se aplicará si, a pesar de la naturaleza «extensa» o «prolongada» de la cláusula, la situación presenta las condiciones previstas por la Convención. Así, si la cláusula es extensa pero el precio no se ha pagado o si la cláusula es «prolongada» pero el bien no ha sido todavía vendido o transformado, el vendedor podrá, en virtud de la Convención, recuperar el bien en posesión del comprador.

2.5. Por otra parte, el término «contraprestación» ha sido preferido al término «precio», porque en ciertos Estados el pago puede consistir en la entrega de una suma de dinero o, por el contrario, en entrega de prestaciones distintas. Sin embargo, si estas prestaciones conciernen a otra deuda o una deuda preexistente, la cláusula de reserva de dominio no se beneficiará de la protección de la Convención, ya que aquéllas no entran en el campo de aplicación de ésta.

2.6. El párrafo 2 contiene una reglamentación aplicable cuando el contrato prevé entregas separadas. En este caso, el acuerdo relativo a la reserva de dominio tiene como consecuencia que a pesar de existir pagos parciales la transferencia de la propiedad de los bienes objeto de cada entrega no se producirá más que cuando la totalidad de la contraprestación haya sido efectuada. Sin embargo, este párrafo admite que las partes contratantes puedan convenir en el cuadro de una reserva de dominio simple que la transmisión de la propiedad de los bienes objeto de cada entrega se produzca desde que la contraprestación correspondiente al valor de la entrega parcial se haya realizado.

2.7. El párrafo 3 precisa que se hallan incluidos en el campo de aplicación de la Convención los contratos concluidos en ciertos Estados, sobre todo en los escandinavos, en que los contratos con reserva de dominio son ahora menos frecuentemente utilizados que aquellos en virtud de los cuales la propiedad se transmite al comprador pero en que el vendedor retiene una garantía sobre los bienes. Los derechos que dimanen de tales convenciones son derechos reales, por lo que estas cláusulas son consideradas en esos Estados como equivalentes a las de reserva de domi-

nio. Sin embargo, para beneficiarse de las disposiciones de la Convención la cláusula en cuestión debe haberse constituido en el Estado que reconoce la posibilidad de estipular tales cláusulas.

3. ARTÍCULO 3.º APLICACIÓN DE LA CONVENCION

3.1. *El texto*

«Cada Estado contratante dará los efectos previstos por la presente Convención a una cláusula de reserva de dominio si ella es conforme a las disposiciones de esta Convención.»

Comentario

3.2. Este artículo concierne a la aplicación de la Convención. Establece que, en la medida en que se cumplan las condiciones previstas para la conclusión de una cláusula de reserva de dominio, los efectos que tenga la cláusula en los diferentes Estados contratantes serán los previstos por la Convención.

3.3. El comité de expertos no ha querido utilizar la expresión «reconocimiento de la cláusula» para evitar todas las formalidades que normalmente derivan de un procedimiento de reconocimiento. El artículo 3 se limita, pues, a establecer que los Estados deben atribuir a la cláusula los efectos previstos en la Convención, sobre todo los mencionados en el artículo 5.

3.4. Este artículo ha sido considerado igualmente como imprescindible para evitar la posible interpretación, que su ausencia hubiera podido justificar, de que la Convención tiene por finalidad la armonización de las legislaciones internas de los Estados.

4. ARTÍCULO 4.º FORMA DE LA CLÁUSULA DE RESERVA DE DOMINIO

4.1. *Texto*

«1. La cláusula de reserva de dominio debe concluirse por escrito, o verbalmente y confirmada por escrito por el comprador, como más tarde en el momento de la entrega de los bienes al comprador.

2. Cuando la cláusula de reserva de dominio figure entre las condiciones generales de venta que no se insertan en el contrato ni se añaden a él, el comprador debe confirmar por escrito la aceptación de la cláusula.

3. A los efectos de la presente Convención, «el escrito» incluye la carta, el telegrama y el télex.»

Comentario

4.2. Este artículo indica las condiciones que la cláusula debe reunir para beneficiarse del régimen establecido por la Convención. Para facilitar las relaciones comerciales y la rapidez de las transacciones, el párrafo primero prevé como formalidad única la existencia de un escrito, con la condición de que exista como más tarde, en el momento de la entrega de los bienes. Esta formalidad es considerada como necesaria para la protección del comprador y de terceros. El artículo 9.º, que autoriza a los Estados a dar efectos a las cláusulas de reserva de dominio de condiciones menos severas que las establecidas por la Convención, permite reconocer cláusulas de reserva de dominio concluidas sin la formalidad del escrito. En este caso la Convención no se aplica.

4.3.. El párrafo 2 contempla el caso de que las condiciones generales de venta no formen parte del escrito arriba mencionado; por ejemplo si están fijadas en una esquina del almacén, etc. En tal caso, es indispensable que dichas condiciones generales sean confirmadas por escrito en el contrato o añadidas a él, siempre como más tarde en el momento de la entrega de los bienes al comprador.

4.4. Según el párrafo 3, el término «escrito» comprende también las cartas, los telegramas y los télex, que corrientemente se utilizan en las transacciones comerciales. Esta disposición es por tanto más amplia que la de ciertos Estados, que exige que el acuerdo se establezca en un solo escrito con la firma de las dos partes.

5. ARTÍCULO 5.º EFICACIA DE LA CLÁUSULA DE RESERVA DE DOMINIO

5.1. *Texto*

«1. La cláusula de reserva de dominio da al vendedor el derecho de recuperar el bien que se halla en posición del comprador:

- a) Cuando el comprador no satisface en su totalidad la contraprestación de la compra;*
- b) cuando los bienes pueden ser identificados como objeto del contrato a que se refiere el párrafo 1 del artículo 2.º, y*
- c) cuando los bienes pueden ser restituidos «in natura» según el Derecho del Estado en el que se hallan situados.*

2. Si el Derecho del Estado en el que se encuentran los bienes requiere la resolución del contrato antes de invocar la cláusula de reserva de dominio, la demanda de recuperación de los bienes será considerada como significativa de la resolución del contrato.

3. *El Derecho del vendedor a recuperar los bienes subsiste incluso si se ha iniciado contra el comprador un procedimiento de ejecución individual o de quiebra, de concordato preventivo u otro análogo.»*

Comentario

5.2. El artículo 5.º, en su párrafo primero, enumera las tres condiciones para poder recuperar los bienes, esto es: el incumplimiento de la contraprestación de la compra, la condición de que los bienes sean identificables y que puedan ser restituidos *in natura*. De esta forma, quedan por ejemplo excluidos por causa del segundo requisito los bienes que han sido utilizados en la fabricación de otros productos o los que, siendo identificables, se han convertido en inmuebles por destino.

Este párrafo debe ponerse en relación con el artículo 10 y el párrafo 1 del Anexo, que contemplan tres reservas que los Estados Contratantes pueden formular en el momento de la ratificación de la Convención. Estas reservas se refieren al derecho a prever otras condiciones distintas de las establecidas por el artículo 5.

5.3. El párrafo 2 alude a la formalidad, exigida en ciertos países, como es la resolución del contrato antes de poder invocar la cláusula de reserva de dominio. Esta formalidad se considera cumplida por la sola demanda de recuperación del bien. Es el caso, en nuestra opinión, del Derecho español, en que la demanda fundada en la reserva de dominio y tendente a recuperar la cosa vendida presupone la necesidad de solicitar la resolución del contrato, de la cual la devolución de la cosa es simple consecuencia. Aunque tampoco haya que descartar en nuestro Derecho que, por la sola eficacia del pacto en que así se acuerde, el vendedor pueda reclamar la restitución de la cosa ante el incumplimiento del comprador, sin necesidad de demandar la resolución de la venta, que ya va implícita en la petición de devolución.

5.4. En fin, el párrafo 3 garantiza la reserva de dominio incluso en el caso de quiebra o de otro procedimiento análogo entablado contra el comprador.

Hay que hacer notar que este párrafo no define exactamente los procedimientos en los que puede invocarse la cláusula, en razón de que la terminología varía notablemente de un Estado a otro. En consecuencia, los expertos han preferido, utilizando los términos «quiebra, concordato preventivo u otro procedimiento análogo», englobar todos los procedimientos que tengan finalidades diversas pero cuyo objetivo común sea el tratamiento de las dificultades financieras de las empresas.

En efecto, a los miembros del comité de expertos se les planteaba la dificultad de que los procedimientos de ejecución colectiva no tienen

la misma denominación en todos los países, del mismo modo que existen en ciertos Estados (por ejemplo, España, con la suspensión de pagos) procedimientos que, no teniendo por finalidad natural la ejecución del deudor, pueden conducir sin embargo a ella. Es el caso de los que hemos traducido como «concordatos preventivos», utilizando una terminología no muy difundida entre nosotros pero que permite trasladar al español la palabra francesa *concordat*. Para mayor claridad, diremos que la redacción del texto francés dice: «... *si une procédure d'exécution individuelle ou de faillite, de concordat ou une autre procédure analogue a été intentée à l'égard de l'acheteur*». La versión inglesa dice: «... *even if attachment proceedings have been commenced in respect of the goods or if the buyer is the subject of bankruptcy proceedings, or winding up, arrangement or composition, or similar proceedings*».

En vista de esta dificultad terminológica —que incluso hizo pensar en la posibilidad de incluir en un apéndice todos los procedimientos de ejecución en los que la cláusula tiene eficacia—, el representante español, autor de estas líneas, sugirió utilizar la expresión «ejecución individual o colectiva del comprador», pero la proposición, bien acogida por delegados de ciertos países, no prosperó porque en otros Estados la terminología «ejecución colectiva» no es conocida.

5.5. Ya se supondrá que la redacción de este párrafo 3 del artículo 5.º fue una de las cuestiones más debatidas en el seno del comité de expertos, pues no en vano se trata de dar eficacia a la cláusula de reserva de dominio frente a terceros (en caso de ejecución individual o colectiva del comprador), fórmula realmente avanzada si se tiene en cuenta la simplicidad formal de la cláusula (art. 4.º que acabamos de examinar) y se añade que para la producción de sus efectos no se exige ninguna forma especial de publicidad o de registro (art. 8.º del Proyecto, que en seguida comentaremos). La sencillez formal de la cláusula y la mencionada ausencia de publicidad específica entrañan evidentes riesgos para los acreedores del comprador, que es lo que ha motivado las discusiones en el comité de expertos. Pero ha acabado prevaleciendo la fórmula progresista que se propugnaba por la mayoría de los delegados, precisamente en el intento de hacer de la cláusula de reserva de dominio un instrumento sencillo y verdaderamente útil en provecho del vendedor, al que por tanto se le eximen de las vicisitudes de la ejecución del comprador instada por otros acreedores.

En todo caso, los expertos representantes de la República Federal de Alemania y del Reino Unido han declarado que no podían pronunciarse definitivamente sobre este párrafo 3 del artículo 5.º, por hallarse en estudio en sus países la reforma del Derecho de quiebras.

5.6. Como es sabido, el motivo por el cual la doctrina suele pro-

nunciarse contra la eficacia de la reserva de dominio en caso de quiebra del comprador es el de la llamada «solvencia aparente», es decir, el hecho de que al estar el comprador en posesión de los bienes comprados —aunque todavía no sea su dueño— se crea en terceros (los que luego van a resultar ser sus acreedores) la creencia de que aquél cuenta con un determinado montante patrimonial, que se vería reducido si el vendedor se hallase facultado para ejercitar el derecho a la recuperación de los bienes, excluyéndolos de la masa del quebrado. Esta es la razón por la cual la jurisprudencia francesa ha considerado que, por ser la posesión uno de los elementos de la solvencia aparente del comprador, el vendedor no puede oponer el pacto de reserva de dominio a los acreedores de aquél. Véase a este respecto el reciente trabajo «*Algunos aspectos de la reserva de dominio en la quiebra*», de BOTANA AGRA, en «*Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Alfonso Otero*», Santiago de Compostela, 1981, págs. 47 ss.

Ahora bien, además de que, como pone de relieve BOTANA AGRA —*op. cit.*, pág. 64—, el argumento de la solvencia aparente sólo podría invocarse con fundamento en relación con los acreedores del comprador posteriores a la venta con pacto de reserva de dominio, hay que tener presente que tal principio se ve inevitablemente afectado por la necesidad de excluir de la masa patrimonial del quebrado los bienes que éste poseyese a título de depósito, arrendamiento, usufructo, etc. (arts. 908 y 909 del Código de comercio), poniéndolos a disposición de sus legítimos dueños. Si, con razón, en estos casos se somete el principio de la apariencia al de la verdad jurídica, no vemos motivo para que no ocurra lo mismo en supuesto igualmente justificado de que el vendedor invoque su propiedad sobre los bienes vendidos con pacto de reserva de dominio, aunque físicamente se hallen en poder del comprador quebrado. Por eso creemos que la reserva de dominio deberá surtir efectos, en el Derecho español vigente, siempre que el juzgador tenga certeza acerca de la existencia del pacto concertado al respecto, mediante una valoración racional de la prueba que excluya el único riesgo que a nuestro juicio se cierne en este caso, esto es, el de fraude urdido *a posteriori* entre el comprador quebrado y un determinado vendedor-acreedor.

Desde luego, la sustentación de este criterio chocará, en la mayor parte de las ventas de muebles, con la oposición de quienes estiman que después de la Ley de venta a plazos de bienes muebles de 1965 el pacto de reserva de dominio no tiene otro campo que el del tráfico de los muebles sometidos a dicha Ley y cumplidos los requisitos registrales que en ella se establecen (BERCOVITZ, *Comentarios a la Ley de venta a plazos de bienes muebles*, Madrid, 1977, págs. 279 ss.). Sin embargo,

y reconociendo los argumentos que fundamentan esta opinión, no la compartimos ni la estimamos adoptada por la doctrina mayoritaria. Más aún —y aunque no es éste el momento de justificarlo— nuestro criterio es que la cláusula de reserva de dominio no inscrita deberá jugar, a efectos de la quiebra del comprador, incluso en las ventas a plazos que, siendo incluibles en el ámbito de dicha Ley, las partes no han querido someter a las formalidades de la misma, dado el carácter dispositivo de su reglamentación. De no aceptarse esta opinión, desde luego, el Proyecto de Convención de que venimos hablando sería difícilmente aceptable por España, salvo que se tuviese en cuenta lo reducido y singular de su ámbito, es decir, el de afectar sólo a ventas con un ingrediente internacional, en los términos examinados al comentar el artículo 1.º.

5.7. Hay que advertir que el Anteproyecto de Convención sobre quiebra, convenios y otros procedimientos análogos, de la Comunidad Económica Europea (1970), adopta un criterio similar, al establecer el artículo 3.º que la ley del Estado en que se declare la quiebra deberá admitir la oponibilidad de la reserva de dominio a los acreedores del comprador siempre que la misma conste por escrito anterior a la entrega de la cosa, sin perjuicio de la facultad de los síndicos de acreditar el carácter fraudulento del escrito o de su fecha. Sobre este documento comunitario y su posterior evolución, *vid.* BOTANA AGRA, *op. cit.*, págs. 68-71.

6. ARTÍCULO 6.º CUESTIONES EXCLUIDAS DE LA CONVENCIÓN

6.1. *Texto*

«Sin perjuicio de las disposiciones del artículo 5.º, las demás reclamaciones relativas a una obligación contractual o extracontractual entre las partes no se hallan sujetas a esta Convención.»

Comentario

6.2. Este artículo especifica que el artículo 5.º se limita a regular sólo la cuestión de la recuperación de los bienes, con exclusión de las demás. Cualquier otra pretensión de una parte respecto a la otra no está cubierta por la Convención. Se trata por ejemplo del derecho a la restitución de prestaciones efectuadas (el importante extremo de lo que el vendedor deba retener al comprador, en su caso, de la parte de precio eventualmente percibida), del derecho a indemnización de daños y perjuicios por pérdida o deterioro de los bienes, del derecho al reembolso de gastos, del derecho a la indemnización por privación del goce

y también, según el ordenamiento de ciertos Estados, del derecho a alguna compensación cuando el bien, en el momento de la restitución, ha adquirido un valor superior en relación con el que tuviera en el momento de la entrega. Todas estas cuestiones serán regidas por el Derecho nacional. También se rige por el Derecho nacional la reclamación del vendedor contra el comprador cuando, no siendo aplicable el artículo 5.º (por ejemplo porque los bienes no son identificables o no pueden ser restituidos *in natura*), el vendedor no puede recuperar la posesión de los bienes.

7. ARTÍCULO 7.º EFICACIA DE LA CLÁUSULA FRENTE A TERCEROS ADQUIRENTES

7.1. *Texto*

«Cuando los bienes se encuentren en manos de un tercero sin la autorización del vendedor, éste tiene el derecho de recuperarlos si resulta que el tercero sabía o debía haber sabido que había adquirido los bienes de una persona que no tenía el derecho de transmitirlos.»

Comentario

7.2. Esta disposición regula el problema de la recuperación de los bienes que se encuentran en manos de terceros. Si bien es cierto que la noción de la buena o mala fe es conocida en todos los Estados Contratantes, se plantean sin embargo dos problemas. El primero, si es preciso hacer referencia a la buena o a la mala fe. El segundo consiste en si tal referencia es suficiente.

Dado que la noción de mala fe varía de un Estado a otro, ha parecido aconsejable hacer figurar en el texto mismo una definición (o mejor, una descripción) de la mala fe (saber o haber debido saber que el *tradens* no tenía derecho a transmitir los bienes).

La recuperación de los bienes no es posible más que si se establece la mala fe del tercero. El momento determinante de la mala fe queda fijado en el de la *adquisición* (de la propiedad) de tales bienes, cuestión de suma importancia en países en que domina la teoría del título y el modo en cuanto a la transmisión del dominio.

(Con referencia al Derecho español, en este punto la Convención adopta un criterio coincidente con la interpretación restrictiva de la expresión «privación ilegal» derivada del artículo 464 del Código Civil, interpretación según la cual privación ilegal es la consistente en hurto o robo, pero no en el hecho de que un poseedor de la cosa, a quien se

le ha confiado voluntariamente por su dueño, disponga de ella en favor de un tercero. Criterio éste que es el sostenido por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y por la más nutrida doctrina española.)

La prueba de la mala fe del tercero incumbe al vendedor.

7.3. Fue objeto de gran discusión en el comité de expertos la cuestión relativa a si la negligencia grave del tercer adquirente es o no constitutiva de mala fe, extremo en el que los diferentes ordenamientos discrepan. Parece que este asunto ha quedado a la determinación del Derecho nacional.

8. ARTÍCULO 8.º AUSENCIA DE REQUISITOS DE PUBLICIDAD

8.1. *Texto*

«La cláusula de reserva de dominio produce sus efectos incluso si no ha sido registrada o no ha sido objeto de otra forma de publicidad.»

Comentario

8.2. En la intención de reducir al mínimo las formalidades y las condiciones de la cláusula de reserva de dominio, no se ha exigido ninguna forma de registro o de publicidad. Se ha considerado que los intereses de terceros (acreedores del comprador) ya se hallan suficientemente protegidos por el artículo 4.º, que como hemos visto regula la forma de la cláusula (forma escrita, no posterior a la entrega de los bienes).

Es fácil imaginar que este punto había de ser (junto con el párrafo 3 del artículo 5.º) uno de los más controvertidos en la Convención. Y, según se ve, el comité de expertos se ha inclinado por una fórmula que otorga a la cláusula todo su vigor sin necesidad de recurrir a un sistema de registros, como es frecuente encontrar en algunos Derechos nacionales. Por ejemplo, el caso de España en lo relativo a la reserva de dominio en ventas sujetas a la Ley de ventas a plazos de bienes muebles.

Nuestra particular opinión es favorable al sistema seguido por el Proyecto de Convención, pues hallándose debidamente protegidos los intereses de terceros adquirentes de buena fe (art. 7.º que acabamos de examinar), no nos parece un despropósito hacer prevalecer la verdad jurídica sobre la apariencia en el caso de los otros terceros posibles interesados, que son los acreedores del comprador, tanto en procedimiento de ejecución individual como de ejecución colectiva (recuérdese el párrafo 3 del artículo 5.º y su comentario). Las particularidades del tráfico jurídico internacional y la oportunidad de brindar confianza y seguridad a los vendedores justifica este posible sacrificio de la apariencia.

Los expertos belga, italiano, luxemburgués y suizo han indicado algunas dificultades en relación con este artículo 8.º, puesto que sus ordenamientos requieren en la actualidad algunas formas de publicidad para la cláusula de reserva de dominio. Sin embargo, el representante español autor de estas líneas no ha formulado reserva alguna porque, en términos generales (fuera del caso de la Ley de venta a plazos de bienes muebles), nuestra doctrina no exige al respecto más que la certeza de la fecha. Y, por otra parte, ha considerado que una Convención internacional no tiene por qué coincidir con las reglas del Derecho interno, pues de otro modo la Convención sobraría, bastando con las reglas de Derecho internacional privado.

(En relación con el Derecho español, debe señalarse que desde la sentencia de 10 de junio de 1958 se viene entendiendo que la cláusula de reserva de dominio no tendrá efectos frente a terceros acreedores del comprador sino cuando dicha cláusula «tenga fecha cierta anterior a la ejecución» (la entablada por tales terceros). Pero GULLÓN —*op. cit.*, pág. 26— puntualiza con acierto que en ese caso de lo que se tratará es de discutir la aplicación del artículo 1.227 del Código Civil. En nuestra opinión, por «fecha cierta» no debe entenderse «documento público», sino seguridad moral del juzgador acerca de la veracidad y datación del pacto.)

8.3. Se ha planteado un caso especial en el de los vehículos automóviles, cuyos registro, matriculación, transmisión de propiedad y eventual reserva de dominio son regulados de forma diversa de un Estado a otro. Esta cuestión se ha resuelto mediante la posibilidad de una reserva, prevista en el Anexo, párrafo 2, de la Convención.

9. ARTÍCULO 9.º RESERVA DE DERECHO NACIONAL

9.1. *Texto*

«La presente Convención no impide a los Estados dar efectos a una cláusula de reserva de dominio cuya aplicación exija condiciones menos severas que las establecidas en la Convención o que no sea una cláusula de reserva de dominio simple. En este caso, la Convención no será aplicable.»

Comentario

9.2. Esta disposición ha sido incluida para autorizar algunas diferentes cláusulas de reserva de dominio a las que los Estados Contra-

tantes pudieran dar efectos, aunque dependan de condiciones menos estrictas (por ejemplo, cláusulas de reserva de dominio concluidas oralmente) que las previstas por la Convención, o aunque se trate de cláusulas que no respondan a las condiciones establecidas en el artículo 2.º (por ejemplo, cláusulas «extensas» o «prolongadas»). Los Estados Contratantes pueden reconocer estas cláusulas diferentes, puesto que la Convención no las regula.

10. ARTÍCULO 10 Y ANEXO. RESERVAS QUE PUEDEN FORMULAR LOS ESTADOS

10.1. *Texto*

«Cualquier Estado puede, en el momento de la firma o en el del depósito de su instrumento de ratificación, de aceptación, de aprobación o de adhesión, declarar que hace uso de una o varias de las reservas que figuran en el Anexo de la presente Convención. No se admitirá ninguna otra reserva.»

ANEXO

«Cualquier Estado puede declarar que no atribuirá efecto a una cláusula de reserva de dominio:

1. Si, además de las establecidas en el párrafo 1 del artículo 5.º, no se cumplen una o varias de las condiciones siguientes:

- a) El comprador debe ser puesto en mora respecto a su obligación de cumplir la contraprestación de la compra;*
- b) el retraso en la entrega de la contraprestación de la compra debe sobrepasar el plazo fijado por su Derecho interno;*
- c) la contraprestación que el comprador no ha podido cumplir o que falta por cumplir debe representar un porcentaje del total, fijado por el Derecho interno.*

2. Si, como excepción al artículo 8.º, la cláusula de reserva de dominio relativa a un vehículo automóvil matriculado en su territorio no ha sido objeto de inscripción.»

Comentario

10.2. Según la legislación de ciertos Estados deben cumplirse otras condiciones que las previstas en la Convención para que el vendedor

tenga el derecho de recuperar los bienes. A fin de permitir que estos Estados sean parte en la Convención, el artículo 10 prevé la posibilidad de formular reservas a la misma. Estas se hallan limitativamente enumeradas en el Anexo.

10.3. El párrafo 1, a), del Anexo tiene en cuenta el hecho de que ciertos Estados exigen que el vendedor haya puesto en mora al comprador antes de poder recuperar los bienes.

El párrafo 1, b), se refiere a las legislaciones que prevén que el vendedor no pueda recuperar los bienes más que si el retraso en el pago sobrepasa un determinado plazo mínimo fijado por la ley. La expresión «contraprestación» (*contrapartie*, en francés, *consideration* en inglés) se refiere no sólo al caso en que el comprador no ha cumplido la totalidad de la contraprestación, sino también a aquel en que únicamente una parte de la misma no ha sido cumplida.

El párrafo 1, c), se refiere a las legislaciones que prevén que el vendedor no puede hacer valer su derecho a recuperar los bienes si el comprador ha pagado ya un cierto porcentaje del precio total, fijado por la ley.

10.4. El párrafo 2 se refiere a la posibilidad que tienen los Estados de hacer una declaración según la cual, para hacer valer la cláusula de reserva de dominio en relación con un vehículo automóvil matriculado en su territorio, dicha cláusula ha debido ser objeto previamente de la forma de publicidad prevista a este efecto.

RICARDO DE ANGEL YÁGÜEZ

Decano de la Facultad de Derecho y Profesor de
Derecho civil de la Universidad de Deusto

La concreción de legitimidad en el nuevo Derecho privado español

(Sobre el sistema de fuentes luego de la Constitución)

I. DE LA CONSTITUCION AL TITULO PRELIMINAR DEL CODIGO CIVIL

A. LA LEGITIMIDAD DEL DERECHO

Bajo la nueva configuración formal que adopta el Estado español mediante la aprobación por el Congreso, en 31 de octubre de 1978, ratificación por el Pueblo, en 6 de diciembre de 1978, y sanción por la Jefatura del Estado, en 27 de diciembre de 1978, de la Constitución Española, vigente en 29 de diciembre del mismo año (Disposición final y B. O. E. de esa fecha), se concreta en ella —como criterio normativo máximo— la serie de postulados que debe reunir una norma para poder ser calificada de Derecho, así en su consideración material como formal.

Materialmente, la exigencia de legitimidad de toda disposición viene recabada en el preámbulo de la Constitución y en su artículo 1, primero. El Preámbulo, al fijar como fin perseguido por la Nación española el establecimiento de la «justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien común», señala un fin genérico, que se alcanza mediante la garantía de la «convivencia democrática» legal y en el orden económico y social justo, conforme al Estado de Derecho, con respeto de los derechos humanos, todo ello con miras a alcanzar una democracia *avanzada*; determinando así, los criterios de homologación internos de las

normas; pudiendo, pues, afirmarse sin temor, que toda norma que no responda a aquellos postulados, como presentes unos, como probables otros, queda automáticamente afectada del sello de la antijuricidad sustantiva. El artículo 1, primero, al afirmar la constitución del Estado como una de carácter social y democrático, sujeto a los principios de libertad, justicia, igualdad y pluralismo político como expresión de la voluntad popular, reinsiste en la misma exigencia de homologación interna de toda norma jurídica.

Formalmente, el reclamo de concreción de legitimidad de las normas, no solamente se afirma en el mismo Preámbulo, párrafo segundo, sino, igualmente, en el artículo 9, primero y tercero, al señalarse, de forma general y amplia, que se desarrolla en preceptos subsiguientes constitucionales, cómo el criterio normativo se convierte en norma de Derecho.

La materialidad jurídica de las normas se pretende asegurar por diversas vías. Aparte de la existente *per se* acción directa, que, no incluida en la normativa vigente (1), se exterioriza como claro acto político (justificable, pues, en su caso *ex post facto*), por lo que fuera de nuestro marco actual de referencia; se excluye asimismo el control material por parte del Pueblo soberano (art. 1, segundo), al fijar el artículo 166 la iniciativa legislativa de reforma constitucional, de conformidad con el artículo 87, primero y segundo —que atribuye competencia exclusiva en beneficio del Gobierno, Congreso y Senado, y de las Asambleas de las Comunidades Autónomas en su ámbito correspondiente—, reconociéndose solamente a dicho Pueblo soberano iniciativa legislativa, siempre que no se trate de legislación orgánica, fiscal, de carácter internacional o prerrogativa de gracia (art. 87, tercero). Al parecer, pues, se acepta la noción de soberanía popular simplemente pasiva, mediante los sistemas de adhesión o rechazo.

La primera vía concreta para asegurar materialmente la juridicidad del derecho se encuentra en el recurso de inconstitucionalidad, interpuesto, como indica el artículo 162, por el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, Diputados y Senadores, en número de cincuenta, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas. En segundo lugar, mediante la *cuestión de constitucionalidad*, correspondiendo la iniciativa a cualquier órgano judicial que, debiendo fallar, la norma legal en que haya de ampararse dicho fallo sea generadora de duda (art. 163). Finalmente, mediante el recurso de amparo, a que se refiere el artículo 53, y con las limitaciones y alcance a que dicho precepto se refiere.

(1) A diferencia de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica, siquiera ésta era justificación del pasado.

Tratándose de norma con categoría inferior a la ley formal, su homologación con el tipo correspondiente a ésta asegura, igualmente, la juridicidad material, como ha de verse oportunamente.

De otro lado, cuando el artículo 9, primero, sujeta a los particulares y a los poderes públicos a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico, configura y admite la unidad sistemática del Derecho español (del que la Constitución es una parte, la más destacada), de modo tal, que la búsqueda de ese sentido unitario no solamente puede servir como criterio de determinación de la juridicidad material, sino que *debe* servir, desde el momento en que el artículo 9, tercero, configura a la Constitución como garantizadora de la legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas —y de su irretroactividad si son sancionadoras—, así como la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos; lo cual significa, que, en ausencia expresa y concreta de un pronunciamiento del Tribunal Constitucional, le cabe a la jurisdicción ordinaria, en la búsqueda del sentido unitario del Ordenamiento, cumplir con la Constitución llevando a cabo la adecuada interpretación que asegure la juridicidad de la norma (2).

La juridicidad formal de la norma se obtiene guardando la competencia normativa y respetando la jerarquía de las leyes, conforme con el principio de legalidad.

B. LA POTESTAD LEGISLATIVA COMO ELEMENTO DE LEGITIMIDAD

Correspondiendo al Pueblo español ser fuente de todos los poderes que expresan la soberanía nacional (art. 1, segundo, Constitución), el artículo 66 atribuye a las Cortes Generales la consideración de organismo representante de la soberanía popular, integrándose aquéllas por el Congreso de los Diputados y por el Senado (art. 66, primero). Dichas

(2) Como cita BADENES GASSET: *Metodología del Derecho*, Bosch, Barcelona, 1959, recogiendo las opiniones de ALVARADO (*El recurso contra la inconstitucionalidad de las leyes*, Madrid, 1920) y FERNÁNDEZ DE VELASCO («Las leyes inconstitucionales y la función judicial en la legislación española», *R. D. P.*, XIII, págs. 321 y sigs.). Ya en otro lugar pude escribir que «tiene total aplicabilidad la teoría de la constitucionalidad formal de la ley, como situación en que una norma es puesta en vigor sin reunir los requisitos constitucionales correspondientes (frente a la inconstitucionalidad material de la ley o infracción por parte de ésta a disposiciones de rango superior). Podemos afirmar que un Juez tiene facultades, con ocasión de fallar un asunto determinado, para investigar si la ley que se ha alegado por las partes fue o no dictada conforme a los trámites exigidos por la estructura orgánica de la Nación..., lo cual no significa la primacía de un poder sobre otro, sino el cumplimiento específico de un mandamiento legal (*Derecho civil*, Barcelona para San Juan, I, 1972, págs. 190-191).

Cortes Generales son sede de la potestad legislativa, la cual se manifiesta mediante la ley en sentido formal, que puede adoptar diversas modalidades:

1) Leyes orgánicas, que se determinan por función de su materia, y son las correspondientes al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas..., en punto al Derecho civil, cuya característica estriba en serles exigible la mayoría absoluta del Congreso, en votación conjunta final sobre el proyecto (art. 81, primero y segundo).

2) Leyes ordinarias, que, si bien aludidas en la Constitución (v. gr.: art. 90, primero), deben deducirse por exclusión: no serán las orgánicas, ni aquéllas otras, a que nos referimos luego, de especial carácter. Son, pues, correspondientes a la actividad legislativa normal.

3) Leyes de bases, que son aquéllas que enmarcan la delegación legislativa que las Cortes Generales pueden delegar en el Gobierno, adquiriendo entonces la normativa provocada por éste rango de ley formal (art. 82, primero y segundo). Estas leyes deben delegar la potestad expresamente, para materia concreta que no sea exclusiva de la competencia de las Cortes Generales, y fijándose el plazo para actuar el ejercicio de la delegación (art. 82, tercero, y primero respecto del art. 81).

4) Leyes ordinarias delegantes, que son aquéllas que autorizan al Gobierno a refundir diversos textos legales en uno solo (art. 82, segundo), que habrán de determinar el ámbito normativo de la delegación, «especificando si se circunscriben a la mera formulación de un texto único o si incluye la de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos» (art. 82, quinto).

5) Decretos legislativos, que son las normas con rango formal de ley, que expresan disposiciones del Gobierno contentivas de legislación delegada (art. 85). Quedan sujetos a los marcos impuestos por las leyes de bases y las leyes ordinarias delegantes, agotándose la facultad delegada en el uso hecho de la misma, no pudiendo entenderse concedida la delegación de modo implícito o por tiempo indeterminado; esta potestad delegada es, a su vez, indelegable por el Gobierno (art. 82, tercero).

6) Decretos-leyes, que son aquellas normas, en que es competente el Gobierno para dictarlas, referidas a situaciones de extraordinaria y urgente necesidad, y que en ningún caso podrán tratar sobre el ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, derechos, deberes y libertades de los ciudadanos referidos en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral en general (art. 86, primero). En todo caso, tales Decretos-leyes deben ser inmediatamente sometidos a debate y aprobación del Congreso, convocado al efecto,

si no estuviese reunido, en un plazo de treinta días siguientes a la promulgación de la norma (art. 86, segundo).

De otro lado, se establece en la Constitución un régimen de garantías adicionales en la regulación relativa a la propia elaboración de las leyes, trámite general en el que cabe distinguir una serie de fases o situaciones: *a)*, iniciativa; *b)*, aprobación; *c)*, sanción y promulgación.

a) Iniciativa legislativa.—La iniciativa legislativa corresponde al Gobierno, al Congreso, al Senado, de acuerdo siempre con la Constitución y conforme con los Reglamentos de las Cámaras (art. 87, primero). Asimismo, las Asambleas de las Comunidades Autónomas pueden solicitar del Gobierno la adopción de un proyecto de ley o remitir a la Mesa del Congreso una proposición de ley (art. 87, segundo). Igualmente, y a la espera de que se concrete la correspondiente Ley Orgánica, quinientas mil firmas acreditadas de ciudadanos españoles pueden manifestar la iniciativa popular para proposiciones de ley en cualesquiera materias excepto las propias de la legislación orgánica, tributarias, de carácter internacional o en prerrogativa de gracia (art. 87, tercero).

La iniciativa de proyectos de ley se origina con la aprobación del proyecto en Consejo de Ministros (art. 88), sometiéndose al Congreso, acompañados de una exposición de motivos y de los antecedentes necesarios para pronunciarse sobre ellos (art. 88); aprobado el mismo por el Congreso, el Presidente dará cuenta al del Senado, quien lo someterá a deliberación de éste; de las resultas, el proyecto puede ser aprobado por la segunda Cámara o, mediante mensaje motivado, vetarlo o introducir enmiendas. El veto deberá ser aprobado por mayoría absoluta de los componentes del Senado. El proyecto no podrá ser sometido al Rey para sanción sin que el Congreso ratifique el mismo por mayoría absoluta en caso de veto, o por mayoría simple, una vez transcurridos dos meses desde la interposición del mismo, o se pronuncie sobre enmiendas, aceptándolas o no por mayoría simple (art. 90, primero y segundo). Si el proyecto fuere declarado de urgencia, el plazo de dos meses se reduce a veinte días naturales (art. 90, tercero).

La iniciativa de las propuestas de ley corresponde al Congreso de los Diputados y al Senado, conforme con sus respectivos Reglamentos, sin que la prioridad debida a los proyectos de ley impida el ejercicio de la iniciativa legislativa, reconocida en el artículo 87 (art. 89, primero). Si la propuesta se originase en el Senado, han de remitirse al Congreso para su trámite (art. 89, segundo).

En materias políticas de especial trascendencia, en que es dable la consulta popular mediante referendun, la iniciativa de convocatoria corresponde a la Jefatura del Estado, mediante propuesta del Presidente

del Congreso previamente autorizada por el Congreso de los Diputados (art. 92, segundo, respecto del art. 92, primero).

b) *Aprobación*.—Los proyectos de ley (y ha de suponerse que también los Decretos-leyes y los Decretos legislativos en general), reclaman la aprobación del Consejo de Ministros. En el Congreso, si la materia es propia de ley orgánica, o se trata de texto vetado por el Senado, se exige mayoría absoluta (art. 81, segundo y art. 90, segundo), siendo suficiente la mayoría simple en los demás casos.

Las materias susceptibles de consulta por referendum, reclaman la aprobación popular.

Si se trata de proyectos de reforma constitucional, la aprobación debe ser de tres quintos de cada una de las Cámaras; si no hubiese acuerdo entre ambas, ni se lograse mediante la comisión paritaria prevista en el artículo 167, primero, si el texto hubiese recibido la aprobación por mayoría absoluta del Senado, se considerará aprobado con el concurso de dos tercios del Congreso de los Diputados. En todo caso se requiere referendum popular, cuando así lo soliciten, dentro de los quince días siguientes a la aprobación cameral, una décima parte de los miembros de cualesquiera de ellas (art. 167, segundo y tercero).

c) *Sanción y promulgación*.—La Jefatura del Estado, en el plazo de quince días desde su aprobación pertinente, sancionará las leyes aprobadas por las Cortes Generales, promulgándolas y ordenando su inmediata publicación. Y, conforme previene el artículo 2, primero, Código Civil, las leyes entran en vigor a los veinte días de su completa publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, si su texto no dispone otra cosa.

C. LA POTESTAD REGLAMENTARIA COMO ELEMENTO DE LEGITIMIDAD

De conformidad con la Constitución y las leyes formales, se admite en el Gobierno la competencia de la potestad reglamentaria (art. 97). Dado que el Poder Ejecutivo está sometido al Ordenamiento jurídico (art. 9, primero), y garantizado éste por medio de la Constitución, el principio de legalidad y la jerarquía normativa (art. 9, tercero), se impone a la Administración actuar conforme al principio de jerarquía (art. 103, primero), siendo sus órganos creados, regidos y coordinados conforme con la ley (art. 103, segundo). Por ello, se reconoce el control de la potestad reglamentaria y de la legalidad de la actuación administrativa (art. 106, primero).

En defecto de una ley posterior a la Constitución, se considera vigente la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, texto refundido de 26 de julio de 1957, que concreta la juridicidad de la potestad reglamentaria.

La primera limitación deriva de que las disposiciones administrativas de carácter general no pueden ser «contrarias a las leyes, ni regular... aquellas materias que sean de la exclusiva competencia de las Cortes» (art. 27), salvo la correspondiente delegación conforme a la Constitución. Además, dichas disposiciones administrativas «se ajustarán a la siguiente jerarquía normativa: primero, decretos; segundo, órdenes acordadas por las Comisiones Delegadas del Gobierno; tercero, órdenes ministeriales; cuarto, disposiciones de Autoridades y Organismos inferiores, según el orden de su respectiva jerarquía» (art. 24, primero). «Las disposiciones y resoluciones de los ministros adoptarán la forma de órdenes e irán firmadas por el titular del departamento» (art. 25, primero).

En todo caso, el rango normativo reclama que «ninguna disposición administrativa podrá vulnerar los preceptos de otra de grado superior» (art. 23, primero).

D. LA LEGITIMIDAD DEL DERECHO EN EL MARCO AUTONÓMICO

En artículo 48 de la Constitución reconoce a las Comunidades Autónomas propia competencia normativa en las materias enumeradas por dicho precepto, y con exclusión —por ser competencia del Estado— de las comprendidas en el artículo 149. No obstante, «las Cortes Generales, en materias de competencia estatal, podrán atribuir a todas o algunas de las Comunidades Autónomas la facultad de dictar para sí mismas normas legislativas en el marco de los principios, bases y directrices fijados por una ley estatal...» (art. 150, primero). Igualmente, «el Estado podrá transferir o delegar en las Comunidades Autónomas, mediante ley orgánica, facultades correspondientes a materia de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación...» (art. 150, segundo).

El control de la actividad de las entidades expresivas de Comunidades Autónomas se ejerce, además de por los medios que cada Comunidad pueda prevenir en su particular régimen jurídico, por el Tribunal Constitucional, en su competencia; por el Gobierno, en materias delegadas; por la jurisdicción contencioso administrativa, también en su competencia, y por el Tribunal de Cuentas en el ámbito económico y presupuestario (art. 153).

En todo caso, para los marcos que interesan en las presentes páginas, conviene tener siempre presente el artículo 149, 8.º, que atribuye al Estado competencia en materia de legislación civil, «sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autóno-

mas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, las relaciones jurídicociviles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respecto en este último caso, a las normas de derecho foral o especial», son competencia estatal. Por su relevancia civil, merecen destacarse los apartados 1, 1.^a, 2.^a, 9.^a, 11.^a, 12.^a, 23.^a, 27.^a y 3, en función de lo que pueda prevenir cada Estatuto comunitario.

E. PREFERENCIA CONSTITUCIONAL DE LA LEGITIMIDAD MEDIANTE LEY FORMAL

Es clara en la Constitución la preferencia reconocida a la ley formal para concretar el Derecho, y vehículo, pues, para precisar su legitimidad, presupuesta la existencia material de esa esencial característica. Y es clara la preferencia, no solamente porque las disposiciones de carácter general han de sujetarse a tal forma, sino porque la actuación de los diversos poderes del Estado, que respondan a aquella generalidad, quedan sujetos igualmente al principio de legalidad.

Reconoce la Constitución una pluralidad de entes que tienen energía para poner en marcha criterios de elaboración material del Derecho (v. gr.: partidos políticos, art. 6 y concordantes; sindicatos de trabajadores y asociaciones empresariales, art. 7 y concordantes; los propios Poderes públicos, art. 9, segundo, y concordantes; la comunidad internacional, art. 10, segundo, y concordantes; las confesiones religiosas, art. 16, tercero; los propios ciudadanos, directamente o por representantes, art. 23, primero y concordantes), pero siempre y en todo caso recaba la adecuación a la forma de ley para su expresión vinculante (cfr. arts. 1, primero; 7; 9, primero y tercero; 10, primero; 13, primero y tercero; 17, primero, tercero y cuarto; 18, cuarto; y, en general, el Título I respecto del art. 53, primero; etc.).

Ciertamente, que esa ley formal es equiparada a la norma en sentido amplio es claro con sólo contrastar Constitución y Código Civil. En efecto, dado que la propia Constitución no altera ni afecta al Título Preliminar, ya calificado antes de «constitución política» (3), deben enten-

(3) CASALS COLLDECARRARA, Miguel: «La interpretación», en *Ciclo de conferencias sobre el nuevo Título Preliminar del Código Civil*, Publicaciones del I.C.A. de Barcelona y A.J.L. de Cataluña, Barcelona, 1975, pág. 21. CONDOMINES VALDÉS, F. A.: *Algo más sobre el Título Preliminar del Código Civil*, en el mismo volumen citado, pág. 265.

derse ambas normas como complementarias, como reconoce la propia Constitución al calificarse ella misma como parte del Ordenamiento jurídico (art. 9, primero), y fijando el Título Preliminar del Código Civil cuáles son las fuentes del Ordenamiento. Cabe, pues, desplazar el tema de la concreción de la legitimidad normativa desde la Constitución al Código Civil, pues es su Título Preliminar, según ha quedado redactado por el Decreto 1936/74, de 31 de mayo (B. O. E. núm. 163, de 9 de julio de 1974), quien da fuerza de ley al mismo por ser norma delegada del Legislativo, el que determina la concreción del Derecho.

II. SISTEMA DEL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO CIVIL

LA IDEA DE SISTEMA

El artículo 1, primero, del Código Civil, señala claramente que «las fuentes del Ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho».

Por su parte, el artículo 1, séptimo, al ordenar a los Jueces y Tribunales la inexcusabilidad del fallo, les impone atenerse «al sistema de fuentes establecido».

DÍEZ-PICAZO (4) ha señalado, con acierto, que en el articulado del Título Preliminar se produce una sustitución de la expresión «fuentes del Derecho» por la de fuentes del Ordenamiento jurídico. «Es llamativa —y tal vez significativa— la utilización de la idea de ordenamiento jurídico, que, por lo que nosotros sabemos, se utiliza por primera vez... Con la idea de Ordenamiento jurídico parece quererse hacer referencia al bloque normativo, como un conjunto, pero también probablemente, a la consideración de ese bloque o conjunto como un todo cuyas partes se encuentran o, por lo menos deben encontrarse, en armónica coherencia o estructura entre sí». Esta es la idea que parece latir en la E. de M., al resaltarse el carácter de las fuentes como referidas a un todo sistemático (... las cuales —fuentes— aparecen configuradas con ese alcance y significado...; «la costumbre... sólo desempeña el cometido de fuente... siempre que no contradiga los módulos generales esencialmente delimitadores de la licitud constituidos por la moral y el orden público...»; «los principios generales del Derecho actúan como fuente subsidiaria; pero además de desempeñar este cometido... pueden tener un significado informador de la ley o de la costumbre»; como complemento de las fuentes, se citan los tratados internacionales y la

(4) DÍEZ-PICAZO, L.: *Comentarios a las reformas del Código Civil*, I, Ed. Tecnos, Madrid, 1977, págs. 47 y sigs.

jurisprudencia; y porque así queda el ordenamiento completado, «sólo establecidas tan fundamentales precisiones acerca de lo que ha de reconocerse con entidad de Derecho adquiere cabal sentido y justificación el deber inexcusable» de fallar de los Jueces y Tribunales (5).

Parece que sí, que se trata por parte del legislador de señalar que el Derecho, no siendo en absoluto cerrado coto enteramente delimitado (pues sería negar el Derecho, que es vida social y padece, en cuanto medio, de zonas grises), tampoco se ofrece como algo que admite y acepta cualquier criterio como jurídico por el simple hecho o circunstancia de que pretenda emplearlo un agente del «sistema legal». Lo ha entendido muy bien DE LA VEGA BENAYAS (6), al calificar al Título Preliminar como de «interesante aportación legislativa...»; «especie de parte general legislativa que contuviera todas las normas, tanto de alcance público como privado y de aplicación general para la realización del Derecho de la nación en su conjunto». Y añade: «Ha hecho bien el legislador en establecer el catálogo de fuentes... [e] incluir como corolario lógico el deber de los Jueces y Tribunales de seguir el orden preestablecido...». Se ha ganado un «mayor pluralismo y ha seguido al mismo tiempo una línea mucho más armónica»; lo que resalta FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO (7), quien no parece haber entendido —supuesto que yo haya entendido— el alcance de la reforma, que tacha de positivista en exceso; que, al precisar una jerarquía, se aparta de los modernos sistemas (?) que ponen todas las fuentes en colaboración conjunta para hallar la norma justa en cada caso; que convierte el Derecho en expresión, no de lo justo, sino del poder; al desconocimiento del Derecho por parte del pueblo; que niega el carácter tópico del Derecho y al repetido divorcio con la realidad social; que fomenta la analogía, etc. En su momento ha de verse si lo que persigue FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO con su crítica es o no factible (y quizá mucho más, pero mejor hecho) con ese sistema de fuentes del ordenamiento.

Por el momento, lo que interesa es seguir al legislador en su discurso para ver a dónde nos lleva. Luego, en su final, puede ser el momento adecuado para enjuiciar la obra si, ciertamente, no respondiese a los postulados esperados y ansiados.

(5) Insiste en ello el autor de la E. de M., HERNÁNDEZ GIL, A.: «Génesis y aportaciones del nuevo Título Preliminar del Código Civil», en el volumen *Ciclo de conferencias*, cit., pág. 15.

(6) DE LA VEGA BENAYAS, C., págs. 36 y sigs.

(7) «El sistema de fuentes», en el volumen *Ciclo de conferencias*, cit. *supra*, páginas 233 y sigs.

A. PRIMACÍA DE LA LEY

Es unánime el criterio de que el artículo 1, primero, Código Civil, acepta la primacía de la ley sobre otras fuentes del Derecho, dado que ni la costumbre, ni los principios generales del Derecho son aplicables sino en defecto de la ley (8). Se sigue con ello, al menos en apariencia, la tendencia tradicional, si bien cabe plantear, como ya se está haciendo entre los autores (9), el sentido de las innovaciones metodológicas que se apuntan en los artículos 1, sexto, y 3, segundo, o 1, quinto.

Sí es legítimo indagar, ante la redacción del precepto, y dada la amplitud del término *ley*, qué debe entenderse por ella, si la ley en sentido rigurosamente formal, o, por el contrario, debe considerarse la referencia a normas de origen estatal. El punto, no ignorado por el legislador (10), debe resolverse con un sentido de sensatez, para inclinarse

(8) Puede verse: la propia E. de M., redactada por HERNÁNDEZ GIL; GONZÁLEZ BOTELLA, P.: «El nuevo título preliminar del Código Civil», en *Documentación Jurídica*, núm. 4, octubre-diciembre 1974, págs. 35 y sigs., cita en preciso, pág. 49; DE LA VEGA BENAYAS, C.: *Teoría*, cit., págs. 43 y sigs.; Díez-PICAZO, en *Comentarios*, cit., I, págs. 47 y sigs., señalando exactamente que la determinación jerárquica se fija en el artículo 1, tercero y cuarto; ESPÍN CÁNOVAS, D.: *Manual de Derecho civil español*, Ed. Edersa, Madrid, 1979, I, pág. 58.

(9) *Ibidem*; en especial debe observarse la inicial «coincidencia dispar» de DE LA VEGA y GONZÁLEZ BOTELLA.

(10) «Justamente por esta equivocidad se planteó en la Comisión de Justicia de las Cortes, que dictaminaba el proyecto de ley de Bases de este articulado, la discusión en torno de si era o no necesario añadir al número 1 de este artículo 1 un inciso a renglón seguido de la palabra 'ley', con la dicción de 'disposiciones administrativas', según enmienda *in voce* del Procurador Martínez Esteruelas, pero que fue rechazada por la ponencia. Se fundaba el enmendante en la necesidad de que el Código Civil contuviera la visión completa de nuestras fuentes del Derecho, para lo cual era preciso que reasumiera la enumeración de las disposiciones administrativas previstas en el artículo 23 de la L.R.J.A.E. Se fundó la ponencia en que, como es tradicional en España, bajo la palabra 'ley' se entiende toda norma escrita, dictada por autoridad competente, y que en este sentido general las demás disposiciones aludidas (decretos, órdenes, etc.), dentro de su peculiar rango, y que por eso se había incluido el párrafo sobre la carencia de validez de las normas inferiores contradictorias de otra de rango superior, razón también por la cual se proponía que en el número 4 de la base Primera, al hablar de la jurisprudencia, se suprimiese la referencia nominal a ley, costumbre y principios y se sustituyese por la expresión 'las fuentes', para que se entendiera que 'ley' comprende toda clase de disposiciones administrativas.

»Aunque con fundamentos en parte distintos, el Dictamen del Consejo de Estado proponía también que el número 2 del artículo primero quedara redactado así: 'A los efectos de este Título Preliminar se entiende por ley toda norma dictada por autoridad pública competente'. 'Carecen de validez las disposiciones que contradigan otras de superior jerarquía'.

»El Consejo de Estado estimaba que sin las fórmulas o redacción que proponía, el artículo 1 permanecía en la ambigüedad respecto al tema de la jerarquía normativa, pues cabría la duda de si el párrafo de la validez y jerarquía de las normas se refería o bien sólo a las que el propio título establecía —ley, costumbre, principios generales—, ora a las disposiciones integrantes del bloque de la legalidad, sobre todo desde la existencia en España de las denominadas Leyes Fundamentales

ante esta última consideración, de manera tal que, en función del principio de jerarquía, recogido en el artículo 1, segundo, Código Civil (en relación con el art. 9, tercero, Constitución), se asegure el principio formal de juridicidad de las normas, se ratifica un fundamental criterio de organización del Estado —en absoluto incompatible con sus diversas formas de estructuración política— y, en contraste con la propia Constitución, el respeto al propio Pueblo soberano en su actuación por medio de sus representantes legítimos (11).

Esta primacía de la ley no tiene que verse, no debe verse, como medio de cerrar los ojos a la realidad de que, materialmente, el Derecho no lo crea el legislador, pero sí a una tendencia, general ya, de que las normas que se pretende sean jurídicas, sean cognoscibles por todos; aquí, la centralización del modo de «anunciar» las reglas del juego social ofrece enormes ventajas, que palia sus posibles inconvenientes, los cuales, inicialmente, pueden ser perfectamente superados por un adecuado empleo de los instrumentos concedidos por el sistema de fuentes y los criterios de hermenéutica (12). De otro lado, la primacía de la ley no excluye, ciertamente, aplicarla dentro del propio sistema, lo que, bien hecho, puede significar un relativo freno al afán legislativo del Estado moderno, que con frecuencia usa de la ley, no como norma dirigida a

a partir de 1947, y desde 1957 por el establecimiento de la jerarquía de las normas administrativas por la L.R.J.A.E. (art. 23, 2.º). Por lo cual, si se estimaba innecesario llevar esas normas al Código Civil, sí parecía oportuno introducir en el artículo 1 una definición funcional de Ley, de modo semejante a la utilizada por el artículo 1 de la Ley de Introducción al Código Civil alemán o por la técnica legislativa británica.

»El Gobierno, sin embargo, no aceptó la sugerencia, quizá por las propias razones ya conocidas y de las del dictamen del Consejo de Estado, es decir, que según la doctrina española, bajo la denominación genérica de ley, se incluyen todas las normas dictadas por la autoridad pública, cosa que ya señala la Real Orden de 22 de mayo de 1891 y reiteró la jurisprudencia del Tribunal Supremo desde la Sentencia de 22 de junio de 1910» (DÍEZ-PICAZO: *Op. cit.*, págs. 44-45).

Escribe HERNÁNDEZ GIL, A., que «en los trabajos iniciales de la Comisión de Codificación se mencionaban además como fuentes 'las disposiciones estatales de carácter general' que no alcanzaran el rango de ley... Después de muchos debates se retornó a la fórmula clásica. Ir a una definición muy amplia de la ley como la propugnada por el Consejo de Estado... tampoco parecía oportuno, porque mientras a unos efectos (como su entrada en vigor) se asimilan a la ley las disposiciones que en rigor no lo son, a otros efectos (como el del recurso de casación civil) se toma por ley sólo la que lo es en sentido estricto» («Génesis y aportaciones», cit. en el volumen *Ciclo* ., cit., pág. 14). Véase también el informe de la ponencia, *Documentación Jurídica*, núm. 4, págs. 297 y sigs., y el Dictamen de la Comisión de Justicia de las Cortes, misma revista, núm. 4, págs. 311 y sigs.

(11) Por lo que huelga el legítimo planteamiento de DE LA VEGA, previo a la Constitución, en exigencia de una garantía equivalente al entonces ausente recurso de inconstitucionalidad.

(12) Cfr. DE LA VEGA: *Op. cit.*, pág. 39; 82 y sigs.; 122 y sigs.; 141 y sigs., en que se apunta ya todo el «rendimiento» que se puede obtener del *sistema* de fuentes.

la generalidad, sino como norma que, bajo disfraz de su generalidad, se dirige a muy concretos y particulares fines. Otra cosa es, que esto se haga por aquéllos a quienes compete. Reconocer a la ley el nivel máximo en la jerarquía de las normas, no significa, ni debe significar, un mero reconocimiento formal, ni tampoco como aceptación de un legalismo vacío; no debe llevarse a cabo un mero reconocimiento formal, porque ello resulta contrario a la propia esencia del Ordenamiento jurídico, que reclama contenidos; no debe, en el otro extremo, llevarse a una aceptación del vacío legalismo, por cuanto se opone éste a los postulados más elementales de justicia (13), justicia que, no solamente es una meta por lograrse, sino reclamo constante del Ordenamiento jurídico (Constitución, Preámbulo; art. 1, primero; art. 31, primero; art. 117, primero; art. 131, primero; art. 138, primero) (14).

Por ello, e inicialmente —dado que en el momento en que se escribe se ignora el desarrollo que debe tener la Constitución mediante sus leyes complementarias—, debe criticarse la fórmula del artículo 162, Constitución, al otorgar legitimación procesal activa a organismos de carácter político. La crítica, desde el plano jurídico, tiene sentido: sin negar que una Constitución tiene un gran peso político, por lo que los medios de la política la recorren en todo sentido, no es menos cierto que el Derecho tiende a enmarcar aquellos medios políticos. Si la juridicidad de la ley queda en manos de no juristas, podremos llegar a la politización de la norma, que es lo que se trata de evitar en buena medida. Ello alcanza más importancia, y mayor relieve de rechazo, en una Constitución como la española, a la cual se llega por acuerdos que se enmarcan en normas concretas. Si se hubiese seguido, por ejemplo, un modelo constitucional como el norteamericano, en que la vaguedad de los principios permite que, sin brusquedades, sean concretados según momentos pautados por

(13) La advertencia es de gran importancia cuando requerimos de la ley su generalidad, es decir, que contenga una decisión tomada en abstracto, referida a todos los concretos posibles casos y situaciones fácticas que puedan darse en hipótesis. La igualdad ante la ley sólo adquiere significado y relevancia pensando en que el legislador no usa de tan importante medio si no es para beneficio de la generalidad. La generalidad de la ley o la igualdad ante ella, como expresa el artículo 14 de la Constitución, representa la más robusta garantía formal de que el régimen de gobierno no significa el imperio del arbitrio individual. Sin embargo, conviene advertir acerca de numerosas leyes, que, redactadas en términos generales, sus presupuestos de hecho están pensados para muy pocos, siendo, pues, privilegios ilegítimos.

(14) La justicia o justiciabilidad, como gustan de decir los anglosajones, es sólo relativa, compatible con la conciencia social existente en el tiempo en que se promulga, «la justicia practicable dadas las circunstancias de lugar y tiempo», como dijo CLEMENTE DE DIEGO (*Derecho civil*. Parte general, I, págs. 404-405). Pero entonces debe ser exigida total y enteramente. Para sus derivaciones (RUIZ VADILLO: «Conceptos recogidos por la Constitución», *Documentación Jurídica*, núm. 20, páginas 73 y sigs., en especial 78-80).

la evolución social, más o menos dinámica o lenta, se explicaría entonces el recurso a los criterios políticos para enmarcar el alcance de aquellos vagos principios. Pero redactar una Constitución mediante compromisos de perspectiva política muy dispar, que obliga a incluir en la norma máximos postulados que, en sí mismo contemplados, son contradictorios, y empeñarse luego en que sea el político quien los interprete, ha de generar serios problemas. Aquí, el jurista —y quizá el iusprivatista más que el iuspublicista— podría ir a la búsqueda de criterios intermedios (armonizadores de aquellas contradicciones mediante su superación en una síntesis más elevada), reforzando así la energía del texto (15). Y no se crea que la pretensión significa un «tirar por el camino de en medio» o una posición centrista; muy por el contrario: si la Constitución marca unos mínimos y unos máximos, es asequible la pretensión de ir a éstos, precisamente porque pautan el futuro probable, mientras que aquéllos señalan el pasado que se irá (que no se ha ido todavía).

B. ¿ALCANCE SUBORDINADO DE LA COSTUMBRE?

Tomemos como punto de partida un concepto de costumbre que se da por entendido y sabido, ya que no corresponde aquí plantear el profundo problema que significa aclarar la determinación del concepto (16).

(15) Como ha de verse al tratar de los Principios generales.

(16) Mientras que el concepto y configuración de la ley apenas si ofrece dificultades serias, dada la precisión de elementos y requisitos necesarios para ello, en la costumbre se ofrecen, en cambio, grandes zonas oscuras, que la doctrina se ha preocupado de intentar aclarar; sin olvidar la problemática interna que el mismo tema ofrece, causa de una abundante bibliografía (COSTA, J.: «Requisitos de la costumbre jurídica según los autores», *R.G.L.J.*, núms. 58 y 59, 1881. IDEM: *Plan de un Tratado sobre Derecho consuetudinario*, 1889. PUCHTA: *Das Gewohnheits-Recht*, 1828-1837; VALETTE: *Du rôle de la coutume*, 1908. VANGEROW: *Lehrbuch der Pandekten*, I, 1865; BONFANTE: «Per una revisione della teoria della consuetudine», *Riv. Dir. Com.*, 1904; NAWIASKY: *Teoría general del Derecho*, 1962; MOUTON y OCAMPO: *Derecho consuetudinario español y europeo*, Madrid, 1911; LEBRUN: *La coutume; sous sources; son autorité en Droit privé*, París, 1932; PORTOLÉS: *El derecho consuetudinario a través de la codificación civil castellana*, Zaragoza, 1920; DE DIEGO: «El uso, los usos sociales y convencionales en el Código Civil», en *Fuentes del Derecho civil español*, Ed. Residencia de Estudiantes, Madrid, 1922, págs. 200 y sigs.; ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO: «La prueba del Derecho consuetudinario», *R.D.P.*, 1934; BOBBIO: *La consuetudine come fatto normativo*, Padova, 1942, etc.).

Desde la publicación de la obra de VALETTE, es opinión generalizada la que identifica costumbre con Derecho no escrito, ofreciendo una variada gama de aspectos, cuales son los usos inveterados, el denominado Derecho corporativo, cuando no ampliando su concepto hasta englobar a la jurisprudencia. Bajo tal enfoque y por su enorme amplitud, la costumbre carece de valor científico, al confundirse con aspectos muy alejados de ella, como la moral (SAVIGNY), la realidad social o positividad jurídica (Escuela sociológica), etc. Una adecuada concreción en MES-SINEO: *Manual*, trad. arg., Buenos Aires, 1956, I, como «el hecho de que un nú-

El carácter subordinado de la costumbre respecto de la ley es claro, pues «la costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público, y que resulte probada» (art. 1, tercero, párrafo primero del Código Civil). Un segundo párrafo se añade, sin embargo, conforme al cual «los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad, tendrán la consideración de costumbre» (art. 1, tercero, párrafo segundo).

El legislador se limita a señalar la innovación, doble, acaecida en materia de costumbre: «La costumbre —ampliada al no circunscribirse a la del lugar y al conferir valor de costumbre a los usos jurídicos no meramente interpretativos—, sólo desempeña el cometido de fuente en defecto de ley...» (E. de M.), lo que el autor de dicha E. de M., en su carácter particular, reitera en otro sitio (17).

Sin embargo, la formulación de la costumbre en los términos en que se hace parece que puede tener gran importancia (18), como puede deducirse ya de las palabras del señor Escrivá de Romaní, conforme a las cuales, «la sociedad va evolucionando y que la costumbre local no daba idea de esa evolución social que tiene que recoger el Derecho y cree por ello que debe mantenerse en el texto, precisamente con esa precisión de recoger dentro de la costumbre la eficacia creadora de los usos sociales con trascendencia jurídica» (19); añadiendo, que «no se ve razón alguna para seguir manteniendo esa costumbre pequeña, anquilosada, que huele a viejo, la costumbre del lugar. Existen costumbres de ámbito general muy importantes. Pensemos en determinados usos (...); una serie de usos de tipo general, de los cuales basta citar los ejemplos de muchas profesiones... que generalmente no son locales, pues suelen tener ámbito nacional» (20).

El sentido del cambio ha sido muy certeramente deducido por Díez-PICAZO, cuando, analizando el informe de la Ponencia sobre el proyecto de ley del nuevo Título Preliminar del Código Civil, destaca un significativo párrafo: aquél en que se resalta la configuración de los usos con trascendencia jurídica de carácter dinámico, modos habituales de proceder en los negocios, prácticas y precedentes con relevancia jurídica (21);

cleo social adopte uniforme y constantemente, durante un cierto tiempo, un determinado modo de obrar de relieve o contenido jurídico.

(17) Cfr. HERNÁNDEZ GIL, A.: «Génesis y aportaciones», cit. en el volumen *Ciclo de conferencias*, cit., págs. 13, 14 *in fine*, 15.

(18) Que, al parecer, pasa inadvertida a la Comisión de las Cortes y a la de Justicia, con excepción del señor Esperabé de Arteaga, a quien le preocupaba la omisión del localismo (cfr. Díez-PICAZO, en *Comentarios*, cit., I, pág. 52).

(19) *Ibidem*.

(20) *Ibidem*, pág. 53, nota 13, con referencia a la intervención del señor Escrivá de Romaní.

(21) *Ibidem*, pág. 51.

y las también palabras del señor Escrivá de Romaní, de que la ponencia *había meditado con mucho detalle* cada una de las palabras del texto, dando a los usos un carácter de «trascendencia jurídica como algo dinámico» (22). Por lo que puede concluir el propio Díez-PICAZO, que fue deseo de la ponencia dar «a la costumbre carácter general y, sobre todo, un alcance evolutivo, como algo dinámico».

Varias cuestiones cabe plantear de inmediato.

En primer lugar, ¿no resulta algo contradictorio que, siendo la costumbre un modo lento de conformación de criterios de conducta (añeja y con solera), se resalte en la ponencia un sentido evolutivo y dinámico, casi, casi, innovador? (23).

Si se destaca el carácter de los usos jurídicos como equiparados a la costumbre (son costumbre), es cierto que se supera la distinción, tan magníficamente planteada por DE CASTRO (24), de que la costumbre nace *ex factis*, no *ex dictis* (no siendo costumbre los acuerdos, resoluciones, reglas modelos, cláusulas, etc.); con lo que se abre ancho campo, como *fuerza general* de Derecho a las prácticas «evolutivas y dinámicas» de determinados sectores (profesionales, sí; pero también comerciales, mercantiles, industriales y financieros). Y es extraño, que siendo la ley la norma jurídica *general* por excelencia, surja a su lado otra de igual generalidad... o mayor.

Porque, si la costumbre y el uso pueden ser generales, ¿qué significación territorial tienen? «De una costumbre consolidada cabe establecer de antemano su generalidad, probando su efectividad en una serie de puntos y dándola por supuesto en el interior del ámbito territorial así dibujado. Por ejemplo: determinadas reglas de comercio internacional, no obstante ser consuetudinarias, se pueden entender aplicables a todo nuestro país» (25).

Abierta, así, la puerta (al menos, probablemente abierta, si no posiblemente) a prácticas hasta desconocidas en España, ¿es menester la carga de probar su existencia? Porque si la costumbre es parte del Ordenamiento jurídico, y los «Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable» de fallar «ateniéndose al sistema de fuentes establecido», un uso jurídico en ausencia de ley (y buena parte de los usos dinámicos e innovadores existentes en países más desarrollados, por no existir en España, entrarían en dicha categoría), cabe invocar *ex-officio*, pues la propia generalidad excluye la posibilidad de ignorancia judicial ante la posible diversidad de costumbres cuando son locales. «Esta justificación

(22) *Ibidem*. pág. 52, énfasis añadido

(23) Artículo 2, primera, 1, párrafo segundo, Ley de Bases.

(24) *Derecho civil de España*, I.E.P., Madrid, I, 1949, pág. 377, nota 1.

(25) Díez-PICAZO, en *Comentario*, cit., I, pág. 54.

se pierde en relación con las costumbres generales, respecto de las cuales una rigurosa exigencia probatoria no posee un claro fundamento. Entendida la prueba más como certidumbre del Derecho que de otra cosa, la aporía puede eludirse» (26); pues la exigencia de que la costumbre, o el uso equiparado, resulte probada (art. 1, segundo, *in fine*), no fija la carga de la prueba.

DE LA VEGA BENAYAS (27), ha planteado claramente las tres alternativas existentes (que el Juez conoce la costumbre; que no la conoce, pero, alegada, la investiga y alcanza; que deja a las partes la carga de probarla); en la primera hipótesis, considera que sería legalmente presumible y exigible la aplicación directa de la norma consuetudinaria; en el segundo caso, y en ausencia de colecciones oficiales de criterios y normas consuetudinarias, cabe siempre el recurso a las medidas para mejor proveer (art. 340, Ley de Enjuiciamiento Civil), que es deber inexcusable del juzgador; la tercera posibilidad la excluye, pues «la costumbre, como norma de rango directo por imperativo legal, bien que subsidiaria, debe aplicarse de oficio, sin esperar a que los interesados la aleguen y prueben». Y, además, por analogía con el artículo 12, sexto, párrafo segundo, proposición segunda, Código Civil, que autoriza al juzgador a usar cualesquiera medios de averiguación en la aplicación del Derecho extranjero en España, puede concluir, que «el Juez y el Tribunal pueden traer a juicio el conocimiento de la norma consuetudinaria, para su aplicación en su caso, sin perjuicio de la alegación por las partes, bien invitando a éstas a su prueba en el curso del pleito, en caso de insuficiente conocimiento por el Juez, ora aportando su conocimiento de oficio, mediante las diligencias para mejor proveer, concluido aquél» (28).

Si puede ser así la costumbre fuente de Derecho, cabe ahora preguntar a qué es debida la equiparación de los usos jurídicos (no los sociales) a la costumbre. DE LA VEGA (29), no parece captar la innovación, limitándose a señalar un punto de interés; que ese uso, identificado como costumbre, puede ser social, individual o de grupo, disolviéndose su análisis en un apunte sobre los usos y costumbres *locales*, aunque reconociendo que los otros «tienen validez autónoma e imperativa, sólo en defecto de ley» (30). Pero sí ha captado magníficamente el alcance de la innovación el propio Díez-Picazo, quien, después de demostrar la inconformidad que producen las interpretaciones de ALBALADE-

(26) *Ibidem*, pág. 55.

(27) *Teoría*, cit., págs. 63 y sigs.

(28) *Ibidem*, pág. 67.

(29) *Ibidem*, págs. 67 y sigs.

(30) *Ibidem*, pág. 70, *in fine*.

JO (31) y RUIZ VADILLO (32), recoge la opinión de DE DIEGO (33) (quien calificaba al uso como ajeno al Derecho, pero importante para éste) y de la doctrina mercantilista, representada por GARRIGUES (34) (quien considera los usos de comercio como fuente de Derecho objetivo en ausencia o defecto de ley, sin perjuicio de otras funciones adicionales), para, finalmente, recordar la polémica DE CASTRO-GARRIGUES acerca de la función del uso, pudiendo concluir que en el Título Preliminar ha triunfado la corriente mercantilista. Por ello, «se trata de abrir la vía para la construcción de un Derecho mercantil consuetudinario formado por lo que el Código de comercio llama 'usos de comercio', tipificando dentro de ellos una categoría de usos normativos para darles el papel que en la enumeración general de las fuentes se reconoce a la costumbre. Y ello —hay que decirlo todo— en beneficio de las clases promotoras o creadoras de tales usos, como son los empresarios, sus agrupaciones, sus asesorías jurídicas. La discusión de DE CASTRO y GARRIGUES... aclara bastante cuáles son los intereses reales que están en juego en el fondo de este problema» (35). Sin olvidar nunca que dichos usos pueden existir sin necesidad de «hacerse», fuera del territorio nacional en el ramo correspondiente.

NOVOA MONREAL, recogiendo a grandes rasgos la ideología liberal individualista y su reflejo legislativo, la describe, con RADBRUCH, como orientada hacia la imagen del hombre correspondiente a la ficción del *homo oeconomicus*, que «asimila a todo hombre al comerciante y construye para todos los hombres un Derecho que es adecuado tan solo para comerciantes» (36). Al parecer, en el Título Preliminar del Código Civil nos han convertido a todos en comerciantes. La burguesía española se siente llegada a su mayoría de edad y procede a la mercantilización de la vida, esto es, al triunfo de las relaciones sociales como relaciones *de cambio*.

Por ello, es muy curioso, que Díez-PICAZO, bien orientado por CAR-

(31) ALBALADEJO: *Derecho civil*, Madrid, 1975, en Díez-PICAZO: *Op. cit.*, página 57, nota 16.

(32) RUIZ VADILLO en *Revista Pretor*, 1974, en cita de Díez-PICAZO: *Ibidem*, página 59, nota 18.

(33) «El uso, los usos sociales», etc., en *Fuentes del Derecho civil español*, Publicaciones de la Res. de Est., Madrid, 1922.

(34) *Tratado de Derecho mercantil*, I, págs. 153 y sigs.; «Los usos del comercio», *R.D.P.*, 1944, en cita ambas de Díez-PICAZO: *Comentarios*, cit., pág. 61, nota 27. Cfr. también GARRIGUES: *Curso de Derecho mercantil*, I, Madrid, 1955, páginas 110 y sigs.

(35) Díez-PICAZO: *Ibidem*, pág. 63. A igual conclusión llega GONZÁLEZ BOTELLA: «El nuevo Título preliminar del Código Civil», en *Documentación Jurídica*, número 4, págs. 50 y sigs.

(36) *El Derecho como obstáculo. El cambio social*, Ed. Siglo XXI, México, 1975, pág. 158.

BONNIER (37), al indagar el significado posible de los usos jurídicos por contraposición a los usos sociales, plantee la distinción entre *mores* y *folkways*, que no parece llevar a sitio alguno. Un típico manual de sociología norteamericana, el de McIVER y PAGE (38), nos pone en condiciones de saber qué son esos *mores*, equiparados a los códigos de conducta (legales, de asociación o profesionales, etc.), instrumentos todos ellos que se encauzan en las pautas más generales, que la «sociología norteamericana» integra bajo la expresión de *control social*. Aparte de la familiaridad con POUND que nos proporciona el concepto, y, por consiguiente, la relativa identificación de los criterios de control social con los *standards* de conducta, que se imponen por los grupos que controlan la sociedad, el irse DÍEZ-PICAZO, casi sin quererlo, a la sociología norteamericana, ¿no puede ser sintomático de un posible significado del uso jurídico? Téngase en cuenta que la sociología norteamericana es la de PARSONS, que no es una teoría sociológica, sino que, en los Estados Unidos de Norteamérica, es *La Sociología* (39); y esa sociología es la que parece querer difundirse en España, con exclusión de otras. En su *Jurisprudence*, para POUND son fuentes del Derecho, las costumbres, la religión, las ideas morales y filosóficas, las discusiones científicas (doctrina), esto es, prácticamente todo (40); y entre los medios de desarrollo del Derecho, termina citando los estudios sociológicos (41). Por eso, cuando DÍEZ-PICAZO (42) concluye que esos usos jurídicos no deben equipararse —pues es erróneo— a las costumbres, dado que aquéllos no son «auténticas normas jurídicas, sino puros elementos utilizados en los supuestos de hecho de las normas», y que pretender distinguir los usos jurídicos de los usos no jurídicos entraña una dificultad insuperable, cabría preguntar: ¿no se trata, precisamente, de eso, de que elementos puramente sociales se introduzcan como normas de Derecho? «El intento de revisión del papel o de la función de los usos se inscribe en la evolución social, pero parece tratarse del dinamis-

(37) *Sociología jurídica*, trad. DÍEZ-PICAZO. Ed. Tecnos, Madrid, 1977, páginas 99-101.

(38) McIVER, R. M., y PAGE, Ch.: *Sociología*, trad. esp. de Cazorla, Ed. Tecnos, Madrid, 1972, 2.ª ed., 3.ª reimpresión, págs. 143 y sigs., 335 y sigs.

(39) Cfr. DAHRENDORF, R.: *Sociedad y sociología*, trad. Belloch, Ed. Tecnos, Madrid, 1966, pág. 175. Se identifica con ello GONZÁLEZ SEARA: *La sociología, aventura dialéctica*, Ed. Tecnos, Madrid, 1971. Este y aquél (véase su *Sociedad y libertad*, trad. Jiménez Blanco, Ed. Tecnos, Madrid, 1966, reimp. 1971) ponen de manifiesto la sequedad de la teoría de PARSONS, que no puede explicar nada. La lectura de la obra de McIVER y PAGE es ilustrativa de cómo pueden escribirse 717 páginas de sociología que, por resultar descriptivas y superficiales, no sirven para fijar causas de problemas y, por ello, conclusiones y soluciones.

(40) *Jurisprudence*, Ed. West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, III, páginas 383 y sigs.

(41) *Ibidem*, págs. 569 y sigs.

(42) *Loc. cit.*, págs. 69-70.

mo del mundo de los negocios, que lo que ha de favorecer es la evolución de éstos, lo cual es muy posible que no concuerde con los intereses generales. En todo caso, la categorización de los usos parece tener un origen mercantilista y utiliza a nuestro modo de ver un camino equivocado (43). Lo cual puede ser relativamente cierto, dependiendo de que así lo entienda el Tribunal Constitucional.

Por consiguiente, puede afirmarse, que los usos jurídicos vienen a ser, por equiparación, costumbres anticonsuetudinarias, pero que, por dinámicas, enérgicas, niegan razón a «esa pequeña costumbre, anquilosada, que huele a viejo...»; son esos, «de los cuales basta citar los ejemplos de muchas profesiones...», y que, como opina DE LA VEGA BENAYAS, pueden aplicarse directamente, de oficio, sin tan siquiera alegarlos las partes (las partes interesadas en ello, es claro). Su existencia, ciertamente, no se encuentra en el Derecho, sino fuera de él, pero *serán Derecho*.

Las limitaciones impuestas a esos usos jurídicos no parecen, de otro lado, ni originales, ni, temo, difíciles de evitar. Partiendo de la premisa de que tales costumbres y usos jurídicos solamente regirán en defecto de ley, el art. 1, tercero, fija dos límites a su normatividad: que no sean contrarios a la moral o al orden público.

La limitación impuesta por la moral disuelve, realmente, el problema en una cuestión de apreciación. ¿Entenderemos por moral los criterios éticos de la nación, los de la población (que no tienen que ser coincidentes)? El propio Díez-PICAZO concreta que, «en su sentido estrictamente jurídico, la costumbre es una norma jurídica, que incorpora necesariamente una convicción jurídica y un modelo de conducta social... Parece, pues, claro, que la inmoralidad no puede darse» en la costumbre o uso jurídicamente vinculantes (44). Y, respecto del segundo límite, añade: «como no puede darse tampoco un desajuste de las normas consuetudinarias con un orden público que por hipótesis no está cristalizado en normas legales —dado que la costumbre sólo funciona en defecto o a falta de ley—. Tendría que ser, pues, un orden público encarnado en unos puros principios generales del Derecho, que no tendrían otra expresión que unas convicciones no consuetudinarias de la comunidad. Se comprende así la irremediable antítesis a que la mencionada exigencia nos conduce. Pues por una parte habría unas convicciones jurídicas encarnadas en usos efectivos, mientras que por otra parte habría otras convicciones jurídicas en un estado sólo latente y nebuloso —*meramente ideológicas y no trasladadas a la práctica*— que constituirían ese ‘orden público’, con el cual se pretende que las costumbres deben ajustarse.

(43) *Ibidem*, pág. 70.

(44) *Loc. cit.*, págs. 55-56.

La antítesis sólo podría romperse considerando que ese orden público no formulado legalmente tiene como depositario a las convenciones de muy concretas personas, como pueden ser las que ejerzan la autoridad o encarnen los órganos del Estado. Mas es claro que esta última es una idea absolutamente degradada del 'orden público' (45).

Acierta nuevamente DÍEZ-PICAZO en dos cuestiones: *a)*, en la afirmación de que ese orden público aún no está arraigado (46); *b)*, que ese orden público puede ser el determinado por ciertos grupos (y no necesariamente personas), quienes pueden ser, bien los que ejercen la autoridad, pero también (y es un concepto mucho menos 'degradado' en la vida del 'orden público') quienes usen de los que ejercen formalmente la autoridad, para lograr *sus* fines (incluso como estimándolos excelentes para toda la población («lo que es bueno para la *General Motors*, es bueno para América») (47).

Y, es claro, si esa costumbre y esos usos jurídicos sólo son norma en defecto de ley, corresponderá su concreción a la sentencia judicial, como bien dice DE LA VEGA BENAYAS (48).

C. SUPLETORIEDAD Y PRECEDENCIA DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

«Los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico»; así, el artículo 1, cuarto, Código Civil, desarrolla la enumeración de fuentes del artículo 1, primero, en que se hace referencia final a los principios generales del Derecho.

Dos, pues, son las funciones de los principios generales del Derecho: *a)*, ser fuente subsidiaria, en defecto de ley o costumbres; *b)*, informar al ordenamiento jurídico, lo que cumplen sin perjuicio de aquella anterior función. A los cuales ha de añadirse, oportunamente analizada, su función interpretadora (49).

(45) *Ibidem*, pág. 56. Su referencia a unos principios generales del Derecho que encarnen un orden público, indicativos aquéllos de expresiones no consuetudinarias de la comunidad, tienen gran importancia por la diversa función de los principios generales como fuente normativa.

(46) Cfr. Preámbulo de la Constitución.

(47) Ver CARDOZO: *La naturaleza de la función judicial*, trad. de Ponssa, Editorial Arayú, Buenos Aires, 1955, en concreto el capítulo V, «El método de la sociología; el Juez como legislador», págs. 77 y sigs.; también, POUND: *An introduction to the philosophy of law*, 1922, ed. rev. en 1954, págs. 48 y sigs. (*The application of law*).

(48) *Op. cit.*, págs. 65-67.

(49) BETTI: *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, trad. de De los Mozos, Ed. Edersa, Madrid, 1971, págs. 277 y sigs.; DE CASTRO: *Derecho civil*, citado, I, págs. 428-429.

La novedad que aporta la nueva redacción del artículo 1, cuarto, es la relativa a ser los principios generales del Derecho *informadores del Ordenamiento* (49 bis).

¿Qué significado tiene la expresión del artículo 1, cuarto, del Código Civil? No parece existir un criterio unánime entre quienes se han preocupado del punto en cuestión (50), aunque todos parecen resaltar como causa de la obscuridad la propia expresión legislativa, que, después de asignar a los principios su condición de fuente última de la jerarquía formal, advierte que es «sin perjuicio de su carácter informador...»; con lo que, como señala GARCÍA VALDECASAS, podría incidirse en la contradicción, de que el principio que informa a la ley no puede servir para contrastar ésta porque ya existe la ley. De otro lado, mientras que la Exposición de Motivos del texto reformador del Título Preliminar, parte de la premisa de que los principios sólo son fuente subsidiaria de ley y costumbre, y solamente así son fuente, les limita su significado informador a la ley y a la costumbre; el propio artículo 1, primero, al señalar que el Ordenamiento se integra por la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho, dificulta su función informadora (¿de ellos mismos?)

En la doctrina y en la jurisprudencia, los principios generales del Derecho se han usado para todo. Doctrinalmente, se han invocado con gran frecuencia como limitadores del capricho legislativo, reclamando de la ley su homolgación con los principios; mientras que la jurisprudencia del Tribunal Supremo parece haberles reducido a una mínima función de interpretación y subsidiaria de ley o costumbre ausentes. Esto es, tanto se les ha subordinado al mandato político concreto, como se les ha querido usar para reducir ese mandato. Las corrientes positivistas ha preferido (proclamándose o no iusnaturalistas), aquella primera acepción; mientras que los defensores de una suprapositivismo (proclamán-

(49 bis) El recurso a los principios generales en defecto de ley o de costumbre, calificándolos como fuente formal de tercer grado y, por ello, sometidos a la rígida jerarquía de las normas, que enunciaba el artículo 6, párrafo segundo, del Código Civil, queda, pues, subsistente, y con ello, el problema relativo a si los principios generales, precisamente por serlo, quedan referidos a un último lugar, criterio que parece haber dividido un poco a la doctrina española, que ha polemizado también acerca de si son susceptibles de servir como instrumento de la interpretación orientando la misma.

(50) Cfr. DE CASTRO: *Op. cit.*, I, págs. 464. DE LOS MOZOS, J. L.: «Norma, principio y sistema en la interpretación del Ordenamiento jurídico», en *Estudios-homenaje al Profesor Federico de Castro*, Ed. Tecnos, Madrid, 1976, II, págs. 321 y sigs.; CASTÁN TOBEÑAS: «Teoría de la aplicación y elaboración del Derecho», *R.G.L.J.*, 1945; ESPÍN CÁNOVAS, D.: *Manual*, cit., I, págs. 142 y sigs.; GARCÍA VALDECASAS: «Los principios generales del Derecho en el nuevo Título Preliminar del Código Civil», *A.D.C.*, 1975, págs. 331 y sigs.; Díez-PICAZO: *Loc. cit.*, págs. 70 y sigs.; DE LA VEGA BENAYAS: *Op. cit.*, págs. 71 y sigs.

dose o no positivistas) han preferido la última significación (51). Como quiera que, así planteado el problema, se desvirtúa la naturaleza del tema para convertirse en problema político, ¿es dable una solución estrictamente jurídica, que encaje en el «sistema»? Porque si no, la fórmula del artículo 1, cuarto, podría ser un expediente de circunstancias, sin mayor trascendencia de la que quiera darse en cada caso concreto.

BETTI (52), claro, concreto y preciso como siempre, señala que «los principios generales del Derecho hay que concebirlos no ya como el resultado, recabado *a posteriori* de un árido procedimiento de sucesivas abstracciones y generalizaciones, sino como sumas de valoraciones normativas, principios y criterios de valoración que constituyendo el fundamento del orden jurídico tienen una función genética respecto a las normas singulares. Vienen considerados no sólo bajo un aspecto dogmático, como criterios que están en el fundamento de las soluciones legislativas, en la medida en que el Derecho positivo se halla por ellos informado, sino también en un aspecto dinámico como exigencias de política legislativa, que no se agotan en las situaciones acogidas, sino que hay que tenerlas presentes como directrices o instrumentos de la interpretación respecto a los casos dudosos y también como tendencias y orientaciones a seguir en el proceso de la legislación». Su carácter de «excedencia de contenido axiológico, explica su configuración, así como fuente normativa concreta y determinada, luego de ley y costumbre, como su carácter de elemento permeante de todo el Ordenamiento, pero también como criterios de valor que, no sólo, y por lo indicado, 'empujan' al Ordenamiento hacia sus máximas metas previsibles y hacia aquellas ideales no alcanzables, sino que también 'tirán' del Ordenamiento con la misma identidad teleológica».

El problema que, desde esta última perspectiva principalmente, implican los principios generales es el de su identificación; pues, en cuanto corresponden a su función, existe el riesgo de una precisión subjetiva inconsistente o de una unilateralidad ante el natural contraste entre ten-

(51) «A uno y otro modo de ver hay que objetar que dependen de una actitud intelectualista, de suyo estética e inmovilizante, que lleva a desconocer el momento teleológico junto al momento lógico de la norma jurídica y que conduce a contemplar el orden jurídico, a la vez que en su 'plenitud lógica', como una 'universalidad' no puramente postulada, sino lograda actualmente. Al contrario, un examen más atento del fenómeno histórico y sociológico induce a reconocer que no se trata de 'plenitud', sino de coherencia (para la que la plenitud es sólo una meta ideal, nunca alcanzada); tampoco se trata de 'universalidad', como se pretende, sino de una totalidad en la que está ínsita una virtualidad que excede y sobrepasa las singulares manifestaciones y pone al intérprete, lo mismo que en otros casos, en la necesidad de una integración y de un ulterior desarrollo» (BETTI, E.: *Interpretación*, cit., pág. 278).

(52) *Ibidem*. pág. 288.

dencias conservadoras y progresistas (53). Ello reclama evadirse de las normas positivas y remitirse a su propia fuente, «y así vuelve a proponer el arduo problema de las relaciones que interceden entre sociedad y estado, en cuanto a la producción del Derecho, problema que a su vez sugiere la comparación entre la sociedad que se considera y la otra sociedad políticamente organizada... La piedra de toque de la competencia para la identificación de los principios generales se ofrece, a nuestro juicio, por el recurso o reenvío a la 'naturaleza de las cosas'... es decir, la lógica de la materia que el Derecho es llamado a disciplinar». Y, «es ella misma objeto de interpretación histórica y técnica, de manera que no puede hacerse pasar diversamente del ambiente social y conforme a la medida de los puntos de vista corrientes entre los hombres que en ella viven. Por ejemplo, en un ordenamiento que reconozca la propiedad individual, las relaciones económicas y de trabajo vienen valoradas en su 'lógica' y en su 'naturaleza' en modo esencialmente diverso que en un ordenamiento comunista» (54). La remisión a la situación histórica de cada sociedad permite determinar los principios imperantes en un momento dado, una 'naturaleza de las cosas' que opera siempre por el trámite de «una representación que se hace de ella la conciencia social históricamente determinada, y por ello, a través de una visión y una valoración históricamente condicionada que viene guiada por ciertos criterios (dictados precisamente por los principios generales) y captada bajo ese prisma, a propósito de la función de las relaciones sociales» (55).

Su especial naturaleza, la dificultad de su precisión, el necesario equilibrio en su plasmación, reclaman un especial procedimiento de concreción, que, para DE LA VEGA BENAYAS, va referido a la jurisprudencia, tanto la judicial como la doctrinal, concurriendo con BETTI (56) en ello. Es, también, el criterio del artículo 1, sexto, del Código Civil, que remite a la jurisprudencia la labor de complementar el ordenamiento, «al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales». Esta función va referida, naturalmente, a los principios generales concebidos como fuente subsidiaria en defecto de ley o costumbre (como se deduce del orden jerárquico en que se enuncian).

Pero, y aquí es donde adquiere interés la formulación del artículo 1, cuarto, del Código Civil, si los principios generales del Derecho, «sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico...», son subsidiarios, es obvio que son precedentes a dicho Ordenamiento en

(53) *Ibidem*, págs. 288-289.

(54) *Ibidem*.

(55) *Ibidem*, pág. 290.

(56) DE LA VEGA: *Teoría*, cit., pág. 75; BETTI: *Interpretación*, cit., pág. 293.

cuanto le informan. Y si el Ordenamiento español se inicia hoy con la Constitución, ¿cabe observar alguna referencia a esos principios que sirva de orientación al juzgador en el caso concreto?

Parece, que el Preámbulo de la Constitución recoge alguna referencia, cuando señala las líneas generales a que se aspira con y en la convivencia española, que significa en parte de su articulado. Líneas generales que exceden con mucho del significado de simple norma y que alcanzan la categoría de principio. Líneas generales que han sido precisadas por RUIZ VADILLO (57), al señalar los recogidos en la Constitución, así en su preámbulo como en su articulado, principios que, precisamente por ser informadores, reclaman su realización. Si los principios generales informan el Ordenamiento, e informar es «dar forma substancial a algo», en este caso al Ordenamiento, parece claro que la función de los principios, en cuanto informadores, consiste en reclamar para la ley y la costumbre (comenzando por la propia Constitución, al ser parte de dicho Ordenamiento), su conformidad con los mismos. Por lo que el Ordenamiento todo debe ser considerado en función de *medio* para alcanzar, en la relatividad histórica de cada momento, las metas señaladas, dando al Ordenamiento la coherencia necesaria a tal fin.

Ello, de ser exacta la conclusión, es de enorme importancia. De la misma manera que, referidos los principios generales a normas de carácter subsidiario respecto de ley y costumbre, pueden ser objeto de garantía judicial, siendo motivo de casación, incluso bajo el reclamo de estar reconocidos en la ley o en la jurisprudencia, al estar reconocidos en la Ley Máxima, deben ser objeto de igual garantía. El problema entonces es: si aquellos principios, en cuanto subsidiarios, se remiten a la jurisprudencia ordinaria para su eficaz aplicación, en su carácter de informadores, y señalados como tales por la Constitución, ¿deben ser concretados y fijados por esa misma jurisdicción?

Entiendo que no. Expresamente, el artículo 123, Constitución, excluye a la jurisdicción ordinaria de materias contentivas de garantías constitucionales. En igual sentido se expresan los artículos 1, 2, y 10 de la Ley de Ordenamiento del Tribunal Constitucional. Los principios generales del Ordenamiento, en cuanto informadores de éste, informan directamente a la Constitución y a las normas que la desarrollan y, por ello, al régimen de garantías que la propia Constitución establece (e íntimas con el Derecho civil muchas de ellas), siendo, pues, de aplicación el artículo 161.

Ciertamente, ante cualquier norma que, no sometida al juicio de constitucionalidad, se pretenda aplicar en el caso concreto, cabe remitir-

(57) «Conceptos recogidos en la Constitución...», *Documentación Jurídica*, número 20.

se al Tribunal Constitucional, invocando la infracción del sentido dable al principio general de Derecho, viniendo obligado dicho Tribunal a entender en el caso.

A la jurisdicción ordinaria le corresponde concretar los principios que «empujan al Ordenamiento», función a la que alude el artículo 1, sexto, del Código Civil. A la especial constitucional, aquéllos que «tiran» del Ordenamiento.

Así como se explica, que invocar los primeros reclame el medio de concreción del principio invocado (según reiterada jurisprudencia), pues son manifiestamente subsidiarios, habrá que invocarse, respecto del Preámbulo o articulado constitucionales, la exacta referencia que parece amparar el sentido del principio que se invoca, y el Tribunal Constitucional, al dictar su fallo, así precisará el principio como el significado históricamente relativo que haya de atribuírsele. A esta labor puede y debe concurrir la doctrina en su más amplio sentido. No se dice nada nuevo; es el pensamiento defendido por RUIZ VADILLO y, para el momento anterior a la Constitución, GONZÁLEZ BOTELLA, entre otros (58), al admitir que sirven de base ante las normas que los vulneran mediante el recurso de contrafuero. Desaparecido éste y sustituido por el más eficaz (?) de inconstitucionalidad y de amparo, ahí está la competencia. Y si los Tribunales, incluido el Constitucional, tienen «el «deber inexcusable de resolver en todo caso... ateniéndose al sistema de fuentes establecido», la primera en jerarquía viene en ser los principios generales del Derecho en cuanto informadores del Ordenamiento (59).

No es pequeña la innovación acontecida, obscura al momento de publicarse el Título Preliminar del Código Civil, pero meridiana al concatenarse con la Constitución.

Si es cierto, que la función de los principios generales es la señalada y que corresponde a la jurisprudencia (jueces y doctores) su plasmación, se comprende perfectamente, que «a la ciencia jurídica le cumple el cometido de elaborar la realidad jurídica entendida como orden jurídico, formando un todo sistemático», ya que aquélla no es simplemente des-

(58) Vide RUIZ VADILLO, E.: «El nuevo Título preliminar», *Documentación Jurídica*, núm. 4, págs. 51-52; IDEM: «Conceptos recogidos en la Constitución...», *loc. cit.*; GONZÁLEZ PÉREZ: *Derecho procesal constitucional*, Ed. Civitas, Madrid, 1980, según recensión de Sequeira Fuentes, *R.C.D.I.*, núm. 537, 1980, págs. 529-533; HERNÁNDEZ GIL, A.: «Génesis y aportaciones», *loc. cit.*; CADARSO PALAU, J., en *Comentarios*, cit., págs. 70-77, aunque no parece haber sacado todas las consecuencias; DE LA VEGA BENAYAS: *Teoría*, cit.; GONZÁLEZ BOTELLA: «El nuevo Título preliminar», *loc. cit.*; FIGA FAURA: «El nuevo Título Preliminar del Código Civil y el Derecho catalán», *Documentación Jurídica*, núm. 4, 1974, págs. 271 y sigs.; RUIZ VADILLO, E.: «La interpretación de las normas jurídicas en el nuevo Título Preliminar del Código Civil», misma revista, págs. 81 y sigs.; LÓPEZ ALARCÓN, M.: «La equidad en el nuevo Título Preliminar», misma revista, págs. 121 y sigs.

(59) Que parece ser la orientación de GONZÁLEZ PÉREZ: *Ibidem*.

criptiva, sino explicativa y valorativa... «A veces, la explicación y la valoración sólo podrán engendrar una crítica que prepare el camino de la transformación jurídica; *pero a veces también, de una manera más directa, pueden contribuir por sí a determinar el contenido y alcance de la realidad jurídica*» (60).

EL SENTIDO DEL SISTEMA EN EL MÉTODO DE CONCRECIÓN DEL DERECHO

Con seguridad, la crítica más enérgica que se ha hecho al Título Preliminar del Código Civil en su nueva redacción ha salido de la pluma de FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO (61). No es que no se haya imputado por otros a esa nueva redacción la ausencia de una posición clara y firme en materias de fuentes del Derecho (62), pero para el primero citado, el nuevo Título Preliminar es «prácticamente innecesario [en cuanto reforma] y, en algunos aspectos, incomprensiblemente anticuado»; la nueva formulación no es más eficaz que la antigua del artículo 6; recae en un excesivo positivismo, se aparta de las más modernas corrientes que consideran la inexistencia de jerarquía en las fuentes y que consideran que todas las existentes colaboran conjuntamente al hallazgo de la norma justa en cada caso, lo que ha de llevar a un divorcio entre realidad y Derecho; siendo por ello un sistema de colmar lagunas de la ley escrita (63); niega a la jurisprudencia carácter de fuente y le impide formular normas generales e introduce una función de los principios generales que no se limitan a ser «meramente informadores», lo que es su función específica, sino que los considera, en grave error, como fuente, etc. (64).

La opinión, sin embargo, no es compartida. Muy por el contrario, el juicio general que parece haber recibido la reforma del Título Preliminar se mueve entre los parámetros de «reforma al menos ordenadora» al de «reforma positiva» (65).

Aquella opinión, valiosa por serlo, parece no haber captado el sentido del sistema de fuentes, que, aprehensible ya con la simple reforma del Título Preliminar, destaca su enorme relevancia con el advenimiento de la Constitución.

(60) HERNÁNDEZ GIL, A.: *Metodología*, cit., I, pág. 407.

(61) «El sistema de fuentes», en el volumen *Ciclo de conferencias*, cit., páginas 233 y sigs.

(62) DÍEZ-PICAZO y CADARSO PALAU en *Comentarios*, cit., I, *passim*. El mismo GONZÁLEZ BOTELLA: «El nuevo Título Preliminar», *loc. cit*

(63) FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO: «El sistema de fuentes», *loc. cit*.

(64) *Ibidem*.

(65) Ver las citas y referencias incluidas en nota 58.

Me parece a mí, que la reforma ha tendido a orquestar un sistema de fuentes que, con todo el beneficio inherente a los «sistemas cerrados» y reduciendo al mínimo sus inconvenientes, se abre a las ventajas de los «sistemas abiertos», eludiendo buena parte de sus defectos. Sin negarse el beneficio de la noción de «orden», parece partirse del presupuesto de que esa «noción de orden en todas sus facetas es cambiante y está entregada a la creatividad humana de modo indefinido... El cambio (...) es equivalente al progreso y éste a la expresión dinámica de la realidad» (66). Frente a la crítica de ser la reforma positivista, por orquestar un orden dogmático, cabe señalar, que si bien la dogmática es hija del positivismo, es referible a un positivismo de las normas, positivismo que «es muy distinto e incluso en algunos aspectos contradictorio, con el positivismo de los hechos. La dogmática es tal en cuanto acepta como inconcusos los datos del Derecho positivo y los postulados elaborados a expensas de los mismos mediante una generalización deductiva, punto de partida de ulteriores deducciones. El Derecho positivo es variable y contingente en el espacio... y en el tiempo —porque cada ordenamiento se transforma—. Luego el ‘dogma’ no representa la inmutabilidad o inmovilidad de lo dado. No es dogma en cuanto algo no cambie o sea dado para siempre. El positivismo, y en su consecuencia la dogmática, vino a corregir el anterior ‘dogma’ de un derecho racional universalmente necesario y válido. Dogmatismo quiere decir, pues, sometimiento riguroso del jurista a lo establecido e imposibilidad de introducir variaciones o correcciones en la esfera de la aplicación judicial y de la investigación científica. Cualquiera sea el contenido material de las proposiciones jurídicas, susceptibles de cambio, lo normativamente establecido desempeña siempre la función de dogma con independencia del contenido material, porque dogmática es la formulación y no el contenido de lo formulado.

«Si el ‘dogma’ no es de suyo un postulado incommovible en su contenido material, en cuanto puede progresivamente mostrarse con normatividades variables...», debe diferenciarse del dogmatismo como significación hipostática de la dogmática, en los planos epistemológicos y metodológicos, generándose una noción de la dogmática como pretensión de formular verdades absolutas...

«La normatividad no puede ser borrada por completo del campo de la experiencia jurídica. La cuestión estriba en determinar si agota de manera excluyente el objeto de la ciencia en sentido estricto o alcanza también a los contenidos de lo regulado... A nuestro juicio, el tipo del conocimiento desplegado como dogmático-jurídico... depende de la contextura del ordenamiento y de su grado de elaboración...», pudiendo

(66) HERNÁNDEZ GIL, A.: *Metodología*, cit., III, pág. 400.

llegarse a un sistema concebido, no como mera integración ordenadora y armónica de las normas ya establecidas, sino como requiriendo la enunciación de éstas como obra de una actividad científica que se despliega al efecto; no hay, pues, limitación a la indagación sobre 'dogmas revelados' (pretensión inicial de la codificación).

Así, puede concebirse el Ordenamiento como un sistema o estructura. Este sistema estructural «a diferencia del construido por el positivismo, no es el resultante de una generalización inductiva obtenida a partir de los datos de un ordenamiento jurídico. Tampoco equivale a un absoluto *a priori*, pensado conforme al patrón racionalista... Para una intelección estructuralista, el ordenamiento presupone y se remite a un sistema no derivado de él, en el que se han ido formulando las reglas de las reglas conforme a las cuales se hace posible la articulación normativa y sus desenvolvimientos individuales a través de la realización del Derecho. El ordenamiento jurídico es una elaboración efectuada sobre la base de unos elementos que, dado su valor, se hallan sujetos a un determinado régimen de combinación y de oposiciones. La búsqueda de la estructura subyacente o inmersa en un sistema no obtenido a partir del ordenamiento no quiere decir que haya de acudirse a otro campo de estructuras» (67).

(67) HERNÁNDEZ GIL, A: *Metodología*, cit., III, *passim* de las págs. 415-424. «... me atrevo a servirme de la palabra estructura para exponer las constantes ordenadoras y organizadoras que creo descubrir en el modo de llevar a cabo la operatividad discursiva. Naturalmente, esta estructura no la he elaborado previamente, como una creación o un método, para luego acomodar a ella el razonamiento, aunque ahora, una vez conocida, logre explicaciones que incluso van más allá de la constatación de la estructura. Estoy seguro de que la estructura se ha fraguado de una manera inconsciente. O dicho con más claridad: los desarrollos discursivos, las formas intelectivas de afrontar los problemas, se me han ofrecido como algo consciente. La estructura, por el contrario, ha existido y ha condicionado el comportamiento discursivo antes de ser descubierta como tal estructura. Identifico como estructura, estructural o elementos de la estructura a esto que descubro *a posteriori*, o que se revela, luego de haberme movido entre sus coordenadas durante mucho tiempo. La captación o revelación la consigo mediante la elaboración de un modelo que si puedo lograrle lo es en la medida en que existe esa estructura, que sigue subyaciendo, respecto de la cual el modelo contiene una explicación y representa el paso de la inmanencia inconsciente al campo de la construcción mental identificadora. Si esta identificación que efectúo de la estructura a través del modelo la refleja o no, es evidente que no depende de la estructura, sino exclusivamente de mí. Pero si yo no puedo dar cuenta de otro modo de ser de la estructura, habrá de reputarse como tal, al menos en el plano del conocimiento, aquella que descubro. Este descubrimiento no queda sujeto a proclamar un modo de proceder introspectivamente inquirido. Porque realizo, en efecto, una introspección, si bien acompañada de la prospección de lo ya salido de mí y elaborado; no miro simplemente al pensamiento, sino sobre todo al comportamiento; y no sólo al comportamiento en cuanto procedimiento, sino también al reflejado en lo ya producido con el valor de la obra o resultado. Estoy completamente seguro que sin un apoyo en lo hecho, en cuanto ya hecho, terminado y reiterado, no identificaría ahora la estructura... Consiguientemente, la identificación que intento de la

La dinámica de este sistema queda perfectamente aclarada al contrastar el valor adjudicado a la jurisprudencia dentro del Ordenamiento, por lo prescrito en el Título Preliminar del Código Civil, en relación con los fines que proclama la Constitución como de imperativa exigencia y correspondiente consecución.

FUNCIÓN QUE SE ATRIBUYE A LA JURISPRUDENCIA

La pretensión de que la jurisprudencia sea reconocida como fuente del Derecho ha sido defendida y propugnada en las últimas décadas como consecuencia de la reacción contra la Escuela de la Exégesis, al ponerse de manifiesto que, mientras el sentido literal de la ley a pocas partes lleva, la búsqueda de la adecuación de aquél a las circunstancias de tiempo y de lugar es lo que permite mantener con vigor y eficacia a la primera fuente del Derecho. Y realizándose esta labor por medio de los jueces y tribunales (aunque no en solitario, sino acompañados, cuando no precedidos por la jurisprudencia en sentido amplio y más propio), se reclamó para ellos la debida estima y el indiscutible reconocimiento. De ahí, se pasó a considerar que si la ley era Derecho por mor de los tribunales, quienes hacían Derecho eran los Tribunales mismos.

En la doctrina española se ha mantenido también la conveniencia, si no la necesidad, de reconocer a la labor de los Tribunales el carácter de fuente formal del Derecho. Una posición destacada en esta dirección es la que representa PUIG BRUTAU (68).

Esta tendencia, que tampoco es incompatible con la que, desde la pre-

estructura no es una mirada interior hacia la subjetividad, sino una mirada desde y en el interior de lo producido. Lo producido me revela el modo de proceder, y no a la inversa. En lo producido están los elementos del modelo que remite a la estructura» (HERNÁNDEZ GIL, A.: *El abogado y el razonamiento jurídico*, Madrid, Ed. autor, 1975, págs. 177-178).

(68) LALAGUNA ha planteado la razón de ser de la cuestión en nuestro Derecho histórico, señalando que la polémica se inicia con motivo de la publicación del Código Civil, que no señalaba a la jurisprudencia entre las fuentes del Derecho, pareciendo que se debilitaba su valor al indicar como motivo de casación la «doctrina legal»: polémica que exageraba el valor previo reconocido a la jurisprudencia y minimizaba su trascendencia luego del Código. «En el Derecho anterior al Código, la jurisprudencia no es mencionada entre los tratadistas entre las fuentes del Derecho. Lo que entonces se discutía era el valor de la 'doctrina legal' (que en el lenguaje jurídico de la época se confunde con la doctrina de la jurisprudencia) .. Frente a quienes acentuaban la desigual autoridad ante los Tribunales de la ley y de la 'doctrina legal' se subraya que una y otra tienen en el ámbito procesal la misma eficacia. La publicación del Código Civil no cambia los datos del problema... Sin embargo, a la luz de la doctrina de las fuentes establecidas en el Código, la *vexata quaestio* venía a ganar precisión y claridad... parece que el problema del valor de la jurisprudencia como 'fuente' de doctrina legal no se modifica con la promulgación del Código. . En todo caso, si existe cambio, éste no tiene signo

ferencia de la ley se proclama, tiene un adecuado sentido, de doble alcance. De un lado, frente a un formalismo absurdo por vacío, que cierra los ojos a la realidad, se quiere prescindir de la labor judicial, ignorando lo que en efecto realiza. De otro lado, la aseveración de que la jurisprudencia es fuente de Derecho no hay que entenderla en los propios términos en que se afirma (69).

Cuando PUIG BRUTAU plantea la cuestión, lo hace claramente: en la alternativa gobierno de leyes y gobierno de hombres, aquél es el más adecuado por objetivo; pero las leyes las aplican los hombres. En esa labor, ¿hasta qué punto los hombres hacen las leyes? No se ignora, no se puede ignorar, la ineficacia de la jurisprudencia como fuente formal; lo que se propone es reconocer la realidad material de que en las sentencias encontramos criterios normativos que, bajo la excusa de aplicar la ley, no se parecen en nada a ésta. «Cuando alguno de los *legal realistas* afirma que es Derecho lo que hacen quienes están encargados de aplicarlo, no pretenden que desaparezca el carácter normativo de las reglas generales y el sentido orientador de los ideales de justicia, sino que se trata de lograr que éstos encarnen en la realidad... Los más relevantes principios de justicia sólo se convertirán en Derecho según lo que hagan quienes estén encargados de su aplicación... No se trata, pues, de una confusión entre *el ser* y *el deben ser*. Incluso más allá del realismo jurídico, ciertas tendencias... tratan de hallar una base firme para desarrollar una eficaz actividad normativa» (70). Y aquí se encierra la pretensión verdadera y, estimo, el error de apreciación. Porque olvidando que el Derecho es modo social, se pretende identificar al Derecho con el acontecimiento total, constante, cotidiano, variable y variado, olvidan-

negativo...» (*), pues el reconocimiento de los principios generales proporcionaba, por mor de la interpretación, ancho campo a los tribunales, que no serían 'fuente' de Derecho, pero sí 'fuente' de manifestación de doctrina legal.

(*) LALAGUNA: *Jurisprudencia y fuentes del Derecho*, cit., págs. 118-119; ver DE CASTRO: *Derecho civil*, cit., I, págs. 429-432.

(69) «En ningún sistema moderno el legislador juzga ni el juez legisla... Pero lo que no se puede desconocer es que en el ejercicio del poder judicial su propia dinámica produce normatividad jurídica, particular o general...» Admitir esto no supone «autorizar al juez a vagar a su capricho por los anchos campos de la arbitrariedad, o de los postulados de la escuela del Derecho libre, del conductismo judicial (Derecho es lo que *hacen* los jueces) o del puro hacer desvinculado del orden jurídico objetivo. Tanto el automatismo como la desvinculación son posiciones erróneas... 'El proceso de aplicación de la norma por decisiones judiciales es un proceso de creación *a posteriori* y de una creación nueva constante, en el que el Derecho objetivo se hace *real* como espíritu objetivo, en virtud de la conciencia subjetiva del juez —conciencia subjetiva que, sin embargo, se vuelve a orientar, a su vez, hacia la norma. .'» (*).

(*) DE LA VEGA BENAYAS: *Teoría*, cit., págs. 87 y 96-97, citando a LARENZ: *Metodología*, cit., pág. 126.

(70) PUIG BRUTAU, J.: *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, Bosch, Barcelona, s. f., págs. 8-9.

do que es característica de lo normal de la conducta la diversidad de sus situaciones concretas, particulares, individuales. Pretender la identificación entre la norma y el acontecer determinado y concreto, o es ignorar el Derecho, o es pretender desconocer la singularidad de lo concreto. El Derecho no es uniforme monotonía, ni puede serlo. Pretenderlo, como lo han pretendido los *realistas*, quienes han tenido el mérito de contribuir a romper troqueles formalistas, significa irse al otro extremo. Fijar la atención en «la norma del caso», aparte de ser una contradicción, expresa una pretensión imposible, que, llevada a sus extremos, disuelve el fenómeno social, que se pretende ver entonces a través del prisma de todos y cada uno de sus elementos componentes. Se logra, el detalle de lo particular, pero se impide apreciar la correspondencia entre esos particulares, que es lo que permite captar el todo. Analizar las células del organismo, una a una, nos ofrece la realidad de cada célula, pero nos impide ver la realidad del organismo, que es lo que, llevado al Derecho, interesa como fenómeno social. Los clásicos estudios 'realistas' de *Yankee City*, nos ilustran cómo es ésta, pero nunca han permitido conocer la realidad de los Estados Unidos de Norteamérica, que era la causa de aquél estudio.

Pretender que quien mira lo concreto formula reglas generales parece, así planteada la cuestión, un contrasentido, pues inducir del uno al todo lo que menos puede lograr es pleno error, que es el riesgo de la inducción. Y cuando de la observación de muchos afirmamos el todo, estamos ya dentro de lo que es norma, salvo prueba en contrario. Si estimamos enmarcada la normalidad más general, esta no es incompatible con concreciones diversas; y si viene en resultar que éstas niegan a aquélla, es obvio que hemos de elaborar otro criterio de norma. Ya lo había indicado HEGEL, al señalar, que los aspectos parciales de la acción son comprendidos en virtud de las respectivas causas, pero la relación recíproca entre ellas —relación que representa el núcleo esencial de lo que en concreto existe— no está contenida en las causas singulares. Esta relación, que es el todo como síntesis esencial (*wesentliche Einheit*), reside sólo en el concepto, en el fin (71).

Que la jurisprudencia pueda efectuar esta labor, entendida la jurisprudencia como efecto o resultado total, nadie ha de negarlo como cuestión de hecho; y que la ley formal autorice en su generalidad tal posibilidad, es algo obvio; el sentido de las viejas normas llega a desaparecer con el transcurso del tiempo, aunque no ocurre ello con todas las normas. Pero esto no es crear Derecho, sino interpretación y aplica-

(71) HEGEL: *Wissenschaft der Logik*, 1841, II, 74, en BETTI: *Teor. gral. neg. jurid.*, trad. de Marín Pérez, Ed. R.D.P., Madrid, 1959, 2.^a ed., págs. 141-142, nota 9.

ción vitalizadoras; la jurisprudencia plasma formalmente lo que la sociedad elabora materialmente.

Esta es la orientación seguida por el Ordenamiento español. «La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho». Aunque se ha criticado la fórmula, la aclaración de la Exposición de Motivos del Decreto 1836/74, parece ser muy consecuente, pues, rechazando el carácter de fuentes del Derecho para la jurisprudencia, indica su relevancia: desarrollar el significado posible de la norma; tomar lo ya existente llevándolo a su plenitud; convertir la semilla en planta plena; y porque esas posibilidades se encierran ya en la norma, es que no es posible justificar o excusar un fallo. De ahí su «cierta trascendencia normativa», porque van más allá del caso concreto cuando, en la reiteración de los fallos, se plasma un significado contenido en la ley o en la costumbre, etc. Su trascendencia normativa no es «cierta fuerza vinculante», pues ese carácter vinculante no deriva de la propia actuación judicial, sino del desarrollo que ésta hace de la norma previa. «Si los jueces y tribunales elaboran Derecho, es decir, aplican normas extrapositivas o extraformales, no se constituyen por ello en legisladores, no realizan función legiferante, no dictan normas generales... Las decisiones del Derecho judicial del caso —dice HENKEL— contienen un conjunto de proposiciones jurídicas y de pautas, que coexisten junto al Derecho legal y al consuetudinario para el enjuiciamiento jurídico de los comportamientos humanos socialmente relevantes y si bien el proceso de conocimiento es distinto... ello no le quita su carácter vinculante parejo... La jurisprudencia, como obra y resultado del ejercicio del Poder judicial... no puede actuar como poder legiferante y, en consecuencia, no crea, elabora o produce normas de alcance o carácter general. En ese sentido no es fuente formal de Derecho. Así lo marca la competencia constitucional y así lo dice el Código Civil. Es, además, la doctrina y la tesis correcta: el juez no puede estatuir 'generaliter'» (72). Sin perjuicio de admitir que el proceso dialéctico «hecho-juez-norma» cree o realice el Derecho. «Lo que ocurre es que el ordenamiento jurídico no está constituido sólo por las leyes o las costumbres. sino por la concepción social de toda una comunidad, conjunto de hábitos y mentalidades, tradiciones y esperanzas y sentido de justicia de aquélla. Allí es donde el Juez, que pertenece a esa comunidad, ha de encontrar la norma —de no estar ya positivizada— y realizar el Derecho correcto y justo» (73).

(72) DE LA VEGA BENAYAS: *Teoría*, cit., pág. 91.

(73) *Ibidem*, pág. 97.

Pero esa función de crear o aplicar el Derecho, ni debe hacerse así; ni, a partir de la Constitución es tan aparentemente «raquítica» como se pretende.

Difícilmente puede ir el juez a buscar normas fuera del ordenamiento jurídico, que es de lo que se trata cuando se dice que éste se integra también por el conjunto de hábitos y mentalidades, tradiciones y esperanzas y sentido de justicia. La afirmación, en apariencia elemental, requiere precisión; porque eso es la tesis de POUND y demás positivistas judiciales anglonorteamericanos. Porque si incluimos a todo dentro del ordenamiento, queda desvirtuada la naturaleza de lo jurídico en su aspecto formal, elemento que tiene gran relevancia. Ningún inconveniente existe, por supuesto, en admitir que aquellos hábitos, tradiciones, innovaciones incluso y destacadamente, y el sentido de justicia sean parte del ordenamiento, pero siempre y cuando ese ordenamiento así lo indique. El artículo 1, primero, del Código Civil pretende, precisamente, delimitar formalmente el ordenamiento, al concebirlo alumbrado por tres órdenes diversos, ley, costumbre y principios generales, órdenes que quedan sujetos a identificaciones formales (la ley, por su proceso de creación y promulgación; la costumbre, cuando resulte probada y responda a sus requisitos de fondo, pues le dan forma; y los principios generales del Derecho, en cuanto fuente de tercer grado, mediante su recepción en la doctrina legal susceptible de invocarse en casación). La omisión de toda referencia a la forma significaría que cualquier hábito, tradición, etc., podría afincarse como Derecho, y así no funcionan las sociedades. Si la ley, la costumbre, los principios generales, imponen, reenvían o se remiten a esos hábitos y tradiciones, es claro que los mismos forman parte del ordenamiento. Y el juez podrá y deberá informarse en ellos para aplicarlos. Si tal referencia no se da, parece que deba negarse al juez tal posibilidad.

Mayor poder otorga, no obstante, la Constitución para ir por ese camino, no en labor de aplicación del Derecho, sino en trámites de una aplicación que tiene trascendencia general, aunque no implique legislación judicial. Mediante la exigencia de constitucionalidad de la ley, de la costumbre, de los mismos principios generales del Derecho, se ofrece al Juez —aunque no a todo Juez, sino al que integra el Tribunal Constitucional— un enorme poder de adecuación normativa, moviéndonos, siempre, dentro del Ordenamiento. Porque si, como quedó dicho, de éste forma parte la Constitución, y la misma es generosa en remitirse a un conjunto de conceptos que reclaman constante precisión, no veo obstáculo alguno a que ese Tribunal Constitucional efectúe los reclamos imperativos, a que viene obligado, para que la norma de inferior categoría recoja y plasme en su articulado dichos principios. Que éstos puedan

entenderse de alcance y significado diverso según momentos, es claro; pero siempre la conciencia social manifestará ese abanico de probables significados, respecto de los cuales, bajo el enfoque que aquí se defiende, *la legitimidad de la norma supondría reclamar el mayor alcance que permiten señalar las fuerzas productivas del país*, aunque las relaciones de producción tiendan a retrasarse; admitiendo, ciertamente, disparidades en la apreciación del estadio alcanzado por esas fuerzas productivas, que es parte de la dialéctica del conocimiento y de la dialéctica de la vida.

El beneficio de este criterio es, que siempre nos movemos en el campo del Derecho, sin salirnos nunca de él. Estructurado el Ordenamiento como un sistema armónico y coherente, no se presenta hermético, sino abierto a todas las posibilidades que puede ofrecer el desarrollo de la vida. Con la ventaja adicional, de que ya no cabe afirmar que la invocación de los principios tiene mero carácter programático —excusa judicial constante para evitar sus inherentes problemas políticos, si de verdad es un Poder político—, pues no solamente el Preámbulo de la Constitución, sino todo su artículo recoge la existencia y presencia de dichos principios. Hacerlos posibles por ser probables es, en todos los marcos jurídicos, la labor del Tribunal Constitucional, quien, en colaboración y armonía con la jurisdicción ordinaria, puede lograr un desarrollo altamente eficaz y progresista. Este efecto, que se ofrece eficaz *en y sobre las normas generales*, se facilita en la actuación judicial concreta mediante la cuestión de constitucionalidad, permitiendo una jurisprudencia unitaria.

Y es meritorio remitir a la instancia constitucional aquella función que, por altamente política, reclama de un tribunal político, entendido el calificativo en el sentido más noble. No sería erróneo afirmar, que en el modelo de Ordenamiento así estructurado, se ha escogido la función más vitalizadora que cabe, por ejemplo, en el sistema anglosajón, cuya eficacia última depende, ciertamente, de que el Tribunal emplee sus poderes, que es su derecho y su obligación, y de que los hombres que lo formen así lo actúen.

No parece, pues, que se haya producido —al menos en este ámbito—, una reforma innecesaria, ni ha resultado anticuada, o de igual eficacia que la redacción anterior, ni se incide en positivismo. Muy por el contrario, combinadas Constitución y Título Preliminar parece meridiano lo que, antes de la Constitución, se forzaba como interpretación deseada y deseable: se adopta un moderno sistema, que, sin dificultar un orden conveniente en las fuentes de concreción del Derecho, puede adecuarse constantemente a la realidad, y por consiguiente al *máximo de justicia posible*. Y, desde luego, esos principios generales no son «meramente informadores», sino que, apuntados intensamente en la

Constitución, así en su Preámbulo como en su articulado, deben ser *necesariamente informadores, imperativamente informadores*, si queremos cumplir con la Constitución, con el Ordenamiento todo, olvidando la función que, de hecho, han cumplido con frecuencia en nuestra Historia: excusar un pseudoiusnaturalismo que encerraba el más cínico de los positivismos. Bajo aquella exigencia hallaremos en todo caso la concreción de legitimidad sustantiva en el nuevo Derecho español, y en el privado por lo que aquí interesa.

EDUARDO VÁZQUEZ BOTE

La figura del Consorcio aplicada a la gestión de las aguas subterráneas*

SUMARIO: 1. *Introducción*.—2. *Principios generales o básicos*: 1.º Planificación. 2.º Unidad del agua: A) Unidad de las aguas continentales. B) Unidad del subsuelo. C) Unidad de la gestión de los recursos hídricos totales: a) Unidad de la Política Hídrica General. b) Unidad en la gestión concreta de cada cuenca o acuífero (Administración Pública del agua). 3.º Descentralización. 4.º Participación de los usuarios.—3. *Peculiaridades de las aguas subterráneas*: 3.1. Acuífero. 3.2. Reservas y recursos. 3.3. Utilización o explotación de los acuíferos subterráneos.—4. *Propiedad de las aguas subterráneas*: 4.1. Propiedad especial: 4.1.1. Especialidad de la propiedad del agua por su importancia económico-social. 4.1.2. Especialidad de la propiedad del agua por la peculiar naturaleza del agua misma. 4.2. Análisis jurídico de la explotación de un acuífero: 4.2.1. Descripción de un acuífero. Sus elementos. 4.2.2. Intereses y relaciones internas. 4.3. Principios de la legislación actual y su interpretación doctrinal: 4.3.1. Principio de accesoriidad. 4.3.2. Atribución de las aguas al alumbrador: A) Aguas no halladas. B) Aguas halladas y extraídas. C) Aguas halladas y no extraídas. 4.3.3. Contenido de la propiedad de las aguas subterráneas.—5. *Aplicación y desarrollo de la legislación vigente*: 5.1. Intervención administrativa: 5.1.1. Ministerio de Industria y Energía. 5.1.2. Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo. 5.1.3. Ministerio de Agricultura. 5.2. Intervención gubernativa provisional y conflictos de atribuciones. 5.3. Jurisprudencia civil y contencioso-administrativa. 5.4. Legislación regional y proyectos de ley general.—6. *Las diferentes fases para el aprovechamiento de las aguas subterráneas*: 6.1. Investigación. 6.2. Planificación. 6.3. Puesta en explotación. 6.4. Aprovechamiento: 6.4.1. La falta de adscripción del aprovechamiento del agua a la tierra. 6.4.2. Aprovechamientos de aguas subterráneas que dan lugar a la sobreexplotación de acuíferos.—7. *El Consorcio como figura explicativa de las relaciones jurídicas del sistema acuífero*: 7.1. Noción del Consorcio. 7.2. El Consorcio como situación asociativa. 7.3. Amplitud de la figura consorcial y su distinción de otras afines: 7.3.1. Con la Comunidad. 7.3.2. Con la Asociación. 7.3.3. Con la Sociedad. 7.3.4. Con las Mutuas y Cooperativas. 7.4. El consorcio real agrícola: 7.4.1. De

(*) El presente trabajo fue distinguido con un accésit en el concurso convocado por el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo con motivo del centenario de la Ley de Aguas.

limitación técnico-jurídica del consorcio real agrícola. 7.4.2 Interés de esta figura del consorcio real agrícola para la regulación de diversas situaciones jurídicas agrarias.—7.5. *Consorcios de aguas*: 7.5.1. La figura consorcial en la Ley de Aguas. 7.5.2. El Consorcio de aguas subterráneas: A) Características relacionadas con el interés social. B) Características relacionadas con el interés común. C) Características relacionadas con el interés particular. D) Vida y regulación de este consorcio. 7.5.3. El consorcio y la sobreexplotación de acuíferos: A) Objetivo. B) Promoción. C) Constitución. D) Estatutos.—*Bibliografía citada.*

1. INTRODUCCION

El agua, elemento esencial para la vida y factor condicionante del desarrollo humano, presenta tal complejidad de problemas en los diversos aspectos en que puede ser considerada, que resulta difícil abordarlos sistemáticamente de modo satisfactorio.

El presente trabajo persigue llevar a cabo una profundización en la naturaleza jurídica y en la ordenación legal de las denominadas aguas subterráneas. Pero un estudio de este tipo no puede realizarse sin aludir a las aguas superficiales y sin sentar una serie de principios fundamentales referidos en general a las aguas continentales y analizar los nuevos datos técnicos y conocimientos científicos aportados por la Hidrogeología en las últimas décadas.

De otro lado hay que decir que la preocupación por el tema procede sobre todo de la contemplación de las graves situaciones a que se ha llegado, en relación con las aguas subterráneas, en el Sureste español o, más en concreto, en las provincias de Murcia, Almería y Alicante. Algunas de estas cuestiones requieren una solución que parece no resulta conveniente retrasarla hasta la tan esperada reforma de la legislación de aguas; es necesario propugnar medidas especiales fundadas en la normativa vigente o al menos no incompatibles con ella y que la adecuen a las actuales circunstancias socioeconómicas de estas zonas semiáridas de la España peninsular. Por ello junto a planteamientos que se estiman el ideal a alcanzar, se presentan los que se consideran viables en un futuro que sea inmediato.

2. PRINCIPIOS GENERALES O BASICOS

Bajo esta rúbrica queremos resaltar algunos puntos que son considerados como directrices de la regulación de las aguas continentales, comúnmente admitidas por los estudiosos del tema. Podemos señalar las siguientes:

1.º PLANIFICACIÓN

El agua constituye un recurso escaso, por lo que es preciso preservarlo, controlarlo y, si es posible, acrecentarlo. Esto sólo puede conseguirse estableciendo el correspondiente Plan Nacional del Agua, que debe elaborarse por cuencas vertientes y subcuencas.

Esta planificación hídrica debe coordinarse con la general de la economía del país y constituir una actividad permanente en la que se comparen las previsiones con la realidad y se modifiquen aquéllas para que estén de acuerdo con ésta (1), puesto que el objetivo más importante del Plan Nacional del Agua será lograr el equilibrio continuo entre los términos del binomio recursos hídricos-necesidades hídricas.

2.º UNIDAD DEL AGUA

El ciclo hídrico es el fenómeno físico por el que el agua sigue el camino mar-atmósfera-suelo-subsuelo-mar, en un continuo y complejo proceso que constituye en sí mismo la gran unidad del agua. Derivados de este proceso unitario, pueden señalarse otros principios:

A) *Unidad de las aguas continentales*

Es evidente que existen interconexiones entre las aguas superficiales y las subterráneas, de tal modo que, de las aguas que circulan por un cauce, una parte proviene de la descarga de los acuíferos (2) y, por el contrario, puede ocurrir que un curso de agua superficial alimente un acuífero. Este hecho hace que las aguas continentales se puedan considerar como un todo único y programar una adecuación a las demandas haciendo uso conjuntamente de los «embalses subterráneos», puestos gratuitamente a nuestra disposición por la naturaleza, y de los embalses superficiales realizados costosamente por el hombre.

Este es el modo de conseguir una mejor regulación de las aguas de nuestro país. El futuro de su aprovechamiento útil se encuentra en la explotación racional de los embalses de aguas subterráneas de forma similar a como se usan los embalses de superficie. Con este sistema se liberaría, además, parte de la capacidad de los embalses de superficie, permitiendo regular aguas superficiales todavía no reguladas.

(1) *Las aguas subterráneas en España, presente y futuro*, Madrid, 1978, página 165. De este informe, realizado por un equipo de ingenieros de minas y publicado por su Asociación Nacional, entresacamos la mayor parte de estos principios generales y de los datos técnicos del presente trabajo. A él nos remitimos para un estudio más detallado de estas materias.

(2) Una descripción física de acuífero puede verse en el punto 3.1. Y un intento de explicación jurídica, en el apartado 4.2.1.

B) *Unidad del subsuelo*

El subsuelo no es un elemento inerte y pasivo, simple camino de paso del agua en el ciclo hídrico. Por el contrario, el agua en el subsuelo es inseparable de la roca que la contiene. No podemos separar la savia de la planta porque la planta se muere. De modo similar a la savia en la planta, el agua subterránea es un elemento vital de nuestro subsuelo, tiene la especial característica de localizarse en el subsuelo y a él se encuentra indisolublemente unida. Este hecho es trascendental para su regulación. Ello significa que, jurídicamente, el planteamiento o punto de partida es el hecho hidrogeológico cuando se toman en consideración las aguas subterráneas.

C) *Unidad de la gestión de los recursos hídricos totales*

Para la planificación y gestión de las aguas continentales hay que sumar un conjunto de conocimientos que provienen de ciencias y técnicas con personalidad propia; tales son la meteorología, la hidrología superficial, las obras hidráulicas, las obras mineras, la oceanografía, los estudios sociológicos y económicos y la hidrogeología. La consideración jurídica no puede estar de espaldas a estos datos de la realidad.

No se puede sustituir el todo por la parte y pretender resolver los problemas del agua desde la perspectiva limitada de una de esas ciencias. Esto supone que, tanto en los trabajos de planificación como en los de gestión de las aguas, deben intervenir equipos en los que se integren expertos de las distintas especialidades señaladas.

La necesaria coordinación de estos aspectos pluridisciplinarios exige precisamente la unidad en la gestión del agua, concretada en:

a) *Unidad de la Política Hídrica General*

Como señala el Informe que sirvió de base a la Resolución 1710 (XVI) de las Naciones Unidas, «la experiencia ha demostrado que, en muchos casos, un estudio nacional efectuado, con éxito, con la colaboración de los diversos departamentos gubernamentales, pondrá de relieve la necesidad de que una Oficina Central del Estado determine la política hidráulica general y coordine el aprovechamiento de los recursos hidráulicos».

Por política hídrica queremos dar a entender la actuación pública en el sentido que marca el artículo 45.2 de la Constitución: velar por la utilización racional de todos los recursos naturales (de entre los que el agua ocupa, sin duda, un lugar fundamental).

b) *Unidad en la gestión concreta de cada cuenca o acuífero*
(Administración Pública del agua)

Consecuencia de una política hídrica concreta y unitaria deben ser las organizaciones administrativas necesarias para la gestión también unitaria de cada cuenca vertiente, subcuenca o acuífero, pues la gestión administrativa es ejecución de la política hídrica.

Desde el punto de vista de los recursos hídricos superficiales, la unidad territorial de gestión debe ser la cuenca vertiente, pues todo metro cúbico retirado y no restituido en un río disminuirá el caudal del río afluente y del río principal hasta su desembocadura. Por otra parte, toda contaminación afectará a la escorrentía aguas abajo, así como al mar.

Desde el punto de vista de las aguas del subsuelo, la unidad de gestión lógica sería el acuífero, donde todo lo que ocurre al agua almacenada en él es independiente y no tiene relación alguna con lo que ocurra en otros acuíferos contiguos, lo que se traduce en que cualquier medida que se tome sobre un acuífero determinado no influye sobre los vecinos.

Vemos, pues, que las unidades de gestión son, en principio, diferentes para las aguas superficiales y para las subterráneas. Sin embargo, para una gestión coordinada de ambos recursos, parece conveniente inclinarse por la cuenca vertiente, sin perjuicio de la suficiente autonomía de la gestión de cada uno de los acuíferos implicados en ella.

3.º DESCENTRALIZACIÓN

Consecuencia lógica de lo que acabamos de exponer es la de que, lo mismo la planificación que la gestión del agua, requieren una descentralización de funciones administrativas a nivel de cuenca y su atribución a los oportunos órganos regionales.

Estos órganos regionales deben coordinarse con el Órgano Central que establezca la política general hídrica, mediante una delegación del mismo en cada uno de aquéllos. En los órganos periféricos deben tener cabida representantes de los Departamentos Ministeriales, Instituciones, Corporaciones, empresas y particulares relacionados con los recursos hídricos, tanto superficiales como subterráneos. Lo que nos lleva a enunciar el último de los principios que debemos señalar.

4.º PARTICIPACIÓN DE LOS USUARIOS

La defensa general de las corrientes fluviales y aguas subterráneas —dice PRIETO RODRÍGUEZ (3)— puede ser asumida por el Estado, pero la protección de la unidad concreta, metro cúbico o litro de agua, tiene que estar a cargo del beneficiario directo.

Cada vez es más importante la participación de los usuarios del agua en la planificación y en la gestión de los recursos hídricos. Aspectos sociales de las mismas, como la lucha contra la contaminación y la necesidad de elegir entre las diferentes alternativas posibles, exigen la intervención de los administrados en los órganos competentes, por medio de representantes de las Entidades (Comunidades, Asociaciones, etc.) en que se encuentran agrupados y organizados.

3. PECULIARIDADES DE LAS AGUAS SUBTERRANEAS

No obstante la interconexión de las aguas superficiales y las subterráneas, es posible y conveniente destacar algunas peculiaridades de estas últimas que no suelen ponerse suficientemente de relieve.

La falta de serios planteamientos hidrogeológicos al ser estudiadas por no especialistas y el que hasta fecha reciente no ha existido en España un conocimiento integral y científico de las aguas subterráneas a nivel de cuenca hidrogeológica, han motivado una desconfianza tradicional hacia este recurso (un bien oculto y, por tanto, menos espectacular que las aguas superficiales) que es preciso desvanecer.

Para ello, recogeremos a continuación, brevemente, unos conceptos o ideas técnicas básicas y relativas a estas aguas subterráneas.

3.1. ACÚFERO

Se admite ya universalmente que el origen de la casi totalidad de las aguas subterráneas es meteórico. El agua de lluvia se infiltra en el terreno y, debido a la acción de la gravedad, circula hacia abajo hasta que una capa impermeable la detiene. Una vez que cesa este movimiento descendente, circula a favor de la pendiente del tramo impermeable hasta que encuentra una salida. Si no la encuentra, comienza a almacenarse rellenando los huecos existentes en las formaciones permeables hasta que, a un nivel superior, el agua anteriormente infiltrada, sale a la superficie, produciéndose una surgencia natural. Por este mecanismo, una

(3) PRIETO RODRÍGUEZ, Francisco: «Régimen Jurídico de las Aguas Públicas», publicado en la *Revista Medio Ambiente* (5-XII-1974).

parte de las aguas queda almacenada en el subsuelo, constituyendo lo que en ocasiones se denomina «embalse subterráneo» para facilitar la comprensión de los no especialistas. Sin embargo, los hidrogeólogos prefieren emplear términos sinónimos como almacén subterráneo, almacén acuífero, sistema acuífero o sistema hidrogeológico, o simplemente acuífero, que responden mejor a su concepción física.

Estos almacenes subterráneos, cuyas dimensiones pueden variar desde unos pocos km² hasta cientos e incluso miles de km² de superficie y de unos pocos metros a varios cientos de metros de espesor, tienen una característica fundamental: en condiciones naturales están llenos. Cualquiera que sea la cantidad de agua que les llegue, haciendo intervenir el factor tiempo se consigue el llenado. A partir de este momento, las aguas que llegan al embalse subterráneo tienen que salir necesariamente de una u otra forma.

3.2. RESERVAS Y RECURSOS

Se denomina reserva hídrica subterránea la cantidad de agua contenida en un acuífero y recurso hídrico subterráneo la cantidad de agua que anualmente o en cualquier otro ciclo de tiempo llega al acuífero y que es igual a la que sale de él dentro de un ciclo similar pero a ritmo diferente. En último término, los recursos son el volumen de agua susceptible de ser extraído de un embalse sin consumir de una manera permanente las reservas.

En sentido amplio, las reservas totales son el volumen de agua contenido en un acuífero en un momento determinado, dentro de los límites que lo definen; y las reservas explotables o útiles son aquella fracción de las reservas totales que podrán extraerse dentro de los límites técnicos, económicos y de seguridad admisibles.

Las dos terceras partes del agua dulce existente en la tierra se encuentran retenidas en embalses subterráneos y el agua almacenada en el subsuelo patrio, a profundidades de hasta 75 m, supera con seguridad los 300.000 hm³. Esto nos da una idea de la importancia de las reservas de aguas subterráneas.

De otro lado, los recursos hídricos subterráneos de nuestro país se evalúan en 16.000 hm³/año, de los que sólo se extraen actualmente un máximo de 6.000 hm³/año. Los 10.000 hm³/año que quedan por explotar representan el 25 % de las aguas reguladas por embalses de superficie. Estas cifras nos demuestran también la importancia de los recursos de aguas subterráneas.

3.3. UTILIZACIÓN O EXPLOTACIÓN DE LOS ACUÍFEROS SUBTERRÁNEOS

Todo el arte de utilizar los recursos hídricos subterráneos consistirá en regular de una forma satisfactoria, óptima, dichos recursos, de modo que satisfagan las demandas o necesidades de agua que al hombre se le presenten en un momento preciso, en un lugar determinado y con unas características propias, es decir, en función de los tres parámetros tiempo, espacio y calidad.

A este respecto, disponer de los embalses subterráneos ofrecidos gratuitamente por la naturaleza y no regularlos racionalmente sería al menos tan absurdo como construir embalses de superficie sin compuerta con la única finalidad de llenarlos y dejar que las nuevas aportaciones salieran por el aliviadero como antes discurrían libremente por su cauce.

La «compuerta» del embalse subterráneo no es otra cosa que la extracción por bombeo del agua almacenada que hace descender el nivel para que tengan cabida las nuevas aportaciones.

La regulación de los acuíferos presenta tres posibilidades:

- 1.º Extracción parcial de los recursos, de modo más o menos regular, tal como se ha venido haciendo durante mucho tiempo con técnicas tradicionales.
- 2.º Extracción total de los recursos. Es el tipo de explotación denominado «de equilibrio», considerado tradicionalmente como de utilización correcta porque sólo se usa la recarga del acuífero y se garantiza su continuidad.
- 3.º Extracción superior a los recursos, que implica la explotación permanente de reservas. Si el desequilibrio se produce involuntariamente, se habla de sobreexplotación y si es provocado voluntariamente se tratará de una «explotación minera» del agua.

La utilización óptima de los recursos hídricos subterráneos dependerá de factores económicos y sociales y de su planificación conjunta con las aguas superficiales, así como del importante papel que los acuíferos deben jugar en la regulación de los ríos.

4. PROPIEDAD DE LAS AGUAS SUBTERRANEAS

4.1. PROPIEDAD ESPECIAL

La Base 10 de la Ley de 11 de mayo de 1888 autorizando al Gobierno para publicar el Código Civil, estableció, entre otras cosas, que se incluirían en el mismo «las bases en que descansan los conceptos

especiales de determinadas propiedades, como las aguas..., bajo el criterio de respetar las leyes particulares por que hoy se rigen en su sentido y disposiciones, y deducir de cada una de ellas lo que puede estimarse como fundamento orgánico de derechos civiles y sustantivos, para incluirlo en el Código».

La Ley de Aguas de 13 de junio de 1879 había dedicado a la regulación «del dominio de las aguas subterráneas» los artículos 18 a 27 (capítulo IV del título I) y el Código Civil de 24 de julio de 1889 «dedujo» de estos preceptos la naturaleza accesoria del agua respecto del fundo (art. 407, 6.º: son de dominio público las aguas subterráneas que existan en terrenos públicos; y art. 408, 3.º: son de dominio privado las aguas subterráneas que se hallen en terrenos privados), y tres breves preceptos (art. 417 a 419) relativos a la facultad del propietario para investigar aguas subterráneas o conceder licencia para ello a otra persona, a la necesidad de licencia administrativa para alumbrarlas en terrenos de dominio público, así como a la declaración de pertenencia de las aguas alumbradas al que las alumbró y a su transformación en aguas de dominio público cuando las dejara abandonadas a su curso natural.

No parece que en la redacción del Código se acertara a recoger los principios básicos de una regulación acorde con la verdadera naturaleza física de las aguas subterráneas, si bien es cierto que las cuestiones jurídicas que estas planteaban entonces tampoco requerían una ordenación de mayor alcance.

Ha sido después, cuando las cada día más acuciantes necesidades humanas han exigido mayores demandas de agua y los avances técnicos han permitido la explotación intensa de las subterráneas, cuando se han presentado graves problemas que han dado origen a disposiciones complementarias de la Ley de Aguas y del Código Civil y han llevado a la doctrina a intentar profundizar en sus normas para procurar interpretarlas conforme a los nuevos conocimientos científicos y a las circunstancias actuales de nuestra realidad.

Este intento se ha producido en la doble vertiente en que se manifiesta la especialidad del dominio de las aguas, como de las demás propiedades especiales: en su gran importancia económico-social y en la peculiar naturaleza de su objeto.

4.1.1. *Especialidad de la propiedad del agua por su importancia económico-social*

Como dice G. QUIJANO (4) «lo que puede ser determinante de que se aplique una legislación específica está en la condición económica de los objetos».

Ya la exposición de motivos de la Ley de Aguas señalaba que «los buenos principios de administración exigen la intervención del Poder Público en el disfrute y aprovechamiento de aquellas cosas que, aunque son de uso común, no bastan para el consumo de todos. La sociedad no puede abandonarlas al interés o a la codicia individual sin ocasionar grandes perturbaciones en el orden público, y el fomento de la riqueza exige, por otra parte, que se dé la preferencia a aquellos aprovechamientos que más puedan contribuir a ella, distribuyendo esos bienes comunes con la misma economía y acierto con que un prudente padre de familia distribuye los suyos. Con estas razones sostienen los escritores consagrados al estudio de este ramo especial de la Administración Pública, la conveniencia de declarar del dominio público todas las corrientes de aguas como único medio de distribuirla con acierto y de conciliar las necesidades de la navegación, de la agricultura y de la industria».

Como era lógico, la tendencia en este aspecto ha sido la de interpretar las normas en el sentido de ampliar el ámbito de las aguas públicas y reducir el de las privadas, hasta el punto de que LACRUZ BERDEJO (5) llega a afirmar que la verdadera propiedad privada de las aguas sólo puede nacer hoy sobre las aguas subterráneas.

Además, como es sabido, el criterio predominante en la doctrina es el de que todas las aguas, incluso las subterráneas, deben ser de dominio público, y así son consideradas en la mayoría de los proyectos legislativos elaborados en España desde hace algunas décadas.

(4) G. QUIJANO, Pedro Miguel: «Consideraciones sobre el concepto de las llamadas propiedades especiales», *Estudios en homenaje a Jordana de Pozas*, Madrid, 1961, tomo III, pág. 483. Quien añade: «Ese interés económico no es sólo la relación entre los bienes y el sujeto que se beneficia de su aprovechamiento, ni tampoco la finalidad o utilidad que al individuo puedan rendir los bienes, sino que principalmente se refiere a su inclusión en un sistema más amplio de economía nacional, en el que la importancia de los bienes está determinada por la riqueza del país, las condiciones naturales, climatológicas y de todo orden en que la vida económica se desenvuelve, e incluso por la idiosincrasia de los individuos que manipulan la producción, puesto que cuando constituyen una rémora para el progreso económico, la legislación ha de orientarse en el sentido de fomentar las actividades más convenientes para el mejor aprovechamiento de los medios naturales».

(5) LACRUZ BERDEJO, José Luis: «Sobre la naturaleza jurídica de las aguas públicas objeto de concesión», en *Estudios de Derecho Público y Privado ofrecidos al Profesor Serrano y Serrano*, tomo I, Valladolid, 1965, pág. 469.

4.1.2. *Especialidad de la propiedad del agua por la peculiar naturaleza del agua misma*

El tema de la naturaleza del agua ha llegado a ser irritante para los juristas, porque se resiste a todo intento de clasificación. Así ha podido ser considerada como bien inmueble, como mueble y como inmueble-móvil *per se*. Pero dejando aparte estas cuestiones doctrinales relativas al agua como objeto de los derechos en general, nos referiremos aquí a la naturaleza de las aguas subterráneas.

Interesa hacer notar que el propio legislador español parece haberlas considerado como un supuesto especial y distinto de todas las demás aguas continentales. No las enumera entre los bienes inmuebles, ya que el número 8.º del artículo 334 del Código Civil sólo alude a las aguas vivas o estancadas. Podría considerarse sintomático el que esta mención sea hecha en el mismo apartado en que se refiere a las minas y estimarse que en el término «estancadas» se han querido comprender los «estanques subterráneos», puesto que parece estar contemplándose el subsuelo a la vez que las aguas. Pero lo cierto es que la Ley de Aguas diferencia perfectamente las subterráneas al regular en tres capítulos distintos (II, III y IV del título I) el dominio de las aguas vivas, de las muertas o estancadas y de las subterráneas.

Otro tanto ocurre con la sistemática del Capítulo primero (De las Aguas) del Título IV (De algunas propiedades Especiales) del Libro II del Código Civil: se regula en la sección segunda el aprovechamiento de las aguas públicas, en la tercera el aprovechamiento de las aguas de dominio privado y se dedica la sección cuarta a las aguas subterráneas.

Luego analizaremos el carácter que cabe atribuir a las aguas subterráneas, distinguiendo las diferentes situaciones en que pueden encontrarse, antes y después de su investigación, de su alumbramiento y de su extracción. Ahora debemos insistir en que constituyen un supuesto específico del recurso agua, precisamente el que se deriva de su condición de subterráneas. Como dice GUAITA (6) «Las aguas subterráneas, aunque aguas, son subterráneas. Esto es obvio, pero es también fundamental en todo el régimen jurídico de estas aguas». Es preciso tener en cuenta los conocimientos que nos ha aportado la Hidrogeología para intentar estudiar jurídicamente el llamado sistema acuífero.

(6) GUAITA, Aurelio: *Derecho Administrativo Especial*, tomo V, pág. 161, Zaragoza, 1970. En la página 159 señala que la regulación de las aguas subterráneas está a caballo de las legislaciones de aguas y de minas y que puede hablarse, como se hace en la Ciencia actual, de una hidrogeología.

4.2. ANÁLISIS JURÍDICO DE LA EXPLOTACIÓN DE UN ACUÍFERO

Afirma ALEJANDRO NIETO (7) que «el tratamiento normativo de las aguas subterráneas se encuentra extraordinariamente vinculado a su tratamiento técnico, el cual evoluciona con gran rapidez por los avances progresivos de la ingeniería y de la geología, que en todo caso afirman la infinita variedad de las condiciones reales del agua. Todo lo cual impide un planteamiento abstracto y formal del problema y exige un conocimiento directo de la variada realidad». Conformes por entero con la manifestación de estrecha vinculación del tratamiento jurídico al técnico, no creemos, sin embargo, que la realidad de las aguas subterráneas sea tan variada que no permita presentar un esquema general o común de lo que es un acuífero. Sin duda, NIETO parte de la realidad de las islas Canarias, que tan bien conoce y a la que ha dedicado brillantes estudios, pero la diversidad que allí se ofrece no puede generalizarse y no debe impedir el tratamiento unitario del supuesto más común del embalse subterráneo; él mismo (8) escribe las siguientes ideas que creemos concuerdan perfectamente con las recogidas por nosotros en el apartado 3.1.: «el agua subterránea constituye, por cuencas, una unidad fluida e indivisible. El subsuelo actúa como una esponja empapada de agua, en la que cada una de las gotas comunica con las demás. Esta es la razón por la que el alumbramiento de un caudal produce el descenso general del nivel freático, que se inicia ordinariamente en la forma de un cono invertido, que puede extenderse a muchos kilómetros de distancia; el descenso de nivel local provocado por el alumbramiento tiende a ser llenado por las aguas que se encuentran a nivel superior, cualquiera que sea la distancia, que se deslizan hacia el espacio vacío, bien sea rodando libremente o por absorción capilar a través de capas permeables».

Siendo esto así técnicamente, parece que hay que replantearse las formulaciones jurídicas tradicionales sobre las aguas subterráneas. Tal vez se insista demasiado en la fluidez y movilidad de estas aguas, sin tener muy en cuenta que están indisolublemente unidas al subsuelo que las contiene; tal vez su interdependencia con las superficiales impide aceptar que, sin embargo, tienen la autonomía suficiente y requieren por ello una regulación específica; posiblemente, por considerarlas, poco certeramente, como accesorias de los fundos, predomina la imagen de que son como la prolongación hacia el interior de la tierra de cada finca, cuando prácticamente no habrá predio rústico alguno con suficiente extensión para que tenga bajo él un acuífero propio y exclusivo.

(7) NIETO, Alejandro: «Aguas subterráneas: subsuelo árido y subsuelo hídrico», *Revista de Administración Pública*, núm. 56, mayo-agosto 1968, pág. 12.

(8) NIETO: *Ob. cit.*, pág. 57.

La verdad es que son estas concepciones las que coinciden mejor con los presupuestos que parecen haber inspirado nuestra legislación todavía vigente; un ejemplo de ésta que condensa esas ideas tradicionales podría ser el párrafo 1.º del artículo 23 de la Ley de Aguas, al decir que «el dueño de cualquier terreno puede alumbrar y apropiarse plenamente por medio de pozos artesianos y por socavones o galerías *las aguas que existan debajo de la superficie de su finca*, con tal que no distraiga o aparte aguas públicas o privadas de su *corriente natural*».

También es cierto, sin embargo, que el legislador español de 1866-79 tiene muy en cuenta las interconexiones entre aprovechamientos subterráneos al establecer las llamadas distancias áticas del artículo 24 de la Ley de Aguas y regular en el propio artículo 23 el llamado interdicto administrativo. Pero la concepción que parece latir en estas normas es la de que pueden surgir entre titulares de sondeos cercanos situaciones recíprocas excluyentes y no la de que existe necesariamente una relación multilateral (entre los diversos titulares de los pozos interconectados) referida a la unidad que es el acuífero y, por tanto, de signo concurrente.

4.2.1. *Descripción de un acuífero. Sus elementos*

Conforme al esquema base de la Hidrogeología actual, un sistema acuífero viene a ser un conjunto dinámico de varios elementos que tiene suficiente autonomía y constituye una unidad de explotación de las aguas subterráneas.

Es dinámico porque (salvo en el supuesto de las aguas llamadas fósiles, que son como un simple «yacimiento» hídrico) sus aguas se renuevan con la recarga, de origen meteórico mediato o inmediato.

Es una unidad a la que se debe reconocer o conceder suficiente autonomía a efectos de su conservación y de su explotación racional, de la regulación de su aprovechamiento o disfrute, aunque esté integrado en el ciclo hídrico y sea o pueda ser, por consiguiente, interdependiente de otros acuíferos o de las aguas superficiales.

En el informe redactado por el Instituto Geológico y Minero para la Presidencia de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Madrid, en noviembre de 1973, se decía que «sistema acuífero es el dominio dentro del cual se puede considerar que los movimientos de agua son independientes de las condiciones reinantes en el exterior. En otras palabras, es el dominio dentro del cual toda captación en un punto cualquiera puede tener una influencia o afección sobre el conjunto, pero no la tendrá más allá de sus límites, ni siquiera al término de un largo tiempo (a escala humana)».

Esta doble idea de la relativa independencia del exterior y de la

afección interna es la que determina el ámbito del acuífero. Como es lógico, sólo debe considerarse afección el deterioro de la calidad de las aguas que se vinieran ya aprovechando por anteriores alumbradores o la disminución del caudal realmente aprovechado, pero no la simple oscilación del nivel del acuífero.

En este conjunto que hemos dicho que es el acuífero, podemos distinguir los siguientes elementos:

a) *El perímetro*: Resulta necesario concretarlo sobre la superficie terrestre, sobre el suelo, aunque éste en sí sea exterior al acuífero que se encuentra situado en el subsuelo. Se determinará con una línea poligonal continua y cerrada que una puntos conocidos del terreno (vértices geodésicos). La técnica actual que permite investigar cada acuífero y definirlo como tal, hace posible también su demarcación o delimitación real, al menos aproximada y a todos los efectos prácticos; se tratará simplemente de una especie de proyección ortogonal sobre la superficie terrestre del perímetro de la base de esa especie de cono invertido que, hablando *grosso modo*, viene a ser un sistema acuífero.

La fijación del perímetro del acuífero debiera tener, como resultará obvio de la exposición que venimos haciendo, importantes consecuencias jurídicas. El ideal sería que los terrenos comprendidos en él quedaran sujetos a un especial estatuto jurídico definidor de los derechos y obligaciones de los titulares del dominio o del disfrute de tales terrenos.

b) *El agua*. Conviene distinguir entre las reservas y los recursos del acuífero. De modo gráfico, se ha dicho que son algo así como el capital —las reservas— y los intereses —los recursos— de una cuenta bancaria (9).

Desde la perspectiva en que estamos ahora hablando, contemplando el acuífero como una unidad del subsuelo, la reserva de agua es la parte integrante esencial del sistema acuífero, y los recursos renovables deben ser considerados como el fruto pendiente del mismo acuífero. Por consiguiente, como parte integrante o como fruto, el agua de un acuífero, el agua subterránea, mientras es subterránea, mientras permanece bajo la tierra, debe ser considerada como bien inmueble (núms. 1.º, interpretado ampliamente, y 2.º del artículo 334 del Código Civil).

Como el acuífero forma parte del subsuelo, es lógico establecer una analogía entre él y la explotación minera, entre la reserva de agua y la

(9) SENENT ALONSO, Melchor: «La problemática de las aguas subterráneas en España». Conferencia pronunciada en la Escuela Universitaria de Cartagena el 5 de diciembre de 1977 y publicada en la *Revista Industrial Minera*, núm. 183, mayo 1978.

mina y el recurso de agua y el mineral (10). La idea de Díez PICAZO (11) de considerar que los minerales son fruto de la mina, puede ser aplicada con mayor razón a los recursos de un acuífero porque éstos, como los propios frutos naturales, son renovables por obra precisamente de la misma naturaleza. La comparación que Díez PICAZO establece con respecto a las minas y los minerales entre «un capital y la renta de ese capital» puede aplicarse con mayor motivo —como hemos visto que hace SENENT— a las reservas y recursos del acuífero. Pero jurídicamente es preferible hablar de fruto porque, como sostiene el propio Díez PICAZO (12) conforme a las modernas concepciones sobre los frutos, «es fruto en sentido jurídico lo que es renta en sentido económico».

c) *La roca.* Aunque, conforme a su destino económico-social, hay que considerar el agua como elemento esencial del acuífero y a toda su masa sólida —empapada normalmente por el agua— como elemento secundario, también esta masa rocosa es parte integrante del sistema acuífero, tiene el carácter de bien inmueble y no es en ningún modo indiferente a la configuración y a la explotación del propio acuífero.

Baste recordar aquí cuanto hemos señalado en el punto 2. 2.º B), al hablar de la unidad del subsuelo, lo que implica que en el tratamiento de las cuestiones relativas a las aguas subterráneas haya que hacer auténticos planteamientos hidrogeológicos. La inseparable unidad de roca y agua lleva también aparejado el que no pueda atribuirse a las subterráneas la fluidez y movilidad (13) de que a veces se habla pretendiendo con ello su equiparación, a todos los efectos, a las superficiales; se trata,

(10) Inspirándose en un estudio de Díez-PICAZO, Luis, sobre «La naturaleza jurídica de los minerales», en *Anuario de Derecho Civil*, 1954, págs. 355-376, CREHUET, Pompeyo (en «Sugerencia y glosa a la Ley sobre Comunidades de Aguas de 27 de diciembre de 1956», *Anuario de Derecho Civil*, octubre-diciembre 1957, páginas 1133-1134), considera que el agua es parte integrante del fundo mientras permanezca en él y producto del propio fundo desde el momento en que se la conduce fuera; y NIETO, Alejandro (en «Hacia una teoría consorcial de las Comunidades de Aguas Canarias», *Estudios de Derecho Administrativo Especial Canario*, tomo III, Tenerife, 1969, págs. 234 y sigs.), distingue entre el *caput aquae* —el punto o la boca por donde surgen las aguas subterráneas—, que estima es un bien inmueble, y el agua alumbrada, ya individualizada, que es fruto del *caput* y, por tanto, bien mueble. Como puede observarse, nuestra postura se diferencia de la de CREHUET y NIETO; nosotros aplicamos la idea de fruto al recurso, al agua que normalmente puede y debe ser alumbrada, y la consideramos como fruto de la unidad que es el acuífero, no como fruto del fundo —CREHUET— ni como fruto del *caput* —NIETO—.

(11) Ver obra citada en nota anterior, pág. 372.

(12) En *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, Madrid, 1978, página 704.

(13) El flujo de las aguas subterráneas es lento (algunos mm/día a algunos m/día) salvo para las escorrentías kársticas, que son excepción; la escorrentía, por el contrario, es rápida para las aguas de superficie (de 10 a 100 km/día).

por el contrario, de aguas con características propias que deben tener una reglamentación especial en determinados aspectos.

La masa mineral tiene también una influencia decisiva en la calidad de las aguas, problema que hoy tanto preocupa y con toda razón. Un acuífero salado o contaminado es de muy difícil recuperación, en la mayoría de los casos será preferible abandonarlo.

d) *Los sondeos*. Necesarios para el alumbramiento y explotación de sus aguas, no puede decirse, sin embargo, que sean parte integrante del propio acuífero. Serán bienes inmuebles por incorporación (art. 334, 1.º del Código Civil) e *instrumenti aquae*, ya que su finalidad es siempre la explotación del agua.

4.2.2. *Intereses y relaciones internas*

La explotación racional de un acuífero afecta al interés general o público y al interés común de los propietarios o titulares de derechos reales de disfrute de las tierras comprendidas en el perímetro del mismo acuífero. En cambio, en pura teoría y conforme a la estructura hidrogeológica del sistema acuífero, no cabrá mantener la plena legitimidad de intereses simplemente individuales sobre el mismo, o sea de intereses exclusivos y excluyentes de cada uno de los dueños de las fincas que están situadas sobre el acuífero, porque el interés de cada uno de ellos aparecerá siempre relacionado y limitado por el de los demás que se encuentran en la misma situación, sobre el perímetro del acuífero, es decir integrando el interés común de todos ellos, una comunidad de intereses.

El interés social podrá dar lugar a la supeditación al mismo del interés de los propietarios de fincas enclavadas en el perímetro del acuífero y aún del común de todos ellos, al interés general y público que marque la política hídrica, como ocurriría cuando fuera preciso un uso preferente de las aguas, por ejemplo para abastecimiento de poblaciones.

Además, la relevancia que se dé a ese interés social conforme a las concepciones socio-económicas que estén vigentes, influirá en la naturaleza legal de las aguas subterráneas, considerándolas públicas o privadas según prevalezca el interés general o el de los particulares. Hoy la tendencia dominante es la de extender a las aguas subterráneas el carácter de bienes de dominio público que se atribuye ya con carácter general a las superficiales. En España es significativa la declaración amplia del artículo 2.º de la Ley de Minas de 21 de julio de 1973, según el cual todos los yacimientos de origen natural y demás recursos geológicos son bienes de dominio público; hay como un propósito de que todo el subsuelo sea considerado patrimonio de la comunidad nacional.

Si tenemos en cuenta la verdadera naturaleza física de las reservas de agua de los acuíferos, ese caudal formado en edades geológicas que se renueva paulatinamente pero permanece o debe permanecer para posibilitar precisamente la explotación de los recursos, creemos que hay que mantener que tales reservas deben ser de dominio público.

Los recursos de un acuífero, que hemos sostenido que son como sus frutos, pueden ser considerados de carácter privado, pero en todo caso su disfrute o aprovechamiento debe ser común porque común es el interés de los propietarios de las tierras comprendidas en su perímetro. Existe entre ellos una comunidad de intereses y, como en toda comunidad, «cada partícipe podrá servirse de las cosas comunes siempre que disponga de ellas conforme a su destino y de manera que no perjudique el interés de la comunidad ni impida a los copartícipes utilizarlas según su derecho» (art. 394 del Código Civil). Sin embargo, como los recursos se encuentran unidos a las reservas, la naturaleza de éstas justifica el control técnico-administrativo de aquéllos, a fin de conseguir que la explotación de los recursos sólo pueda afectar, en caso necesario o conveniente, a las que podríamos llamar reservas utilizables o, mejor, reguladoras de un aprovechamiento flexible y racional del acuífero, o sea a aquella fracción de las reservas que pueden extraerse sin consumirlas de modo permanente.

Por estas mismas razones y puesto que los sondeos son *instrumenti aquae*, los pozos o galerías deberían ser también de uso común, servir para el aprovechamiento común de las aguas que son objeto de la comunidad de intereses de que venimos hablando, es decir de los recursos del acuífero.

Hemos intentado plasmar, con las ideas anteriores, una especie de esquema jurídico que responda al esquema físico de un sistema acuífero. Si los conocimientos técnicos actuales nos permiten un mejor análisis de la realidad, debemos procurar que esa realidad sea jurídicamente regulada conforme a los principios que de ella se derivan, conforme a su verdadera estructura. Esta construcción jurídica que puede parecer ideal o utópica porque no parece responder a la legislación vigente, pero que intenta ser real porque procura adecuarse a la realidad, no creemos que sea inútil. Puede coadyuvar al perfeccionamiento de la norma y puede servir para interpretarla, aplicándola conforme a los verdaderos principios jurídicos que —si el Derecho es vida— han de estar en conexión continua con los conocimientos y con la realidad de cada época.

Podríamos decir que el esquema jurídico que hemos pergeñado sería aplicable por entero a un acuífero ya investigado y, por tanto, suficientemente conocido y definido, pero cuya explotación aún no se hubiera iniciado actualmente. Sin embargo, como el legislador de hace cien años

tenía necesariamente que partir de unos conocimientos científicos sobre las aguas subterráneas muchos más someros que los que ahora poseemos, la Ley de Aguas de 1879 y el Código Civil establecieron una regulación sobre estas aguas que ha dado lugar a situaciones bastantes veces preocupantes y no siempre equitativas en la explotación de muchos acuíferos. Pronto intentó la doctrina adaptar las viejas normas a las nuevas exigencias sociales, a través de una interpretación más acorde con los avances técnicos y con la defensa de los recursos hídricos y de la riqueza con ellos creada. También se han redactado proyectos de ley de carácter general que no han logrado convertirse en norma. Y finalmente, para algunas de las regiones o zonas donde los problemas de aguas subterráneas han alcanzado notoria gravedad, se han dictado normas especiales, normalmente temporales, que han intentado remediar tales problemas.

Interesa recoger aquí los principios fundamentales de la legislación general todavía vigente y las posiciones alcanzadas por la doctrina más reciente al interpretarla, por si fuera posible avanzar algo más y acercarnos, en alguna medida, al esquema jurídico que antes hemos esbozado y que creemos responde a la verdadera naturaleza de las aguas subterráneas.

4.3. PRINCIPIOS DE LA LEGISLACIÓN ACTUAL Y SU INTERPRETACIÓN DOCTRINAL

Excluimos de este análisis la explotación de aguas con pozos ordinarios (definidos en el artículo 20 de la Ley de Aguas) y el aprovechamiento de las llamadas aguas subválveas porque son más bien cuestiones marginales en la problemática de las aguas subterráneas. La cuestión realmente importante y a la que nos venimos refiriendo en toda nuestra exposición es la que plantea la explotación de estas aguas por medio de pozos artesianos y, en algunos lugares (en especial en Canarias), por galerías.

4.3.1. *Principio de Accesoriedad*

Un criterio doctrinal bastante extendido y recogido incluso por la jurisprudencia es el de considerar que las aguas subterráneas son accesorias de los fundos que están sobre ellas y pertenecen a los dueños de éstos. Tal opinión pretende fundarse en los artículos 350, 407, núm. 6.º y 408, núm. 3 del Código Civil.

Como señala FERRARA (14), «el concepto de cosa accesoría es de

(14) FERRARA, Francesco: *Trattato di Diritto Civile Italiano*, vol. I, parte I, Roma, MCMXXI, pág. 976.

naturaleza puramente subjetiva: es una conexión voluntaria, presuntiva, accidental, variable según las circunstancias y según los intereses individuales: accesorio es aquéllo que por voluntad de las partes, interpretado también según los usos del comercio, tiene un valor subordinado respecto de otra cosa principal».

El artículo 350 del Código Civil no se refiere propiamente a esta cuestión de la accesoriedad. Se limita a señalar que «el propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella...», regulando la llamada extensión del dominio en sentido vertical que, como dice LACRUZ BERDEJO (15) es relativa pues «depende del estado de la técnica en cada momento y de las posibilidades de influencia fructífera sobre el suelo y el subsuelo». Ya nadie pretende que en el artículo 350 del Código Civil esté recogido el postulado de que la propiedad se extiende *usque ad coelum et usque ad inferos*. Se ha intentado distinguir las capas del suelo y del subsuelo basándose en la teoría del interés. Y de acuerdo con ella —dice ALEJANDRO NIETO (16)— «el suelo llega hasta donde llega el interés de su aprovechamiento, y en el punto en que termina ese interés empieza el subsuelo. De aquí precisamente, y puesto que la profundidad del interés puede ser varia, que no pueda predeterminarse en abstracto el espesor del suelo».

En materia de aguas, el propio artículo 350 del Código Civil se remite a la Ley especial y ésta, ante la evidencia de que la apertura de un sondeo puede afectar a otros preexistentes, establece las llamadas distancias áticas y el llamado «interdicto administrativo» que parecen basarse en un criterio de prioridad, dando preferencia, en los posibles conflictos entre propietarios de terrenos, al que se hubiese anticipado en el aprovechamiento de las aguas subterráneas.

Sin embargo, el repetido artículo 350 del Código Civil alude expresamente a «lo que está debajo» de la superficie del terreno y el artículo 23 de la Ley de Aguas permite apropiarse al dueño de «las aguas que existen debajo de la superficie de su finca». Y lo que ocurre es que esta hipótesis es prácticamente inexistente, porque el agua subterránea está embalsada e intercomunicada debajo de la extensión de todas las fincas comprendidas en el perímetro de cada acuífero, resistiéndose a cualquier delimitación que de ella quiera hacerse como proyección de los límites de los predios de la superficie. Conforme a ésto, la solución lógica no sería la de la prioridad, la de la preferencia del que primero

(15) LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Manual de Derecho Civil*. Barcelona, 1979, páginas 364-365.

(16) *Aguas subterráneas: subsuelo árido...*, ya citada, pág. 41. Un indicio de esta teoría del interés —indica NIETO en nota de la misma página— podría encontrarse en la afirmación del propio artículo 350, «el propietario de un terreno... puede hacer en él las obras, plantaciones y excavaciones que le convengan. ».

alumbre las aguas de un acuífero, sino la de la comunidad de intereses de todos los que puedan alumbrarla por ser dueños de las fincas de la superficie. Una interpretación teleológica de los preceptos citados del Código Civil y de la Ley de Aguas, debidamente coordinados, podría fundamentar la solución de la comunidad de intereses, superando la de la prioridad que parece deducirse de una interpretación literal. El artículo 3.º del Código Civil impone tener en cuenta la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de las mismas. Y la realidad social actual nos presenta nuevos datos muy importantes: de un lado, unos conocimientos científicos y técnicos sobre las aguas subterráneas y sus posibilidades de explotación que desvirtúan de modo sustancial los presupuestos que parecía contemplar el legislador de 1879; y de otra parte, el que toda la propiedad inmueble ha de ser considerada dentro de una zona o sector, que el suelo posee hoy un puro valor instrumental y que ya no radica en él la *vis atractiva* sino en la capacidad de crear riqueza sobre él, lo que supone que es en el acuífero donde radica el valor fundamental y que es a partir de su contemplación como deben interpretarse y aplicarse las normas.

Tampoco los artículos 407, 6.º y 408, 3.º del Código Civil se refieren a la accesoriedad en sentido técnico-jurídico. Lo único que estos preceptos establecen es que las aguas subterráneas participan de la naturaleza de los terrenos en que existan o sean halladas, siendo públicas o privadas según lo sean tales terrenos.

En lugar de hablar, pues, de accesoriedad que, repetimos, es algo puramente subjetivo, convendría señalar que, conforme resulta de los artículos 417 del Código Civil y 18 y siguientes de la Ley de Aguas, los propietarios de los terrenos son los únicos legitimados para investigar y alumbrar en ellos aguas subterráneas. Sólo ellos pueden llevar a cabo estos trabajos o autorizar a otros para que los realicen.

Pero en esta legitimación del propietario, tal como aparece desarrollada en la Ley de Aguas, se observan dos supuestos suficientemente diferenciados. El primero de ellos se contempla en los artículos 18 a 21 de la Ley que aluden únicamente al propietario (no al alumbrador) o exigen tan sólo autorización de la autoridad administrativa (no la concesión de que habla el artículo 25) cuando se trata de terrenos públicos, porque se refieren a la obtención de aguas por medio de pozos ordinarios, en los que no se puede emplear más motor que el hombre y que sólo tienen por objeto el atender al uso doméstico o a las necesidades ordinarias de la vida; se trata de una explotación de las aguas subterráneas (en este caso se las suele llamar freáticas) de escasa importancia, una especie de uso inocuo de estas aguas, razón por la cual se atribuyen

en plena propiedad (arts. 18 y 21). En cambio, el segundo supuesto, contemplado en los artículos 22 a 25 de la propia ley parece responder a otros criterios: en ellos aparece como figura central la del alumbrador (aunque la legitimación para alumbrar tenga que proceder siempre del propietario del terreno) que es quien asume la realización de los pozos artesianos, socavones o galerías y a quien se atribuyen las aguas alumbradas siempre que las haga surgir a la superficie y mientras las controle aunque salgan de la finca donde vieron la luz.

4.3.2. *Atribución de las aguas al alumbrador*

Se ha pensado (17) que esta atribución de las aguas al alumbrador, a perpetuidad y aunque salgan de la finca donde fueron alumbradas, revela que el legislador de 1879 quería premiarle el trabajo que cuesta hallarlas, elevarlas y transportarlas. Debemos, sin embargo, preguntarnos si hoy no han cambiado sustancialmente las circunstancias que rodean el alumbramiento y la explotación de las aguas subterráneas y si, por tanto, no debiera modificarse también el criterio legal. Hoy los planes de investigación de aguas subterráneas (recordemos que el PIAS ya está terminado en muchas zonas) permiten conocer su existencia y, en muchos casos, cuando se ha llegado a la sobreexplotación, no sólo no es necesario fomentar su alumbramiento sino que se hace preciso frenarlo o, al menos, regularlo urgentemente de modo racional.

En relación con estas cuestiones, podemos distinguir tres supuestos o momentos: aguas no halladas; aguas halladas y extraídas; y aguas halladas y no extraídas.

A) *Aguas no halladas*

Parece preferible emplear el término «halladas» en lugar de «alumbradas» porque la palabra alumbrar es ambivalente y lo mismo puede significar extraer o hacer surgir a la superficie que alcanzar o descubrir.

En los trabajos que pueden conducir al hallazgo de las aguas subterráneas pueden distinguirse los de investigación y los que persiguen sacar a la luz las aguas. Los sondeos de investigación y de explotación tienen incluso características distintas.

La investigación de las aguas subterráneas debe ser una labor científica que tenga por finalidad conocer científicamente la existencia y las circunstancias de un sistema acuífero, fundamentalmente las reservas del mismo acumuladas durante milenios. Por esto es lógico que la inves-

(17) LACRUZ BERDEJO: *Ob. cit.* en la nota 5, pág. 469.

tigación deba ser realizada por la Administración Pública (18) y que a ella misma le corresponda controlar la labor subsiguiente de la puesta en explotación de las aguas.

En esta fase previa al hallazgo, las aguas que puedan existir en el subsuelo no pueden ser consideradas como cosas en sentido jurídico, como bienes. No son ni pueden ser objeto de apropiación (art. 333 del Código Civil) porque se ignoran, aunque es obvio que podrá y deberá legislarse sobre ellas para el caso de que realmente sean halladas, no sólo porque se deben coordinar los intereses particulares sino, sobre todo, porque confluyen en la explotación racional de un acuífero el interés común de los propietarios de tierras comprendidas en su perímetro y el interés general o público que es preciso salvaguardar.

Creemos que no puede mantenerse la opinión bastante extendida de que estas aguas no halladas son «res nullius», ya que las «res nullius» existen, se conocen y, si se trata de inmuebles, pertenecen al Estado como bienes patrimoniales (art. 21,1 de la Ley del Patrimonio del Estado de 15 de abril de 1964 y 51,1 de su Reglamento de 5 de noviembre de 1964). Las aguas subterráneas no halladas o descubiertas no se sabe si existen, no se conocen; simplemente, no son «res» en sentido jurídico.

B) *Aguas halladas y extraídas*

Según los artículos 22, 1.º de la Ley de Aguas y 418 del Código Civil, pertenecen al alumbrador. «De hecho —dice NIETO (19)— puede ser que el alumbrador sea al mismo tiempo el propietario del suelo; pero su apropiación se deriva entonces no de su condición de propietario sino de la de alumbrador». Se resalta así la figura del alumbrador, pero no cabe olvidar que sólo puede serlo el propietario o persona autorizada por éste, es decir, ha de tratarse de un alumbrador legitimado (como dueño o en lugar del dueño, con su autorización).

(18) Ya Gabriel MAÑUECO, refiriéndose a un Proyecto de Decreto-ley presentado a la Asamblea Nacional por el Ministerio de Fomento en 1928, que declaraba las aguas subterráneas —salvo las freáticas— de propiedad del Estado, señalaba: «Basa, al efecto, su criterio en que las aguas subterráneas no freáticas forman parte de sistemas hidrogeológicos, o sea, de cuencas especiales, lo cual exige que las investigue el Estado y que su alumbramiento se verifique con sujeción a las reglas y criterio técnico; para evitar que las iniciativas privadas inorgánicas perturbasen el uso o condujesen a la anarquía produciendo aprovechamientos socialmente menos eficaces». Vid. su trabajo «Aguas subterráneas», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año IV, abril 1928, pág. 261.

(19) *Aguas subterráneas: subsuelo árido...*, ya citada, pág. 60.

C) *Aguas halladas y no extraídas*

Es el supuesto que conviene analizar con mayor cuidado; trátase de saber, dice NIETO (20), «la relación jurídica que tiene el alumbrador con el caudal que aún está sin extraer. El Derecho ha montado un doble mecanismo de garantías jurídicas: por un lado declara la propiedad del agua ya separada y apropiada (art. 22); y por otro, como garantía de la permanencia de esta propiedad, establece un área de protección de la misma, de tal manera que no puede verse disminuida, impidiendo interferencias de terceros (art. 23). Dicho con otras palabras: el derecho dominical se extiende exclusivamente sobre el agua aflorada y apropiada; pero este derecho lleva anejo el reflejo de permitir la exclusión de las intervenciones de terceros que puedan afectar el manto subterráneo en una medida que ponga en peligro el caudal aflorado. Afirmaciones que, en definitiva, conducen a la tesis siguiente: *el alumbrador tiene derecho a extraer del caudal subterráneo una determinada cantidad de agua y el agua realmente extraída es de su exclusiva propiedad*». «De esta manera —añade NIETO— quedan compaginados los derechos individuales del alumbrador con los posibles derechos de otros futuros investigadores y, sobre todo, con el interés social de que las reservas hídricas sean aprovechadas lo más racionalmente posible. Obsérvese que esta tesis se apoya dogmáticamente en la teoría del interés: si hemos sentado que el propietario del suelo tiene derecho al subsuelo en la medida que éste sirva para garantizar el aprovechamiento de un caudal de agua, hay que admitir una esfera subterránea que la garantice, pero sólo en la medida que la garantice».

Alude, pues, NIETO al interés social y al interés individual del alumbrador. Nosotros, a partir del planteamiento que venimos haciendo de considerar que es esencial la contemplación del sistema acuífero como una unidad con suficiente autonomía y de los intereses y relaciones internas que en él confluyen (núm. 4.2.2.), creemos que es fundamental tener en cuenta el interés común, el interés de todos aquellos que por haber ya alumbrado aguas en el sistema o, simplemente, por ser titulares del dominio de las tierras comprendidas en su perímetro, tienen un derecho o, al menos, una expectativa jurídica, referidos a las aguas del acuífero. Este interés es superior y distinto al conjunto de los intereses particulares, es el interés de la comunidad que existe entre aquellos titulares de derechos o expectativas, aunque se trate tan sólo de una comunidad de intereses y no de derechos subjetivos porque todavía (debido a que el legislador no ha adecuado la norma a las exigencias de la realidad ahora conocida) no están jurídicamente protegidos.

(20) *Aguas subterráneas: subsuelo árido...*, ya citada, págs. 62 y 63.

El problema estará en si cabrá interpretar las normas vigentes para adecuarlas a esa realidad física, económica y social. Si, en lugar de entender el artículo 23 de la Ley de Aguas en el sentido de que ampara intereses individuales que pueden estar recíprocamente encontrados, sería posible ver en él la disposición que procura coordinar esos intereses individuales, supeditarlos al interés común, regular la relación multilateral, de signo concurrente, que se da entre todos los que, legítimamente, podrían y deberían aprovechar las aguas de un acuífero. Porque el interdicto administrativo y las acciones judiciales que pudieran plantearse conforme al artículo 23 de la Ley de Aguas sólo deberían poder fundamentarse en ese interés común, el único que tiene un pleno fundamento económico-social, atendidas las circunstancias de la realidad que se contempla y, por tanto, el único que merece protección.

¿Cabría argumentar, en defensa de esta tesis, que la hipótesis literal del artículo 23 no es la normal, que el supuesto a que se refiere de «aguas que existen debajo de la superficie de su finca» (la del «dueño de cualquier terreno») no responde a la realidad hoy conocida, ya que no hay aguas que estén debajo de la superficie de una finca, independientes de las aguas que están debajo de las fincas contiguas, sino que las aguas subterráneas están siempre intercomunicadas y embalsadas debajo de muchas fincas?

La doctrina ha ido tomando cada vez más conciencia de estos supuestos de hecho, hasta el punto de que GABALDÓN llega a escribir: «Los estudios hidrogeológicos ponen de relieve que en Canarias el atribuir de modo absoluto, sin matices ni limitaciones, derecho de propiedad sobre las aguas subterráneas al propietario del suelo equivale en muchos casos a otorgársela sobre *algo que, cuando menos, le pertenecerá conjuntamente con otros*. Por eso aquí, si no se produce la general ablación de facultades dominicales del dueño de la superficie respecto del subsuelo, sí se faculta para que el Plan pueda establecer sistemas o modos de aprovechamiento que signifiquen la limitación y aún la privación a algunos propietarios de su derecho a perforar en suelo propio, *pero de modo tal que el beneficio sea común e incluso las obras, porque común a toda la zona es también, en rigor, el manto acuífero*» (21). Se

(21) GABALDÓN LÓPEZ, José, en la Exposición Preliminar de «Un Proyecto de Ordenación de las Aguas Subterráneas de Canarias», *Estudios de Derecho Administrativo Especial Canario*, tomo VI, Santa Cruz de Tenerife, 1972, págs. 62 y 63. En la misma exposición de GABALDÓN se recogen estas ideas que confirman las del texto transcrito: «En determinados casos constituye patente injusticia atribuir a quien se anticipa a pinchar la vena líquida inercomunicada la virtual facultad de apropiarse de todo el agua (la subyacente a su predio y a los circundantes) o la de impedir, aunque aquella apropiación sea materialmente imposible, toda ulterior perforación por causa de una afección indudable. O bien la posibilidad de perjudicar con una explotación torpe, anárquica o excesiva la de otros pozos o todo un

afirma incluso, pues, que las aguas pertenecen conjuntamente a varios, que el manto acuífero es común. Nosotros nos limitamos a insistir en la existencia de un interés común que es algo evidente y que podría bastar para justificar los planteamientos que venimos haciendo.

En tanto no se modifique la legislación vigente podría la jurisprudencia ir dando entrada a estas nuevas concepciones de la ciencia hidrogeológica y de la doctrina jurídica como exigencia del sentido realista y finalista con que se debería aplicar la normativa actual. Así lo viene haciendo —señala SPOTA (22)— la jurisprudencia norteamericana, según la «correlative rights doctrine», conforme a la cual todos los dueños de las heredades debajo de las cuales existen aguas que dependen de una misma cuenca o manto hídrico, deben aprovechar tales aguas en forma igual o proporcionada. De esta manera ninguno de los propietarios puede usar de esas aguas, que son alimentadas por una misma cuenca, de tal modo que perjudique a los otros vecinos. La cuota que corresponde a cada uno sobre las aguas pertenecientes a esa cuenca común se determina de acuerdo con la regla del uso «razonable».

4.3.3. *Contenido de la propiedad de las aguas subterráneas*

Sabido es que la Exposición de Motivos de la Ley de Aguas de 1866-79 se preocupaba de distinguir el aprovechamiento del dominio, señalando: «Este es un derecho absoluto e ilimitado sobre la cosa, que nos autoriza para hacer libremente de ella el uso que nos plazca, siempre que no lastimemos el derecho de otro. El dueño de una cosa la tiene no sólo para usar, sino para abusar de ella, sin que el Poder Público pueda impedir este abuso mientras con él no cause perjuicio a terceros. El aprovechamiento, por el contrario, es un derecho limitado sujeto a las condiciones impuestas por quien lo concede, y que no autoriza para abusar, sino sólo para usar en la forma y para el objeto concedido.

El aprovechamiento es el uso a que por la misma naturaleza se hallan destinadas las cosas comunes, revestido de aquellas formas que el Poder Público juzga indispensables para evitar conflictos y para que a todos

acuífero (por disminución o salinización de caudales)» (pág. 70). «... no puede hablarse de un derecho a la perforación independiente y aislada de pozos porque ello equivale a legitimar el desorden en relación con la apropiación de un bien que ni puede pertenecer exclusivamente a ninguno de los alumbradores, ni puede explotarse integralmente sino mediante la coordinación de los trabajos de todos, ni (lo que es más grave) puede conservarse abandonado a aquella acción individual porque el interés de cada uno es susceptible de destruir la riqueza común» (página 73). Aunque estas consideraciones se hacen refiriéndose a la realidad canaria y a tipos de aguas subterráneas de la misma, son perfectamente aplicables al esquema normal de un sistema acuífero, tal como lo hemos descrito en páginas anteriores.

(22) SPOTA: *Tratado de Derecho de Aguas*, II, pág. 449, Buenos Aires, 1941.

alcance ese uso cuando es posible y, cuando no, a aquéllos que puedan obtener de él o proporcionar al público mayores ventajas».

Aunque esta encomiable doctrina la refieren los redactores de la Exposición de Motivos a las aguas públicas y a los aprovechamientos que se deriven de la concesión de las mismas, denotan una intención del legislador que no es posible ignorar cuando los nuevos conocimientos científicos evidencian que los presupuestos y finalidades que inspiraban esa doctrina se dan también con referencia a las aguas privadas, incluso las subterráneas: cosas comunes o sobre las que, al menos, existe un interés común; impedir abusos que causen perjuicios, evitar conflictos, etcétera.

Este matiz especial de que está dotado el dominio de las aguas en la ley que lo regula y que quiso destacar la propia Exposición de Motivos cuando distinguía entre dominio y aprovechamiento, hace que ALONSO MOYA (23) afirme que entre los derechos de los dueños de las aguas de dominio privado no son apenas predicables aquellas viejas facultades de sabor romanístico y medieval de *ius abutendi*, *disponendi* y *vindicandi*.

También LACRUZ BERDEJO (24) sostiene que cuando el Código habla de «el aprovechamiento de las aguas de dominio privado» (título de la sección tercera) da a entender que el propietario privado no tiene la verdadera propiedad de las aguas (así, conforme al artículo 412, «el dueño de un predio... *puede aprovechar* sus aguas»). Y para confirmar esta opinión argumenta que en cambio, a tenor del artículo 418, «las aguas alumbradas conforme a la ley especial de aguas *pertenecen* al que las alumbró», deduciendo —conforme ya indicamos antes— que, la verdadera propiedad, privada sobre las aguas sólo puede nacer hoy sobre las subterráneas.

Nosotros creemos que también para estas aguas subterráneas o, mejor, para el supuesto verdaderamente importante de explotación de las mismas por sondeos artesianos, que es al que nos venimos refiriendo, es también de aplicación el criterio de que su propiedad queda esencialmente reducida a la facultad de aprovecharlas.

El término «pertenecen» del artículo 418 del Código Civil no es suficientemente significativo y, en todo caso, parece que la pertenencia —su mayor o menor extensión— tendría que determinarse conforme a la Ley especial de aguas a la que el propio precepto alude. Recordemos que esta Ley sólo emplea la expresión «plena propiedad» en los artículos 18 y 21 que se refieren a la obtención de agua por medio de pozos ordinarios, supuesto en el que, por tratarse de una extracción sin im-

(23) «Sobre las aguas de dominio público y de dominio privado», *Revista de Administración Pública*, núm. 4, pág. 44.

(24) *Ob. cit.*, pág. 469.

portancia, no hay inconveniente en admitir el dominio en toda su amplitud. No es que en los artículos 22 y 23 se emplee expresamente el término aprovechamiento al regular el alumbramiento por medio de pozos artesianos, socavones o galerías; se usan términos amplios, pero menos concluyentes que los de plena propiedad; ser dueño a perpetuidad de las aguas realmente extraídas parece significar, en el contexto del artículo 22, aprovecharlas mientras sean controladas por el alumbrador, de modo similar a como el artículo 416 del Código Civil y 1.º de la Ley de Aguas permite aprovechar las pluviales al dueño de un predio (supuesto que se considera de aprovechamiento y no de dominio pleno); la referencia a la extensión del derecho del alumbrador sobre las aguas se hace al tiempo —«perpetuidad», «conservar el dominio»— y no al contenido, que no tiene por qué ser más amplio en el caso de las aguas subterráneas que en el de las demás privadas; lo que sí es lógico y está implícito en los artículos 22 y 23 de la Ley, es que el aprovechamiento puede realizarlo por sí el alumbrador o cederlo a otro, precisamente porque puede no tener otro modo de ejercitar su derecho (alumbrador que no disponga de fincas propias aptas para el riego). El artículo 23 se refiere al alumbrador que además, es propietario de una finca y dice que puede «apropiarse plenamente» las aguas que existen debajo de la superficie; luego parece considerar que no le pertenecen, ya que ha de apropiarse de ellas y nadie tiene que apropiarse de lo que ya es suyo; posiblemente lo que se quiere expresar con el término apropiarse sea la idea de aprovechar las aguas por sí o cediendo a otros el uso de las mismas.

El párrafo 2.º del artículo 22 de la Ley de Aguas se refiere al supuesto en que el dueño de las aguas alumbradas no construyese acueducto para conducir las por los predios inferiores que atravesasen y las dejase abandonadas a su cauce natural, disponiendo que entonces entrarán los dueños de estos predios a disfrutar del derecho eventual que les confieren los artículos 5 y 10 respecto de los manantiales superiores. Y el artículo 419 del Código Civil establece que estas aguas abandonadas a su curso natural serán de dominio público. Esta similitud de regulación de las aguas subterráneas no controladas ya por el alumbrador y de las aguas superficiales y la remisión concreta que el artículo 22 de la Ley hace al artículo 5.º de la misma, permiten sostener que, tal como reza el propio artículo 5.º, las aguas subterráneas controladas también «pertenecen al dueño respectivo para su uso o aprovechamiento», o sea con la misma extensión con que las aguas de manantiales se atribuyen a los propietarios de los predios en que nacen continua o discontinuamente y mientras discurren por ellos. La diferencia entre la propiedad sobre los manantiales y sobre las aguas subterráneas parece estar en que

al dueño de aquéllos no se le permite almacenar los caudales y el de los segundos los tiene ya almacenados, dispone de un estanque subterráneo que puede controlar. Pero el contenido de la propiedad debe ser el mismo en uno y otro caso.

Por todo ello, creemos que son también aplicables a las aguas subterráneas los criterios que el Consejo de Estado (25) mantuvo respecto de las aguas corrientes: «Ante todo es preciso resaltar que el derecho de aprovechamiento en todo caso no es absoluto, ni aún cuando esté amparado por un derecho de propiedad de las aguas, pues con arreglo a los principios que informan la Ley de 13 de junio de 1879 y el Código Civil, su mayor o menor extensión depende de la existencia de otro derecho preferente que es obligado respetar, sentido en el que reiteradamente se ha pronunciado la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (sentencias de 8 de junio de 1907 y 20 de octubre de 1941). Pero es que, además, cuando la importancia económica de las aguas se está intensificando como en el momento presente, aquel límite no puede estar solamente constituido por la existencia de un derecho real de aprovechamiento jurídicamente perfecto y consolidado, sino que bastan las consideraciones de la conveniencia pública de un aprovechamiento integral y racional... para establecer como límite del derecho de aprovechamiento de las aguas en tal caso, el de que, ni en virtud del uso de las mismas, ni mediante obras e instalaciones para facilitarlas pueda en forma alguna ser alterado el régimen de las propias aguas».

Esa conveniencia de un aprovechamiento integral y racional y la necesidad de que en forma alguna sea alterado el régimen de las aguas, señaladas por el Consejo de Estado, son el verdadero fundamento de la tesis que mantenemos. El régimen de las aguas subterráneas es el que se deriva de su propia naturaleza, del esquema del acuífero y de su explotación racional al que reiteradamente nos venimos refiriendo. Conforme a él, los recursos son frutos del sistema acuífero y, como frutos, son objeto de la facultad de aprovechamiento; y, como se trata de frutos sobre los que recae un interés común, esa facultad debe ser ejercitada conjuntamente o, al menos, sin afectar a ese interés común.

La cesión y la posible vindicación de las aguas extraídas y controladas, derivan del uso y aprovechamiento sobre las mismas que se atribuyen al dueño del sondeo, que son el contenido esencial de su propiedad sobre tales aguas. El *ius disponendi* y el *ius vindicandi* del titular del sondeo tendrán sólo por objeto este mismo, el *instrumentum aquae*, pero no el agua.

(25) «Dictamen del Consejo de Estado sobre Reforma Parcial de la Ley de Aguas de 10 de mayo de 1962», *Revista de Administración Pública*, núm. 44, mayo-agosto 1964, págs. 337-338.

5. APLICACION Y DESARROLLO DE LA LEGISLACION VIGENTE

Si hasta aquí hemos intentado profundizar en los conocimientos y estudios que nos aportan la Hidrogeología y la doctrina jurídica para procurar una interpretación de la legislación vigente más acorde con la problemática actual de las aguas subterráneas, parece necesario ahora referirnos a la actuación de los Organos del Estado en la aplicación de la propia legislación. De este modo, podremos tener una visión bastante completa de la situación a que se ha llegado en el tema que nos ocupa y entrever algunas de las medidas que puedan ser convenientes y viables para la solución de los problemas que esa situación comporta.

5.1. INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA

Las cuestiones de competencias administrativas en materia de aguas en general y, en especial, de las aguas subterráneas, constituyen uno de los ejemplos más llamativos de lucha de atribuciones entre funcionarios de diferentes cuerpos. Surgida ya cuando dependían de un mismo Ministerio, el de Fomento, se agravó cuando éste se desmembró en dos y luego en tres departamentos, dictando cada uno de ellos disposiciones que pretendían modificar las de los demás, a veces con unos días de diferencia (26).

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (27) resume la evolución del problema con las siguientes palabras: «Una serie de normas anteriores a la guerra civil consagran la competencia predominante de los Servicios de Minas del Ministerio de Industria. Esta competencia tiene su principal manifestación en la exigencia de autorización previa de los alumbramientos

(26) Para un análisis detenido de las normas que han ido plasmando esta lucha de competencia, puede verse el trabajo citado de Francisco PRIETO RODRÍGUEZ, págs. 37 a 39. En relación con este tema, cuyo tratamiento excedería de los límites de este trabajo, propone el Profesor MARTÍN RETORTILLO: «Llévense a cabo las reformas administrativas que se estimen oportunas; supérese de una vez el criterio de determinar la competencia administrativa en ciertos sectores, según la competencia técnica de los distintos Cuerpos de la Administración; agrúpense orgánicamente y de acuerdo con un criterio material todas las técnicas, absolutamente todas las técnicas que se dan cita en la administración de las aguas, y restablézcase el principio de unidad en dicha administración» (MARTÍN RETORTILLO. Sebastián: «Sobre la Reforma de la Ley de Aguas», *Estudios de Derecho Público y Privado ofrecidos al Profesor Serrano Serrano*, Valladolid, 1965, pág. 319). Un buen criterio en esta importante cuestión es el recogido en la Ley Francesa núm. 1.245, de 16 de diciembre de 1964, y disposiciones complementarias de la misma.

(27) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. Tomás-Ramón: «Las competencias administrativas en materia de aguas subterráneas», *Revista de Administración Pública*, núm. 72, septiembre-diciembre de 1973, pág. 22.

por dichos servicios y de su inscripción en el Registro de Manantiales en ellos existentes.

A partir de la guerra civil el protagonismo de los Servicios de Minas se estanca primero y cede después ante el empuje de los Servicios de Obras Públicas, que tiene su manifestación más acusada en la legislación especial de Canarias.

El inicio de la posguerra y la puesta en marcha de la obra de colonización potencia igualmente el papel de los Servicios del Ministerio de Agricultura.

Tres departamentos en liza por lo tanto: Industria, Obras Públicas y Agricultura. Los tres actúan por su cuenta y según su respectivo empuje en cada momento, promueven normas y crean instrumentos de intervención que luego se aclaran, modifican, corrigen y equilibran a medida de las respuestas que cada uno de ellos da a la obra de los otros».

Concretando mucho, podemos señalar las siguientes competencias de cada Departamento:

5.1.1. *Ministerio de Industria y Energía*

Las competencias de este Ministerio, en cuanto a aguas subterráneas, se desarrollan a través del Instituto Geológico y Minero (Organismo Autónomo adscrito a la Comisaría de Energía y Recursos Minerales), de la Subdirección General de Ordenación Minera (Sección de Hidrología Subterránea) de la Dirección General de Minas y de las Delegaciones Provinciales del Departamento (Secciones de Minas).

Las disposiciones básicas de carácter general son el artículo 227 de la Ley de Aguas y dos Decretos de la misma fecha, 23 de agosto de 1934, que aprueban el Reglamento de Policía Minera y Metalúrgica y el Reglamento de Catalogación y Aprovechamiento de Aguas Subterráneas. Y las funciones más importantes son las siguientes:

- a) Inspección, vigilancia y autorización de los trabajos de investigación, alumbramiento e instalaciones de elevación de aguas subterráneas en terrenos de dominio privado.
- b) Autorización de los sondeos y aprobación de las instalaciones en terrenos de aguas subálveas y de dominio público, una vez obtenida la concesión o autorización de Obras Públicas.
- c) Inscripción de todos los manantiales y alumbramientos en el Registro Provincial de Pozos, Manantiales y Sondeos de la Sección de Minas.
- d) Promoción, en su caso, y tramitación de expedientes de perímetros de protección de aguas subterráneas.

5.1.2. *Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo*

A través de la Dirección General de Obras Hidráulicas y de las Comisaría de Aguas, ejerce su competencia sobre las aguas subálveas. Le corresponde también otorgar las concesiones de terrenos de dominio público para alumbrar aguas subterráneas. La disposición más importante, aparte de la Ley de Aguas, continúa siendo la Real Orden de 5 de junio de 1883.

5.1.3. *Ministerio de Agricultura*

La Orden Ministerial de 18 de septiembre de 1945 creó en cada Jefatura Agronómica un Registro de Maquinaria Agrícola que incluye los motores para riego. Y los Decretos de 12 de noviembre de 1954 y 1 de julio de 1955 establecieron determinados requisitos en cuanto a instalaciones elevatorias.

Pero la actuación más directa del Ministerio de Agricultura en el campo de las aguas subterráneas se realiza a través del Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario, que ha llevado a cabo una ingente labor de investigación y alumbramiento de estas aguas, sobre todo para transformaciones en regadío. Estos trabajos fueron declarados de alto interés nacional por Decreto de 5 de febrero de 1954, con facultades expropiatorias de los terrenos precisos, atribución de la propiedad de las aguas alumbradas al Instituto y posibilidad de fijación de perímetros de protección de las mismas.

5.2. INTERVENCIÓN GUBERNATIVA PROVISIONAL Y CONFLICTOS DE ATRIBUCIONES

Un supuesto concreto y muy importante de intervención del Ejecutivo en materia de aguas subterráneas es el que se contempla en los párrafos 2.º y 3.º del artículo 23 de la Ley de Aguas y que ha sido considerado como un especialísimo interdicto administrativo (28), ya que confiere a los alcaldes la facultad de suspender las obras de un nuevo sondeo cuando amenazasen peligro de distraer las aguas públicas o privadas destinadas a un servicio público o a un aprovechamiento privado preexistente, con derechos legítimamente adquiridos. Como señaló el Consejo de Estado en Dictamen recogido en una Resolución del

(28) Para un estudio completo de esta figura puede verse el trabajo de Juan Manuel ECHEVARRÍA HERNÁNDEZ: «La suspensión por la Administración de obras para alumbrar aguas subterráneas», publicado en la *Revista de Administración Pública*, núm. 43, enero-abril 1964, págs. 195 a 235.

Ministerio de la Gobernación de 30 de octubre de 1963, «la colocación sistemática de este artículo —el 23— en la Ley, dentro del título I, capítulo IV, demuestra que se trata de normas delimitadoras del derecho de dominio, cuestión sustantiva no atribuible a ramo alguno de la Administración, sino a los Tribunales, y que sólo provisionalmente y por razones de seguridad jurídica es atribuida a las autoridades locales y provinciales, quienes tienen facultades genéricas para mantener el orden público».

Con motivo de la alzada contra la providencia del Alcalde se planteó una cuestión muy debatida, ya que, aunque el artículo 23 de la Ley de Aguas se refiere a los Gobernadores de provincia, el Ministerio de Obras Públicas estimaba que, conforme a diversas disposiciones posteriores, las atribuciones de los gobernadores en esta materia habían pasado a las Confederaciones y a las Comisarías de Aguas. El Decreto 2599/1974, de 9 de agosto, resolvió un conflicto de atribuciones concreto entre los Ministerios de Obras Públicas y de la Gobernación a favor de éste, abundando en la razón dada por el Consejo de Estado de que se trate de «una faceta del mantenimiento del orden público, entendida en una acepción más amplia de respeto a personas y propiedades» —y diferente de la policía especial de aguas— en la que el Alcalde y el Gobernador actúan como delegados de la Administración Central.

5.3. JURISPRUDENCIA CIVIL Y CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

En la materia que analizamos, o sea en lo relativo a las aguas subterráneas no subálveas y explotadas por sondeos artesianos, apenas existe jurisprudencia civil. En todo caso, la doctrina que se deduce de las sentencias del Tribunal Supremo que han abordado cuestiones sustantivas sobre las aguas subterráneas en general, es la tradicional, o sea la que se deriva de una interpretación literal de los artículos 350 del Código Civil y 18 y siguientes de la Ley de Aguas: extensión vertical del dominio, accesoriedad de las aguas respecto del predio en que se alumbran (sentencias de 3 de julio de 1907 y 28 de noviembre de 1903). Un atisbo de una posición algo diferente puede encontrarse en algunas sentencias posteriores, como la de 28 de abril de 1971, en la que nuestro más alto tribunal considera que, siempre que no sea indispensable para salvaguardar las titularidades jurídicas perjudicadas proceder a cerrar uno de los pozos de recíproca influencia, debe decidirse la convivencia de derechos, sin necesidad de sacrificar uno de ellos en aras del preexistente, pudiendo resolverse la cuestión con la compensación de caudales.

Las sentencias de lo contencioso-administrativo se refieren en buena

parte a la interpretación del párrafo 2.º del artículo 23 de la Ley de Aguas. La sentencia de 4 de febrero de 1970, recogiendo el criterio de las de 30 de marzo de 1960, 4 de diciembre de 1962 y 28 de febrero y 4 de noviembre de 1968, sienta la doctrina de que «por el respeto que merece el derecho de propiedad, y constituir este párrafo una excepción, una limitación o privación de este derecho, no se puede interpretar extensivamente, y debe concederse la suspensión únicamente cuando no ofrezca la más pequeña duda de que esa amenaza de peligro sea real, con la seguridad de que, de llevarse a cabo las obras, se distraigan o mermen las aguas del pozo en explotación».

5.4. LEGISLACIÓN REGIONAL Y PROYECTOS DE LEY GENERAL

Ya LÓPEZ DE HARO (29) señalaba en 1917 «que debe existir reglamento de aguas subterráneas por tratarse de intereses públicos con pluralidad de intereses concurrentes y rivales sometidos por principios de buena administración a las funciones de gobierno». Sin embargo no ha prosperado ninguno de los proyectos elaborados desde entonces, bien fuera para regular toda la materia de las aguas continentales, bien se restringiera a las subterráneas.

Unicamente la gravedad de algunas situaciones locales o regionales ha podido mover al legislador a dictar normas especiales, de mayor o menor ámbito territorial y de vigencia temporal o no. Sin entrar aquí en el estudio de estas disposiciones, señalaremos algunos datos que pueden interesar al objeto de nuestro estudio.

La ley de 24 de diciembre de 1962 sobre aprovechamiento de aguas y auxilios a los mismos en Canarias y su reglamento de 14 de enero de 1965 prescinden de la fórmula convencional de las distancias áticas del artículo 24 de la Ley de Aguas y establecen su posible incremento conforme a los informes técnicos emitidos para cada supuesto, regulan la reserva de volúmenes de agua por la Administración del Estado si existe causa de interés público o utilidad social y favorecen la adscripción del agua a la tierra concediendo mayores auxilios a quienes se agrupen y cumplan ese requisito. En cambio, manteniendo un criterio absoluto de la propiedad, exige acreditar el dominio —o la autorización de los dueños— de los terrenos debajo de los cuales hayan de excavar las galerías (30).

(29) LÓPEZ DE HARO, Carlos: «Aguas subterráneas», *Revista de Derecho Privado*, año V, núm. 41, pág. 39.

(30) Carmelo PÉREZ AFONSO escribe: «Si un aprovechamiento integral y racional de los minerales e hidrocarburos no tiene en cuenta, ni constituye obstáculo, el derecho positivo sobre la propiedad, igual trato deberá tener el subsuelo a la

La Ley 2/1969, de 11 de febrero (para algunas zonas de Andalucía), la Ley 58/1969, de 30 de junio (para Mallorca) y el Decreto-ley 3/1973, de 5 de abril (para Zonas de Almería) establecieron prohibiciones temporales de alumbramiento y captación de aguas subterráneas. Aparte de la finalidad general de procurar la planificación y remediar la sobreexplotación de algunas áreas, es de destacar que por las dos leyes citadas se crean Comités de Coordinación de los Ministerios de Obras Públicas, Industria y Agricultura que bien pudieran ser un inicio de la necesaria reforma administrativa en este campo de las aguas.

Pero esta legislación regional no resuelve definitivamente el problema de la regulación de las aguas subterráneas, necesitado de un planteamiento general. «El tema de las aguas subterráneas —escribe FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (31)— tiene una trascendencia capital en la actualidad, como es bien conocido... De esta importancia económica del tema hay hoy plena conciencia. La hay, también, de la necesidad de proporcionar el marco normativo adecuado que permita la utilización óptima de los caudales hídricos del subsuelo. Pese a ello, sin embargo, han venido fracasando hasta el momento uno tras otro todos los proyectos legales dirigidos a esta finalidad y de esa manera se sigue prolongando, no se sabe hasta cuando, la insatisfactoria situación actual».

Los últimos intentos parecen haber sido los representados por la tan anunciada como dilatada reforma de la Ley de Aguas. Dos anteproyectos, de los Ministerios de Obras Públicas y Urbanismo e Industria y Energía, difundidos últimamente, abordan la regulación de las aguas subterráneas juntamente con todas las demás continentales. El primero de estos anteproyectos ha sido ya ampliamente debatido a nivel de entidades interesadas en el tema y existen razones para pensar que ha sido retirado como Proyecto de Ley. Por ello y porque excedería de los límites de este trabajo, no entramos en el análisis de los criterios que inspiran los dos anteproyectos, sin perjuicio de aludir a ellos al tratar de alguna cuestión concreta.

6. LAS DIFERENTES FASES PARA EL APROVECHAMIENTO DE LAS AGUAS SUBTERRANEAS

Como recapitulación de lo expuesto hasta ahora puede resultar de interés resumir y comparar los puntos fundamentales de la regulación de las aguas subterráneas que podríamos considerar de *lege ferenda*,

hora de contemplarlo en relación con las aguas subterráneas que, en Canarias, bien merece el calificativo de mineral noble en cotización». *Aguas subterráneas en terrenos de propiedad privada en Canarias*, Madrid, 1974, tomo I, pág. 154.

(31) Trabajo citado, págs. 9 y 10.

o sea la regulación que parece exigida por los conocimientos hidrogeológicos actuales, y los datos principales de la ordenación todavía vigente o de *lege lata*, pero interpretada ésta de modo que se procure la adecuación de la norma a la naturaleza propia de las mismas aguas subterráneas. No parece probable que sea muy inmediata la reforma de la Ley de Aguas y, mientras llegue y a la espera de cómo se realice, parece oportuno intentar esclarecer las cuestiones urgentes hoy planteadas y aquilatar al máximo el Derecho actual para procurar las soluciones más racionales y equitativas.

Las de *lege ferenda* serán las del «deber ser», las que respondan a la concepción técnico-jurídica de acuífero, a una visión unitaria y suficientemente autónoma del mismo, como conjunto dinámico de elementos físicos en cuya consideración o tratamiento jurídicos intervienen fundamentalmente el interés social y una comunidad de intereses que debe dar lugar a una relación multilateral de signo concurrente, para la explotación racional y el aprovechamiento de las aguas en beneficio común.

Las soluciones de *lege lata* serán las del «ser» del Derecho objetivo vigente y de la doctrina jurídica actual que intenta o debe intentar la hermenéutica cada vez más adecuada de aquel, su adaptación a las exigencias de la realidad que regula.

Con criterio cronológico, podemos distinguir las siguientes fases fundamentales:

6.1. INVESTIGACIÓN

Antes de su hallazgo o descubrimiento, las aguas subterráneas no son bienes en sentido jurídico, ni públicos ni privados. Es deseable que la investigación que pueda conducir al descubrimiento la lleve a cabo la Administración Pública y de hecho, en España, a través del Plan de Investigación de Aguas Subterráneas, se está cerca de cumplir plenamente este objetivo, aunque, conforme a la legislación vigente (art. 417 del Código Civil) sólo el propietario de un predio —u otra persona con su licencia— puede investigar en él aguas subterráneas, probablemente porque no se ha distinguido suficientemente entre investigación y alumbramiento (incluso el artículo 22 de la Ley de Aguas parece aludir a la investigación con los términos «buscar el alumbramiento»).

Investigado un acuífero por la Administración, no habría razones suficientemente válidas para atribuir necesariamente el dominio de sus aguas a los propietarios del suelo que se propusiesen alumbrarlas porque ya lo harían sin el «álea» previa que supone investigarlas y porque las

propias características del acuífero investigado no permitirían considerar las aguas como bienes atribuibles en exclusiva al propietario de cada fundo, sino como objeto del interés común de todos los propietarios de fundos incluidos en el perímetro del acuífero.

Las reservas del acuífero investigado por la Administración deben ser consideradas de dominio público; sobre ellas recae fundamentalmente el interés social, mientras la comunidad de intereses se refiere primordialmente a los recursos, sin perjuicio de que por la interdependencia de reservas y recursos (parte integrante esencial y fruto del acuífero) también éstos deberían ser estimados, en principio, de carácter público.

Como es obvio, aunque el Código y la Ley de Aguas no atribuyen expresamente las subterráneas al que las investigó sino al que las alumbró, porque no se diferencian claramente investigación y alumbramiento, y porque la primera es exigencia del segundo, implícitamente consideran al investigador —dueño del suelo o autorizado por él— titular de disposición de las aguas investigadas y susceptibles de ser alumbradas (art. 418 del Código Civil y 22 y 23 de la Ley de Aguas).

6.2. PLANIFICACIÓN

Lógicamente, la investigación de las aguas subterráneas deberá preceder a la planificación de todas las continentales. Investigados los acuíferos, la labor de continuidad en la vigilancia, control y ordenación de los mismos correspondería al «Plan Nacional de Gestión y Conservación de Acuíferos» que lleva a cabo el Instituto Geológico y Minero y que debería quedar integrado en la planificación general y conjunta de las aguas superficiales y subterráneas.

Para esta integración de la planificación de las aguas subterráneas en la de todas las continentales, sería necesario partir de planteamientos auténticamente hidrogeológicos, no sólo hidrológicos; una de las consecuencias importantes sería el procurar la utilización de los acuíferos como embalses subterráneos, conjuntamente con los superficiales, para la más perfecta regulación de todos los recursos hídricos.

Sin perjuicio de su sujeción a las líneas directrices de un Plan General, la planificación y la consiguiente gestión de las aguas debe plantearse por cuencas vertientes, subcuencas y acuíferos concretos de cada cuenca o subcuenca, siendo coordinadas entre sí, descentralizadas y llevadas a cabo con la participación de todos los sectores afectados.

Este debe ser, en líneas generales, el esquema de la planificación de las aguas continentales y hacia él tienden los estudios y los planes con-

cretos (de Investigación de Aguas Subterráneas, de Gestión y Conservación de Acuíferos), que se están realizando. Pero para que llegase a ser efectiva sería precisa, además de una seria reforma de la administración de las aguas, una gran labor de divulgación de los nuevos conocimientos sobre las mismas, una educación y concienciación de la sociedad en los problemas que hoy plantea la explotación de este escaso e indispensable recurso.

Por supuesto que la legislación básica española de hace un siglo no podía llegar a estos planteamientos, menos aún para las aguas subterráneas que para las superficiales. Y las normas complementarias dictadas después están también lejos de ellos.

6.3. PUESTA EN EXPLOTACIÓN

La explotación de un acuífero investigado por la Administración Pública y sujeto al Plan conjunto de aprovechamiento de las aguas superficiales y subterráneas de una cuenca no podría nunca dejarse al arbitrio de los particulares dueños de las tierras comprendidas en su perímetro. La propiedad de estas tierras no podría considerarse ya título legitimador suficiente para la explotación de las aguas halladas por Organos Estatales o Paraestatales y que, conforme a la naturaleza del objeto del que son parte integrante —el acuífero descubierto—, no pueden ser estimadas como un accesorio de cada fundo.

Los únicos intereses legitimadores de la explotación de estas aguas serán el interés social y la comunidad de intereses de los titulares del dominio de las fincas del perímetro. La primacía del interés general o social justificará la preferencia del alumbramiento para usos generales, por ejemplo abastecimiento de poblaciones. El interés común exigirá que la explotación tenga lugar en beneficio de todos los interesados, bien mediante concesión conjunta, bien por concesión otorgada a algunos en particular pero siempre con las limitaciones y condiciones que garanticen el respeto y la salvaguarda de ese interés común, además del general. Esto mismo posibilitará y fundamentará la vigilancia y el control continuados de la Administración a través de los Organos de Planificación y Gestión de las Aguas, en los que participen los propios interesados.

De *lege lata* ya sabemos que la facultad de explotar aguas subterráneas reconocida al propietario de cada finca o a persona que tenga su licencia sólo está sujeta a autorización administrativa y a la posible intervención gubernativa, de carácter provisional, de los párrafos 2.º y 3.º del artículo 23 de la Ley de Aguas. Lo lógico sería unificar estas dos actuaciones del Ejecutivo en un procedimiento único que controlara

eficazmente y con carácter previo la explotación de las aguas subterráneas.

6.4. APROVECHAMIENTO

De *lege ferenda* el aprovechamiento de las aguas halladas sería un verdadero derecho de aprovechamiento por proceder de concesión administrativa y, al igual que la concesión, correspondería este aprovechamiento al conjunto de quienes tienen un interés común en la explotación del acuífero o a aquel o aquellos de los interesados que puedan usar de los caudales concedidos conforme a las condiciones y limitaciones fijadas y sin detrimento de ese mismo interés común. Un requisito esencial de estas concesiones será la perfecta determinación del caudal aprovechable.

De *lege lata*, aunque se atribuye la propiedad de las aguas al alumbrador, puede mantenerse que las únicas facultades del propietario son precisamente las llamadas de aprovechamiento (usar, disfrutar y consumir o ceder el fruto, o sea las aguas extraídas), tal como hemos expuesto anteriormente, con una interpretación que creemos respeta el contenido esencial de esta propiedad.

El alumbrador tiene derecho a extraer del acuífero una determinada cantidad de agua y el agua realmente extraída puede ser aprovechada por él en el sentido que acabamos de señalar. Pero el inconveniente de esta formulación del derecho del alumbrador, que parece ajustarse a las normas vigentes, estriba precisamente en que no es obligatorio el aforo del caudal alumbrado y su inscripción en el Registro de la Sección de Minas de las Delegaciones de Industria y Energía, con lo cual no resulta determinado tal derecho. Debiera establecerse la obligatoriedad del aforo y su inscripción para posibilitar el control de la Administración, incluso para poder dictaminar si existe o no afección entre diferentes sondeos, porque esta sólo tiene lugar en su sentido propio cuando se reman la cantidad o calidad de las aguas alumbradas.

También podría ayudar esta concreción del caudal a una aplicación de las normas vigentes que tuviera en cuenta la existencia de la comunidad de intereses de que venimos hablando —y no el mero interés individual—, de modo que se coordinasen al menos los concretos derechos de cada uno, procurando un aprovechamiento proporcionado, un uso razonable.

La aplicación de la regla del uso razonable y su desarrollo en normas complementarias de las vigentes y compatibles con ellas podría paliar también situaciones de aprovechamiento de aguas subterráneas que re-

sultan cada vez más preocupantes y que podrían incluso ser consideradas como supuestos de verdadero abuso de derecho. Nos referimos a los casos en que se produce el que ha sido llamado «mercado de aguas» y a la sobreexplotación de muchos acuíferos, fenómenos que muchas veces aparecen unidos porque se presentan, lógicamente, en las zonas semi-áridas de nuestro país donde la demanda de recursos hídricos es mayor.

6.4.1. *La falta de adscripción del aprovechamiento del agua a la tierra*

El Consejo de Estado (32) opinó que «los problemas que plantea la existencia del mercado de aguas deberían ser también objeto de meditación en relación con las aguas subterráneas alumbradas por los particulares. Son notorios los abusos que se producen en provincias y regiones en las que el regadío es el único medio posible de cultivo y éste se provee por medio de particulares o sociedades que emplean su capital en buscar y alumbrar aguas; frecuentemente se hace pagar el agua en momentos de escasez a precios fabulosos que comprometen o hacen desaparecer los legítimos beneficios que en buena parte corresponden a los cultivadores de la tierra. La unión biológica de la tierra y el agua comporta la necesidad de no desconocer este aspecto económico, el cual viene intervenido por el Estado en otros órdenes de la producción agrícola, como sucede en los precios de las semillas, abonos minerales, venta de los productos, etc.».

El problema tiene su raíz en no haber establecido el legislador algún medio que obligase a la adscripción del agua a la tierra que naturalmente debería beneficiarse de los caudales alumbrados, consecuencia lógica de esa «unión biológica» de la tierra y el agua a la que alude el Consejo de Estado. No deja de ser paradójico que se parta del principio de accesoriedad para justificar el alumbramiento de las aguas subterráneas por el propietario del terreno y que después se permita disponer libremente de los caudales extraídos sin imponer que lo que se ha considerado accesorio —el agua— se destine al cumplimiento de los fines de lo que se ha estimado principal, o sea al cultivo de la tierra.

El propio Consejo de Estado, al ofrecer dos soluciones alternativas al problema de la naturaleza de las aguas subterráneas, con motivo de la reforma de la Ley de Aguas, mantiene en todo caso la accesoriedad del aprovechamiento del agua al predio y la indisponibilidad de aquel con independencia de éste. En el supuesto de mantener el principio de la naturaleza privada de estas aguas, se haría «limitando el contenido y alcance de tal derecho de propiedad, lo cual es perfectamente posible dado el carácter abstracto y elástico de dicho derecho, que permite su

(32) Dictamen y revista citados en nota 25, pág. 341.

subsistencia como derecho perfecto aún privado de cualquiera de sus facultades, como sería en este caso la facultad de disposición de las aguas no usadas».

De *lege ferenda* y conforme al esquema del acuífero, los recursos de agua del mismo, de no ser necesarios para usos generales por causa de interés social, deberían quedar adscritos a las fincas comprendidas en su perímetro, en beneficio conjunto de quienes detentan el que venimos llamando interés común, a menos que no fuera posible este aprovechamiento común, por ejemplo por no ser susceptibles estos fundos de transformación en regadío.

Pero incluso con la legislación vigente podría pensarse en alguna medida administrativa que remediase o paliase estas situaciones de «mercados de aguas». Si cabe sostener que el contenido esencial de la propiedad de las subterráneas consiste en su aprovechamiento y si éste debe tener lugar conforme a la regla del «uso razonable» para no dañar a terceros, podría verse en algunos casos un verdadero abuso de derecho o de ejercicio antisocial del mismo que, conforme al núm. 2 del artículo 7 del Código Civil, diera lugar a medidas administrativas que impidieran la persistencia en el abuso.

6.4.2. *Aprovechamiento de aguas subterráneas que dan lugar a la sobreexplotación de acuíferos*

El problema de la sobreexplotación o sobreproducción, que implica una explotación permanente de las reservas del acuífero, ha quedado ya expuesto en el apartado 3.3.3.º de este estudio y constituye una situación bastante generalizada en la Región Murciana, como ocurre también en la provincia de Almería, en algunas zonas de la de Alicante y en las Islas Canarias y Baleares.

Las mismas consideraciones que acabamos de hacer para el supuesto de ejercicio abusivo de la disponibilidad de caudales de aguas subterráneas, podrían servir para justificar medidas administrativas que remediase la anarquía que supone el estar agotando muchos acuíferos, situados bajo las tierras más sedientas, en perjuicio muchas veces de los mismos que, más o menos inconscientemente, están participando en esta acción, y siempre de terceros y de la propia riqueza nacional.

Pero es que, además, en el supuesto de sobreexplotación se están aprovechando las reservas del acuífero que deben ser estimadas como bienes con clara vocación de dominio público, y la intervención administrativa estará, por tanto, plenamente justificada, fundada incluso en el artículo 128, 1 de la Constitución que dice que «toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general».

La contemplación de todos estos problemas y de la necesidad de que sean adoptadas medidas legales y administrativas que procuren remediarlos, nos lleva a preguntarnos cuál puede ser la figura jurídica apropiada para la regulación de las relaciones que normalmente pueden existir, con motivo de la explotación de un acuífero, entre la Administración y los interesados y entre estos mismos. También este tema nos lo planteamos con referencia al esquema teórico de acuífero, a pesar de que nuestra legislación vigente no responda a él, porque en definitiva el análisis de las relaciones jurídicas públicas y privadas que consideramos inherentes a la estructura del sistema acuífero y a los intereses económico-sociales que en él están presentes, puede orientar las medidas *secundum legem* más adecuadas en relación con el ordenamiento legal de las aguas subterráneas.

7. EL CONSORCIO COMO FIGURA EXPLICATIVA DE LAS RELACIONES JURIDICAS DEL SISTEMA ACUIFERO

Puesto que el término consorcio viene siendo usado con bastante ambigüedad y se trata de una figura jurídica poco estudiada todavía por nuestra doctrina (33) intentaremos exponerla con cierto detalle. El tema en sí merece un tratamiento mucho más amplio, pero el abordarlo aquí exedería de los límites de este trabajo.

7.1. NOCIÓN DEL CONSORCIO

Una idea inicial y amplia del consorcio puede ser la de «asociación de personas físicas o jurídicas, libremente creada o impuesta obligatoriamente, para la satisfacción en común de una necesidad propia de estas personas» (34).

El elemento característico del consorcio consiste en que su consti-

(33) Aparte del trabajo de Alejandro NIETO citado en la nota 10, pueden verse: ALBI, Fernando: *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones locales*, Madrid, 1960, págs. 486 a 500; MANZANEDO MATEOS, José Antonio: *El comercio exterior en el Ordenamiento administrativo español*, Madrid, 1968, vol. I, págs. 345 a 359; MARTÍN MATEO, Ramón: *Un nuevo tipo de empresa: los consorcios locales*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1971, y BALLARÍN MARCIAL, Alberto: «La empresa asociativa y comunitaria», en el libro *Estudios de Derecho Agrario y Política Agraria*, Zaragoza, 1975, págs. 325 y sigs. Aunque se refiere al Derecho italiano, está traducido el libro fundamental de Giuseppe STANCANELLI *Los consorcios en el Derecho Administrativo*, Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, 1972.

(34) FERRI, Giuseppe: *Consorzio (teoria generale)*. *Enciclopedia del Diritto*, IX, página 371.

tución tiene como presupuesto básico *una situación objetiva idéntica* para todos aquellos que participan en él y de la cual precisamente deriva aquella *necesidad común* que se intenta satisfacer conjuntamente a través de su creación.

Normalmente esta situación y esta necesidad comunes a los consorciados tienen un relieve especial que *afecta no sólo a los intereses particulares sino a los de la colectividad*. De aquí el que la constitución del consorcio se pueda imponer en muchos casos, de modo que estén *obligados a participar* en él todos aquellos que, por encontrarse en la misma situación objetiva, tengan un *interés común que repercuta notablemente en el interés social*.

Por la misma razón, se puede imponer coactivamente a todos los que se encuentren en esa situación objetiva común la obligación de sostener proporcionalmente las cargas que se deriven de la realización del interés común mediante la constitución del consorcio.

7.2. EL CONSORCIO COMO SITUACIÓN ASOCIATIVA

La relación asociativa es definida por PAOLO GRECO (35) como aquella relación jurídica «en la que los sujetos se presentan en posiciones colaterales y no antitéticas, dando lugar a la existencia de una esfera de medios y de actividades comunes a ellos, destinada a realizar en el aspecto interno resultados de interés común». Y distingue los siguientes tipos:

- a) Relaciones asociativas con actividad esencialmente conservativa y consuntiva: comunidades.
- b) Relaciones asociativas con actividad esencialmente productiva de un resultado que se determina en la misma esfera de la asociación: sociedades.
- c) Relaciones asociativas cuya actividad se ejercita mediante la organización conjunta pero cuyo resultado recae directamente en la esfera de los intereses de los singulares participantes: consorcios.

El consorcio es pues, esencialmente, un ente asociativo de mediación, un instrumento por medio del cual determinados sujetos proveen mejor al cumplimiento de una actividad en la que tienen un interés preexistente y común, de modo que aunque los actos del consorcio sean imputables al mismo (si se le reconoce personalidad jurídica) los efectos de tales

(35) *Le società nel sistema legislativo italiano-lineamenti generali*, Turín, 1959, páginas 3 y sigs.

actos se producen en la esfera jurídica de los consorciados (36). O como dice NIETO (37) «los actos que realiza el consorcio se imputan jurídicamente al mismo, pero los efectos económicos, a los socios; lo que significa, en definitiva, una rigurosa distinción entre la imputación jurídica y la imputación económica».

El mismo NIETO señala también: «El primer dato esencial estriba en que en el consorcio (a diferencia de en la sociedad) no se crea un nuevo centro de intereses, sino que cada socio conserva su interés propio, y lo único que hace es encomendar la gestión de su interés al nuevo ente: el consorcio es, pues, un ente de gestión» (38). Nosotros matizaríamos esta apreciación de NIETO en el sentido de que el interés cuya gestión se encomienda al consorcio no es sólo el particular de cada uno de los socios sino el interés común de todos los consorciados, superior y distinto a cada interés particular.

7.3. AMPLITUD DE LA FIGURA CONSORCIAL Y SU DISTINCIÓN DE OTRAS AFINES

Dado que el fenómeno que acabamos de reseñar puede darse en los campos más dispares y en las hipótesis más diversas, la institución del consorcio tiene una aplicación general, ya sea en Derecho Público, ya sea en Derecho Privado. La legislación y la doctrina italianas, que son las que lo aplican con mayor profusión, distinguen fundamentalmente tres hipótesis: de propietarios o poseedores de fincas, de Entidades locales y de empresas o industrias. Las dos primeras se consideran como *species* del mismo *genus*, porque ambas tienen por objeto la realización de una obra o la prestación de un servicio en interés común de los consorciados, y su *ius commune* está representado por las normas que disciplinan la constitución y el funcionamiento de los consorcios de mejora y saneamiento de tierras, o sea los artículos 863 y 864 del Código Civil Italiano. Los consorcios mercantiles o industriales tienen por objeto la reglamentación de las relaciones recíprocas de las empresas consorciadas en el ejercicio de su actividad individual y son considerados como contratos que se regulan por los artículos 2.602 y siguientes del Código Civil italiano. A pesar de la diferencia de objeto, unos y otros participan de las características antes subrayadas y es posible mantener un criterio unitario: el que se atribuya a los primeros personalidad

(36) Ver STANCANELLI: *Ob. cit.*, págs. 76 y sigs., que aplica a los consorcios el concepto de instrumentalidad, tomándolo de OTTAVIANO: *Considerazioni sugli enti pubblici strumentali*, Padua, 1959.

(37) *Hacia una teoría consorcial...*, *ob. cit.*, pág. 218.

(38) *Hacia una teoría consorcial...*, *ob. cit.*, pág. 217.

jurídica no tiene mayor trascendencia porque también los consorcios mercantiles pueden adquirirla constituyéndose como sociedades consorciales (art. 2.615 ter, en relación con el 2.331 —sociedad por acciones— y 2.475 —de responsabilidad limitada—, todos del Código Civil italiano) (39).

Sobre esta base y para corroborar la peculiaridad de la figura consorcial, señalamos a continuación algunas de sus diferencias con otras afines:

7.3.1. *Con la Comunidad*

En la Comunidad se toma en consideración la unidad objetiva de la cosa, el derecho real o de crédito e, incluso, el interés común, sobre los que recaen la pluralidad de relaciones jurídicas de la misma naturaleza correspondientes a varias personas, por lo cual estas personas deben unirse sólo para su administración y mejor aprovechamiento.

En cambio, en el consorcio varias personas se asocian para perseguir un objetivo que interesa a todos, satisfaciendo contribuciones proporcionales a las ventajas que obtienen. En él se mantienen las titularidades separadas de los bienes o patrimonio de cada consorciado, sin perjuicio de que pueda existir también un patrimonio consorcial común a los asociados.

7.3.2. *Con la Asociación*

Aunque el consorcio es una relación asociativa y, por tanto, una asociación en sentido amplio, cabe distinguirlo de las asociaciones consideradas en sentido estricto. Si la asociación no persigue ventajas de carácter patrimonial, la diferencia será clara, ya que los consorciados buscan siempre una utilidad económica.

En general, respecto a todo tipo de asociaciones, la característica diferencial del consorcio estriba en que, con su constitución, no se

(39) A favor de este criterio unitario puede aducirse lo que pone de relieve Giuseppe FERRI al comentar las leyes italianas 374, de 30 de abril de 1976, y 377, de 10 de mayo de 1976 en «Consorzi e società consortili: ancora una modificazione occulta del Codice Civile», *Revista del Diritto Commerciale*, mayo-junio 1976, páginas 125 y sigs.: «El fenómeno regulado no es ya el de una creación de una organización común para la disciplina de las relaciones de competencia entre empresarios que ejercen la misma actividad económica o actividades conexas, sino aquel de la creación de una organización común entre varios empresarios para la disciplina y el desarrollo de determinadas fases de las respectivas empresas (nueva fórmula del artículo 2.602, según el art. 1 de la Ley de 10 de mayo de 1976)». Así se establecen entre las actividades del consorcio mercantil o industrial algunas que representan claramente la prestación de servicios comunes: adquisición en común de materias primas o semielaboradas, creación de una red de distribución común de marcas de calidad, asistencia para la solución de problemas de crédito, etc.

crea *ex novo* una comunión de intereses, sino que el interés común preexiste objetivamente por razón de situación física o productiva y el consorcio es un simple medio de realización de ese interés común. En cambio, en la asociación no existe previamente un interés común de los asociados sino que éste se crea artificialmente.

7.3.3. *Con la Sociedad*

Además de las diferencias que se acaban de señalar respecto de todas las asociaciones (puesto que la sociedad es también asociación), cabe añadir la de que en la sociedad varias personas ponen en común dinero, bienes o industria con ánimo de partir entre sí las ganancias, mientras que en el consorcio las personas sólo tienen en común un interés para cuya consecución es precisamente para lo que se obligan —únicamente— a satisfacer una contribución y a constituir (no en todos los casos) un patrimonio.

7.3.4. *Con las Mutuas y Cooperativas*

Mientras los consorcios tienen como objetivo el disciplinar la actividad coincidente de los consorciados o llevar a cabo obras y servicios que satisfagan su interés común preexistente y aumenten el provecho particular de todos y cada uno, las mútuas y cooperativas persiguen la finalidad de auxiliar la actividad de los asociados eliminando el provecho de los intermediarios, de modo que aquéllos obtengan ventajas acudiendo directamente a los servicios de la Entidad.

7.4. EL CONSORCIO REAL AGRÍCOLA

Al objeto de nuestro estudio, es necesario concretar la figura consorcial que creemos válida para regular muchas de las situaciones que se presentan en el campo de la agricultura con motivo de mejoras de interés común y en concreto, con motivo del aprovechamiento común de las aguas.

En la legislación agraria italiana encontramos numerosas figuras denominadas consorcios, algunas de las cuales no responden a la verdadera naturaleza de estos (40). Nosotros nos vamos a centrar en la que

(40) Podemos señalar las siguientes figuras del Derecho Agrario italiano: 1) Consorcios entre Entes Públicos, de carácter administrativo, para llevar a cabo en especial la «bonifica integrale de segundo grado». 2) Consorcios agrarios: son entidades creadas para favorecer los intereses de los agricultores. Tienen su precedente en los «Monti Frumentari» del siglo xvii, que anticipaban la semilla para devolverla al cosechar abonando una módica tasa. Actualmente son Sociedades

creemos típica del Derecho Agrario y que, siguiendo a MILANI (41), consideramos consorcio real agrícola, presentando las notas que lo definen y que hacen de él una institución con características propias perfectamente aplicable a nuestra realidad o actividad agrarias.

7.4.1. *Delimitación técnico-jurídica del consorcio real agrícola*

Sus características serán reflejo y concreción de las señaladas al formular la noción general de consorcio:

- a) El presupuesto de la situación objetiva idéntica para todos los que participan en el consorcio, se concreta en el real agrícola en la existencia de un perímetro que comprenda las fincas de los consorciados. Aunque no se trate de un «coto redondo», las fincas consorciadas estarán más o menos cercanas unas de otras y en la misma o análoga relación de dependencia respecto del elemento determinante o condicionante de la mejora común, vgr. el caudal de agua que posibilite la transformación en regadío de la zona consorcial.
- b) Esta relación de dependencia similar para las fincas de los consorciados será la que motivará su interés común para la satisfacción de una necesidad o utilidad igualmente comunes y preexistentes a la decisión de constituir el consorcio.
- c) La situación objetiva idéntica y el interés y utilidad comunes que de ella se derivan hacen referencia fundamentalmente a los fundos. Los derechos de los consorciados y el fin que persiguen con la constitución del consorcio son inherentes a las fincas, no se refieren a las personas como tales sino a los bienes que pertenecen a estas personas.

«Mientras en las asociaciones —dice FERRARA (42)— la cualidad de asociado depende libremente de la voluntad de las personas que se asocian, en los consorcios la cualidad de asociado se liga objetiva y realmente a la propiedad

Cooperativas de Responsabilidad Limitada que están federadas. 3) Consorcios para la defensa de los cultivos. 4) Consorcios forestales. 5) Consorcios de «bonificación» (de mejoras conforme a un Plan General y Coordinado referido a un perímetro con graves problemas demográficos, económicos o sociales). 6) Consorcios de mejora y saneamiento de tierras (sin Plan General). 7) Consorcios para la reorganización de la propiedad. 8) Consorcios para el uso del agua.

(41) MILANI, Francesco: *Consorti Reali in Agricoltura*, Parte General, 1959, Parte Especial, 1961. Milán, Giuffré. Es una obra exhaustiva sobre la materia.

(42) FERRARA, Francesco: «I Consorti per l'esercizio dell'agricoltura», en *Scritti Giuridici*, III, págs. 217 y ss.

y a la posesión de un determinado fundo. Forman parte del consorcio sólo los propietarios y poseedores de los fundos y, puesto que la cualidad de consorciado está ligada a la posición del propietario o poseedor y prescinde de la individualidad de la persona, cuando cesan en la propiedad o posesión salen también del consorcio, por lo cual imaginativamente los consorcios han sido llamados asociaciones de fundos».

Esta es una de las características esenciales del consorcio real agrícola: que los consorciados lo son *propter rem*, que hay en esta institución un predominio del *intuitus rei* sobre el *intuitus personae*.

- d) Las mejoras posibles en los fundos consorciales no pueden quedar al arbitrio de los propietarios y poseedores porque, además del interés de cada uno y del interés común, concurre siempre en el consorcio un interés superior, un interés social. Este interés superior puede verse en el cumplimiento de la llamada función social de la propiedad (43), en la preocupación por los intereses de las generaciones futuras (44) o, simplemente, en la necesidad de conservación o creación de riqueza en beneficio de la economía nacional, pero llevará siempre aparejado el que podrá imponerse la participación en el consorcio de los propietarios y poseedores de fincas de la zona consorcial.
- e) Esta obligación de participar en el consorcio lleva consigo la de contribuir a los gastos de realización y conservación de la mejora común. Y este deber de contribuir que incumbe a los consorciados no es meramente personal sino una «carga real» que grava los fundos y que pasa a sus adquirentes, a título universal o particular.

Esta es la segunda característica esencial del consorcio real agrícola que —con la del predominio del *intuitus*

(43) La función social de la propiedad está explícitamente recogida en el artículo 2.º de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 de enero de 1973. El artículo 1.º dispone que: «el suelo rústico deberá utilizarse en la forma que mejor corresponda a su *naturaleza*, con subordinación a las necesidades de la *comunidad nacional*». Y el artículo 3.º recoge, entre los fines fundamentales de la reforma y el desarrollo agrario, «el mejor aprovechamiento y conservación de los recursos naturales en aguas y tierras».

(44) MILANI señala que «puesto que los consorciados obran por un interés que pertenece a los fundos y, por consiguiente indirectamente, también a los propietarios futuros, hay en ellos, más o menos consciente, la voluntad de favorecer la agricultura de la zona, lo cual no podría prosperar, ni siquiera en provecho de las generaciones futuras, sin una fuerte unión actual de intereses». *Ob. cit.*, Parte General, pág. 85.

rei y en íntima conexión con ella— lo elevan, como dice FERRARA, a figura jurídica propia.

- f) El cumplimiento de esta obligación del consorciado de contribuir a los gastos de ejecución y mantenimiento de la mejora común, por ser una «carga real» (45), deberá poder ser exigido mediante una acción privilegiada.

7.4.2. *Interés de esta figura del consorcio real agrícola para la regulación de diversas situaciones jurídicas agrarias*

Esta institución del consorcio real agrícola puede ofrecer un marco jurídico válido para la regulación de numerosas situaciones jurídicas agrarias, en las que, como dice FERRARA, estará siempre el interés de la tierra en una posición central.

Según la mayor o menor importancia del interés social, del interés común y de los intereses particulares que entren en juego, revestirá diferentes modalidades. Unas veces se restringirá al ámbito de unos pocos propietarios o poseedores, afectarán las mejoras a unos pocos fundos; pero otras veces, en cambio, aparecerá el interés público en primer lugar, con absoluta preponderancia, de modo que los propietarios o poseedores vendrán a ser como meros cooperadores en la realización de una obra de utilidad pública. El diferente peso específico de estos intereses influirá en la estructura de los consorcios, en su constitución y funcionamiento, aumentando la intervención del Estado a medida que sea mayor el interés social. Se dará así una gama de figuras, desde las de Derecho Privado a las de Derecho Público y desde organizaciones sin personalidad jurídica hasta entidades con personalidad privada o pública. Pero siempre se conservará el núcleo del instituto consorcial.

Esta flexibilidad para adaptarse a muy diversas situaciones, su fundamentación en el principio de solidaridad y su inspiración en un *ius fraternitatis*, hacen de la figura consorcial una institución verdaderamente interesante para solucionar no pocos problemas económico-sociales del mundo agrario.

Al objeto de nuestro estudio, interesa que analicemos la posibilidad de aplicación del consorcio real agrícola a las cuestiones de aprovechamiento de las aguas, en particular de las subterráneas.

(45) El artículo 77 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario señala que las fincas reservadas, cualquiera que sea su poseedor, están afectas con carga real al pago de las cantidades invertidas por el IRYDA en las obras, en la proporción imputable al propietario.

7.5. CONSORCIO DE LAS AGUAS

Además de los consorcios intermunicipales para abastecimiento de agua a las poblaciones, que son netamente administrativos y están contemplados en el Reglamento de las Corporaciones Locales de 17 de julio de 1955 (46), en cuya consideración no procede entrar aquí, existen en nuestro Derecho Positivo verdaderos supuestos de consorcios para el aprovechamiento común de las aguas.

7.5.1. *La figura consorcial en la Ley de Aguas*

«Las asociaciones de propietarios que llevan a cabo colectivamente la construcción de canales y pantanos para riego de sus propias tierras» a que se refiere el artículo 198 de la Ley de Aguas son auténticos consorcios reales agrícolas. En el artículo 197 se recogen de modo palmario los caracteres esenciales del mismo: a) El *intuitus rei* es tan evidente que, de forma poco correcta, se llega a subjetivar a las fincas señalando que «todos los terrenos comprendidos en el plano... quedan sujetos...» Y la mayoría de los propietarios interesados se computa por la extensión superficial que cada uno represente. b) Los dueños no pueden rehusar el pago del canon a que quedan sujetos los terrenos («carga real»), hasta el punto de que, si rehusaren, podrían ser expropiados por el valor en secano.

Las comunidades de regantes reguladas en los artículos 228 y siguientes de la Ley de Aguas y disposiciones complementarias tienen también todas las características de los consorcios. Cada «regante» es titular independiente de su propia explotación agrícola, y el interés común del riego de sus fincas es el determinante de la constitución de una Entidad, de carácter institucional, encargada de la ejecución y conservación de las obras y de la gestión de las aguas aprovechadas en común, con el control de la Administración exigido por la realización del interés social. La pertenencia *propter rem* a la Comunidad de Regantes y la exis-

(46) Fernando ALBI cree que «nunca resultará posible un Consorcio constituido únicamente por Corporaciones locales de igual naturaleza, sino que habrán de ser necesariamente de «diferente orden», como se declara en el artículo 37-1 del Reglamento. Esto responde a una finalidad concreta. No podrá constituirse un Consorcio entre Ayuntamientos de modo exclusivo porque esto sería una Mancomunidad de las que regulan los artículos 29 a 40 de la Ley de Régimen Local, y a esos preceptos y denominación habría que ajustarse» (véase *ob. cit.*, páginas 496 a 498). En cambio, MANZANEDO considera que las Mancomunidades Municipales son auténticos consorcios y que los de Entidades Públicas de diferente orden pueden no serlo, ya que la definición positiva del artículo 37 del Reglamento de Servicios no es técnicamente descriptiva de la naturaleza consorcial (*ob. cit.*, vol. I, pág. 357, nota 551).

tencia de la «carga real» que recae sobre las fincas regadas y que está garantizada por la vía de apremio, configuran a esta Comunidad como un auténtico Consorcio.

También excedería los límites de este trabajo el estudio detallado de las distintas posturas mantenidas por la doctrina en este tema de la naturaleza jurídica de las Comunidades de Regantes: Entre la tesis que sustenta que son corporaciones de carácter público y la que estima que son asociaciones de carácter privado, estaría nuestra postura que ve en ellas un verdadero consorcio, figura que está a caballo del Derecho Público y del Derecho Privado y que responde perfectamente a la fisonomía típica de estas «comunidades».

Como señala JOSÉ LUIS ESPINOSA YÁÑEZ (47) «por lo heterogéneo de sus elementos integrantes —finalidad privada, utilidad general, potestades especiales, intervención estatal y creación no siempre voluntaria— cabría pensar en la conveniencia de una regulación específica de las Comunidades de Regantes que las configurara como entes asociativos especiales». Nosotros insistimos en que estos «entes asociativos especiales» son precisamente los consorcios.

7.5.2. *El Consorcio de aguas subterráneas*

Aunque existen por casi toda la geografía nacional muy diversas situaciones de aprovechamiento conjunto de aguas subterráneas, hasta ahora únicamente han merecido la atención del legislador los Heredamientos y Comunidades de Aguas en Canarias, regulados por la Ley de 27 de diciembre de 1956.

En las demás regiones, queda a la iniciativa privada la regulación de estos aprovechamientos conjuntos, acogándose a las fórmulas más diversas: Sociedades Civiles, Asociaciones de interés particular, Grupos de Colonización (ahora denominados Sociedades Agrarias de Transformación), Comunidades Privadas de Regantes, copropiedades por cuotas, constitución de servidumbres, etc.

Pocos son los casos en que estas situaciones se configuran acercándose al menos a las exigencias que se derivan de la naturaleza del acuífero en explotación. La concepción exageradamente privatística de las aguas subterráneas, la accesoriedad de éstas respecto del fundo en que son alumbradas, la no adscripción del agua a la tierra, la disponibilidad plena de los caudales extraídos (en definitiva la supeditación del interés común e, incluso del interés social, a los intereses particulares),

(47) Ver su trabajo «Naturaleza jurídica de las Comunidades de Regantes», publicado en el libro *Jornadas Iberoamericanas y Europeas de Derecho Agrario* (las celebradas en Zaragoza y Jaca en julio de 1976), Mérida (Venezuela), 1977, página 149.

dan lugar a regulaciones que distan de la equidad en no pocas ocasiones. El supuesto menos anómalo será posiblemente aquel en que varios dueños de tierras aledañas constituyen una Sociedad Agraria de Transformación y emprenden conjuntamente las obras de puesta en riego de sus fincas, realizando en común y *ab initio* todos los trámites y trabajos precisos para el fin que se proponen. Pero muchas veces se llevan a cabo alumbramientos de aguas por quienes carecen de superficies regables, con el ánimo de proceder a dividir el caudal alumbrado en cuotas, acciones o participaciones que entran en el tráfico jurídico como «fincas independientes», ajenas a la tierra e inscribibles en el Registro en folio propio. Las situaciones son entonces anárquicas: no hay perímetro de riego y, buscando el mayor beneficio, se hacen conducciones que desplazan el agua de los lugares en que natural y normalmente debería ser aprovechada; existen titulares de caudales de agua que no poseen tierras y dueños de éstas que no logran adquirir el agua precisa para su riego. ¿Son lógicas estas situaciones? Lógicas o no, lo que es evidente es que no responden a la naturaleza del acuífero que se explota.

La conciencia de que esto es así aparece ya en los Anteproyectos de reforma de la Ley de Aguas y en la pretensión de hacer extensiva al aprovechamiento conjunto de las aguas subterráneas la regulación propia de las Comunidades de Regantes (48). Nosotros creemos que también

(48) La exposición de motivos del Anteproyecto del M.O.P.U. señala: «Hoy se concibe el agua con sustantividad propia y las explotaciones concretas no se encuentran vinculadas ni son dependientes del terreno de donde surgen, sino del acuífero de donde proceden. El resultado de este cambio hace que el Anteproyecto se preocupe de regular la explotación general del acuífero y no los posibles derechos del propietario del suelo, sin perjuicio de que éstos sean respetados de la mejor manera posible...». «Se crean las llamadas juntas de concesionarios con una muy clara finalidad: lo que con ello se pretende es que sean los propios interesados quienes autorregulen el régimen de extracciones y dispongan de las medidas pertinentes para una posible explotación conjunta. El acuífero es una riqueza nacional cuya explotación se ha puesto en sus manos. En principio, por tanto, debería ser la Administración quien determinase la forma de los aprovechamientos y, en último extremo, esto es lo que se hace con el sistema concesional. Ahora bien, la explotación de un acuífero debe concebirse de una manera dinámica y flexible, que resulta incompatible con la rigidez formal de un título concesional. De aquí la necesidad de que se regule de manera constante la forma de las explotaciones, y esto es precisamente lo que se encomienda a las Juntas de Concesionarios por considerar que nadie está en mejores condiciones que los propios interesados para regular el acuífero que ellos explotan. Ahora bien, el interés general exige, por otra parte, que la Administración controle este tipo de actividades de los particulares, pues siempre es imaginable o un abuso o una inactividad. Este papel es el que expresamente se asigna a la Administración, habilitándola precisamente para ello. Las Juntas de Concesionarios pueden constituirse de forma voluntaria y esto sería lo deseable; cabe también la posibilidad de que la Administración imponga su constitución forzosa...» «En relación con el problema de la utilización del agua.. la Comisión ha creído oportuno remitirse a lo dispuesto para las Comunidades de Regantes y para las Comunidades de Usuarios en general.» Distingue, pues, el Anteproyecto del M.O.P.U. entre las Juntas de

es el consorcio real agrícola la figura jurídica que explica perfectamente el conjunto de relaciones que concurren en la explotación adecuada de un acuífero, o sea la que responde a su verdadera entidad física y económico-social.

Para la configuración de este consorcio de aguas subterráneas debemos partir de la consideración unitaria del acuífero, como conjunto de los elementos que han quedado reseñados en el apartado 4.2.1., y puede ayudarnos a sistematizar sus peculiaridades el referirnos a los intereses que concurren en su explotación.

A) *Características relacionadas con el interés social*

El interés general o social es el que justifica la intervención administrativa en la medida que sea necesaria para proteger aquél (49) y no sólo con límites negativos sino, preferentemente, con medidas positivas (50).

Concesionarios (porque parte del carácter público de las aguas subterráneas objeto de concesión y admite el llamado concesionario-empresario) y las Comunidades de Usuarios, aunque comprende ambas en el capítulo IV, «De las Comunidades de Aguas Subterráneas» (arts. 179 a 187), del Título IV del Libro Primero. Prácticamente se reproducen estos artículos en el Anteproyecto de Estatuto Jurídico de las Comunidades de Regantes y de Usuarios, Primera Ponencia del IV Congreso Nacional de Comunidades de Regantes, celebrado en Murcia en 1975, presentada por BOLEA FORADADA y ARRIETA ALVAREZ.

El Anteproyecto de la Dirección General de Minas e Industrias de la Construcción, de mayo de 1976, parte de la naturaleza privada de las aguas subterráneas y sólo regula, por tanto, las comunidades de usuarios que, conforme al artículo 66, pueden ser impuestas por Decreto cuando se cumplan los requisitos que para motivar la constitución establezcan los Planes Hidrológicos correspondientes. En la Exposición de Motivos se señala que el régimen establecido permite «una ordenación administrativa de los aprovechamientos que evite las nefastas consecuencias, muchas veces irreversibles, que para los acuíferos supone un régimen anárquico de explotación. En esta línea se encuentran los preceptos que facultan a la Administración para intervenir sobre los aprovechamientos, pudiendo incluso reorganizar zonas pertenecientes a un mismo acuífero, suprimiendo algunas captaciones y ampliando otras, con la doble finalidad de mejorar el régimen hidrológico general y respetar los derechos adquiridos», lo que se regula en el artículo 59, donde se prevé la restitución de los caudales mermados y que los daños y gastos que se produzcan sean costeados por los titulares de los aprovechamientos proporcionalmente a los respectivos volúmenes que vinieran utilizando.

(49) Ver las consideraciones que hace Alejandro NIETO en «Las Comunidades de Aguas Canarias en 1956», publicado en los *Estudios* reseñados en la nota 10, páginas 175 a 177. Cita a DERNICHEL, quien señala que «el control del Estado sobre los organismos privados —que tiene por objeto la institución de un orden positivo y no solamente la determinación de los límites negativos al ejercicio de una actividad— es una transacción entre el liberalismo económico-social periclitado, y hasta nocivo, y un estatismo que no se supone deseable: *in medio stat virtus*» (*Le controle de l'Etat sur les organismes privés*, París, 1960, I, págs. 1-5).

(50) Señala MANZANEDO, con toda razón, que el consorcio «marca una progresiva evolución que, superando las técnicas de gestión privada individual y de gestión burocrática, nos conduce a las técnicas de gestión común por autogobierno de los propios interesados, mucho más adecuadas, en los sectores sociales que las permiten, a las estructuras políticas y económicas actuales» (*ob. cit.*, I, pág. 345);

Esta intervención de la Administración en la constitución y funcionamiento de los consorcios de aguas subterráneas dará lugar, fundamentalmente, a lo siguiente:

- a) Los consorcios quedarán siempre sujetos a los Planes del Agua, Nacional, por cuencas, y de Investigación, Gestión y Conservación de Acuíferos. Esta supeditación a la planificación de las aguas continentales, con la regulación conjunta de las superficiales y subterráneas, podrá dar lugar a diferentes medidas: utilización del acuífero como embalse subterráneo, constitución de consorcios de 2.º grado, reserva de caudales a favor de Entidades Públicas, etcétera.
- b) Podría imponerse por la Administración la obligación de constituir el consorcio en determinados supuestos, como el de que se hubiera establecido previamente un perímetro de protección, vgr. en los casos de sobreexplotación de un acuífero.
- c) Los consorcios de aguas gozarán siempre de una acción privilegiada para hacer efectivas las participaciones de los consorciados en los gastos comunes, en proporción a las ventajas de cada uno. Esta contribución a los gastos constituirá una carga real que afectará a las fincas consorciadas y podrá ser exigida por vía de apremio.
- d) Estos consorcios gozarán siempre de preferencia para la obtención de los auxilios técnicos y económicos —préstamos y subvenciones— concedidos por el Estado, Organismos Autónomos, Banco de Crédito Agrícola, etc., para las transformaciones y mejoras de regadío.
- e) Determinados acuerdos de especial importancia, como los relativos a la aprobación o modificación de los Estatutos del Consorcio, deberán ser homologados por la Administración Pública de las Aguas. Pero sería excesiva la intervención administrativa que exigiese la aprobación de los acuerdos de todo tipo; en muchos casos bastará con la comunicación de los mismos al Órgano Administrativo correspondiente.

y más adelante añade: «... nos resulta útil para captar la funcionalidad del consorcio como instrumento de reestructuración menos limitativo de la esfera patrimonial de los sujetos; bastaría esta consideración para que la Administración Pública lo utilizase sistemáticamente con preferencia a las técnicas que quedan escalonadas en niveles superiores (*ob cit.*, I, pág. 353).

B) *Características relacionadas con el interés común*

La comunidad de intereses determinantes de la constitución de un consorcio de aguas subterráneas producirá las siguientes consecuencias:

- a) Delimitación del perímetro consorcial por la autoridad administrativa correspondiente, a iniciativa de la mayoría de los interesados que hayan de beneficiarse de las obras comunes proyectadas o aprovechar en común las ya ejecutadas. En algunos supuestos, como en los casos de sobreexplotación, la delimitación del perímetro podría establecerse de oficio.

Esta determinación de la zona consorcial deberá ser suficientemente flexible, dada la diversidad de situaciones que se pueden presentar. Pero una vez fijada, y como consecuencia del *intuitus rei*, todos los propietarios y poseedores de fincas comprendidas en la zona estarían obligados a formar parte del consorcio que se constituya, con posibilidad de llegar a la expropiación de las mismas si rehusaren integrarse en él.

- b) Las autorizaciones administrativas para el alumbramiento de las aguas subterráneas e instalaciones necesarias para su explotación —y las concesiones, si llegan a ser consideradas públicas en una futura reforma de la Ley— deberán ser otorgadas siempre al consorcio constituido o en trámites de constitución, ya que es éste el que detenta la comunidad de intereses relativa al aprovechamiento de los recursos del acuífero. En todo caso, si se otorgaran nuevas licencias o concesiones del mismo acuífero, deberá imponerse la integración en un consorcio ya constituido o la constitución de un consorcio de 2.º grado. Por análogas razones, en los supuestos de ampliación de perímetros podrá establecerse la condición de incorporación al consorcio de nuevos regantes.
- c) Puesto que el acuífero constituye un todo unitario y se produce, según se deduce del esquema físico-jurídico del mismo, el fenómeno de que la *vis atractiva* radica en el elemento creador de riqueza que es el agua subterránea, teniendo el suelo un simple valor instrumental, es fundamental la adscripción de agua y tierra, de modo que las participaciones en el aprovechamiento de los caudales sean anejas e inseparables de cada finca consorcial, configurándose aquéllas como

objetos de derechos subjetivamente reales de los que son titulares los propietarios de las fincas, por lo que, propiamente, no existe cotitularidad sobre los caudales del consorcio.

Por ello precisamente se producirá:

- 1.º La indisponibilidad de las participaciones de agua separadas de la tierra y de ésta separada de aquéllas. La no disposición por separado de estos elementos comprenderá también, como es lógico, el embargo y la hipoteca de los mismos (51).
- 2.º La improcedencia de la acción divisoria respecto de los caudales consorciados.
- 3.º La improcedencia del retracto de comuneros en cuanto a los mismos caudales.

Esta adscripción de agua y tierra y los caracteres que de ella se derivan denotan también que el consorcio real es, en principio, perpetuo; nacerá siempre con un propósito de permanencia, de modo que, normalmente, sólo la pérdida total de los caudales, la no rentabilidad de las explotaciones u otra causa de fuerza mayor dará lugar a su disolución.

C) *Características relacionadas con el interés particular*

Como este interés individual de cada uno de los consorciados tiene que estar siempre supeditado al interés común y al interés general, éstos vendrán a ser delimitadores de la esfera de aquél. Tales intereses superiores vendrán a configurar y tipificar lo que podríamos llamar la propiedad consorcial, conforme a los caracteres que acabamos de señalar en los dos apartados anteriores. Sistematizados u ordenados éstos, podríamos obtener las líneas básicas del estatuto jurídico especial de esta propiedad consorcial que, sin afectar al contenido esencial del dominio, delimitara perfectamente los derechos y obligaciones de cada titular de fincas de la zona. Con el mismo fundamento con que hablamos de propiedad horizontal —y, en el fondo, por análogas razones— podríamos hablar de propiedad consorcial.

(51) Ya actualmente existen dificultades prácticas notables para la hipoteca de las «acciones de agua», que muchas veces están representadas por «láminas» que se transmiten como bienes muebles a pesar de inscribirse en el Registro las cuotas indivisas del caudal correspondiente. Para esta cuestión ver el trabajo «Explotación comunitaria de aguas. Comunidades de agua de Derecho Privado», de José-Damián TÉLLEZ DE PERALTA, publicado en el libro reseñado en la nota 47, págs. 319 y siguientes.

Creemos que, en principio, la consideración de la naturaleza físico-jurídica del acuífero no se compagina con la admisión del llamado concesionario-empresario de aguas subterráneas, o sea con la persona que carece de tierras propias para riego y alumbrá aguas subterráneas para venderlas a terceros. El Anteproyecto de Ley de Aguas del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo lo mantiene, aunque reduce la concesión en este caso a 50 años y establece «el carácter administrativo del contrato que vincula al concesionario y al usuario, permitiendo además una intervención administrativa en su regulación, con objeto de terminar con la notoria especulación en los precios que, en estos casos, soporta la parte más árida de nuestro país» (Exposición de Motivos del Anteproyecto citado).

Puede que en algunas regiones o zonas donde los acuíferos continúan inexplorados por falta de iniciativa conjunta de los dueños o poseedores de fincas regables, tenga interés el mantener esta especie de promotor de alumbramientos de aguas, pero siempre debería otorgarse la concesión —o autorización administrativa— con condiciones suficientes para garantizar los intereses y expectativas de los dueños y cultivadores de las fincas de la zona consorcial.

D) *Vida y regulación de este consorcio*

Aunque de las notas o caracteres indicados se puede deducir la que creemos regulación adecuada del consorcio de aguas subterráneas, completaremos lo dicho con algunas breves consideraciones sobre otros extremos de interés:

- a) Constitución del consorcio: Podrá ser voluntaria y obligatoria, teniendo ésta lugar bien por imposición de la Administración (en particular en el supuesto de sobreexplotación) bien a petición fundada de la mayoría de los interesados.

El acto constitutivo podrá ser un acuerdo de todos los interesados conteniendo los estatutos y seguido de aprobación administrativa o un procedimiento incoado por los afectados o la propia Administración que terminará con la homologación de tales Estatutos.

Lo importante es el contenido de esta figura consorcial y unos Estatutos tipo aprobados por Decreto podrían bastar para que se empezara o promover, aunque fuera acogándose a la forma de otras figuras ya establecidas como las Asociaciones de interés particular del núm. 2

del artículo 35 del Código Civil o las Sociedades Agrarias de Transformación.

- b) Personalidad jurídica. Es muy interesante el reconocimiento de la personalidad jurídica de estos consorcios hidráulicos, de forma que queden referidos a la nueva entidad, de una manera clara, las autorizaciones administrativas o concesiones, los caudales, las obras de interés común realizadas por el Consorcio, etc.; y que sea la Entidad misma, por medio de sus representantes, la que pueda solicitar auxilios económicos y realizar cualquier otro acto en interés común de los consorciados.

A efectos de tal reconocimiento de personalidad podría bastar la inscripción en el Registro Administrativo correspondiente (uno general, para las Comunidades de Regantes y estos Consorcios, en una nueva Administración Pública de las aguas) del acto constituyente y de los Estatutos. La constitución del consorcio como persona jurídica independiente de la personalidad de los consorciados llevará consigo la inscripción en el Registro de la Propiedad, a nombre del mismo Consorcio, de los bienes inmuebles y derechos reales sobre los mismos que le pertenezcan, que formen parte del patrimonio del propio Consorcio; sin perjuicio de que en las fincas de la zona consorcial se haga constar el derecho subjetivamente real, la situación de servidumbre predial que surge a favor de cada consorciado sobre los bienes inscritos a favor del consorcio; aunque quepa hablar de una participación de cada consorciado en el aprovechamiento de las aguas, esta participación se configurará con ese carácter de servidumbre predial (que deberá, por consiguiente, constar también en los folios de los inmuebles gravados inscritos a nombre del consorcio, como predios sirvientes que son), inseparable de las fincas consorciales a las que activamente pertenece (52).

(52) Las operaciones registrales exigidas por la naturaleza de la figura que estudiamos son las indicadas: inscripción en folios registrales abiertos a nombre del Consorcio, como persona jurídica, de las parcelas en que estén situados los pozos, con su caudal, instalaciones, acequias o tuberías, etc., o sea, todos los elementos que son bienes inmuebles o derechos reales sobre los mismos y que resulten necesarios para la explotación común de las aguas, pero que no son comunes de los consorciados, sino que pertenecen al Consorcio como entidad independiente, e inscripción de los derechos subjetivamente reales o servidumbres prediales en los folios abiertos a cada finca de la zona consorcial que se harán constar

- c) *Estatutos*. Deberán constar en instrumento público, para que tengan acceso al Registro de la Propiedad, las reglas que puedan modificar el contenido o ejercicio de los derechos reales relativos al patrimonio inmobiliario consorcial.

Los principios básicos de estos Estatutos podrían ser los siguientes:

Primero: Expresión del nombre, domicilio y objeto del Consorcio, de acuerdo con su naturaleza.

también en los predios sirvientes, en los folios en que figuren inscritos los elementos de uso común.

La regulación del artículo 5.º de la Ley de Heredamientos y Comunidades Canarias de 27 de diciembre de 1956 y la de los artículos 69 y 71 del Reglamento Hipotecario, en la redacción dada por Decreto de 17 de marzo de 1959, que establecen un sistema de inscripción de los aprovechamientos colectivos de aguas públicas y de las aguas privadas pertenecientes a comunidades similar al régimen registral de la propiedad horizontal, no responde a las relaciones que configuran el Consorcio y resulta bastante confuso, en particular el de las aguas privadas, que permite la inscripción de las cuotas de cada copartícipe, no sólo en la finca que disfruta del riego, sino como finca independiente. El motivo de esto es la falta de adscripción del agua a la tierra, que, sobre todo en Canarias, por la realidad agrícola de aquellas islas y por la peculiaridad de sus Heredamientos y Comunidades, se procura defender y justificar. Pero la doctrina tiene que esforzarse para explicar el régimen registral de la Ley citada, ya que el propio artículo 5.º considera que el caudal y los elementos de explotación son de la agrupación y permite, sin embargo, que cada dueño inscriba como finca independiente suya las aguas y cuotas que en aquellos bienes le pertenezcan.

CREHUET (en el trabajo citado en la nota 10, pág. 1143 y sigs.), a quien parece seguir MARÍ CASTELLÓ-TÁRREGA («Los Heredamientos y Comunidades en su Ley reguladora», publicado en *Estudios de Derecho Administrativo Especial Canario*, también citado en nota 10, págs. 191 y sigs.), cree que lo que la Ley ha hecho ha sido separar y distinguir dos aspectos diferentes: una situación de condominio sobre determinados bienes (el agua y los elementos destinados a su explotación y aprovechamiento) y una organización encargada especialmente de la administración de esos bienes, sustitutiva de la administración que correspondería a la comunidad; «esta persona jurídica (la asociación de que habla la Ley de 1956) es tan sólo titular de un derecho de administración —e incluso también de disposición— de unos bienes cuyos titulares, en situación de comunidad especial, siguen siendo los individuos que integran dicha asociación». Se considera que Comunidad y Asociación no se interfieren mutuamente, porque de lo contrario se llegaría al absurdo de que sobre un solo patrimonio existieran a la vez un titular único (la persona jurídica) y un titular colectivo (los comuneros por sus respectivas cuotas).

En el fondo de toda esta cuestión late el tema de la especialidad de las aguas subterráneas, que no son ni vivas ni estancadas, y no estando expresamente comprendidas en el número 8 del artículo 334 del Código Civil, al que el artículo 71 del Reglamento Hipotecario alude, no podrían quedar sujetas al régimen registral que este precepto establece. Las aguas de un acuífero, los recursos que proceden de él y que son como sus frutos, no ocupan una finca ni «nacen» en ella, no son accesorios de un fundo ni, por tanto, cualidad del mismo; no es extraño, por consiguiente, que las alternativas que ofrece el citado artículo 71 del Reglamento Hipotecario para inscribir las aguas privadas no resulten claramente aplicables a las subterráneas, en particular cuando se trata de un aprovechamiento colectivo de las mismas. Este aprovechamiento o disfrute conjunto corresponde al consorcio, y el uso y consumo a los consorciados, para el riego y cultivo de sus fincas, derivados de la servidumbre de que son titulares.

Segundo: Delimitación de la zona consorcial (con plano anejo).

Tercero: Volumen del caudal de agua y circunstancias de los demás elementos inmobiliarios del patrimonio consorcial.

Cuarto: Normas relativas a la constitución y funcionamiento de la Asamblea General, de la que formarán parte todos los consorciados, con derecho a participar en la adopción de acuerdos. Normalmente los acuerdos deberán ser tomados por la mayoría de intereses y no por mayoría de personas, dado el carácter *propter rem* de la posición del asociado, el predominio del *instuitus rei* sobre el *instuitus personae*. Un buen criterio para la determinación del derecho de voto puede ser el considerarlo plural y proporcional a los intereses (normalmente la superficie regada) de cada consorciado, con unos límites razonables, mínimos y máximos, para la concesión de voto y el alcance del plural.

Quinto: Normas sobre constitución y funcionamiento de los órganos ejecutivos y de representación del Consorcio: Junta Rectora y su Comisión Permanente, Presidente, etc.

Sexto: Exigencia de determinadas mayorías de intereses para la validez de acuerdos de especial importancia, como la modificación de Estatutos o la disposición de determinados inmuebles del patrimonio consorcial. Estos mismos acuerdos son los que, normalmente, deberán quedar sujetos a aprobación de la Administración Pública.

Séptimo: Obligación de los consorciados de contribuir a los gastos del Consorcio en proporción a los intereses de cada uno en la Entidad, garantizada como «carga real» y exigible por vía de apremio.

Octavo: Reglas para el tandeo o uso común de las aguas.

Noveno: Obligación de los consorciados de ceder los terrenos propios necesarios para las obras comunes, previa la correspondiente indemnización.

Décimo: Régimen de imposición de sanciones por faltas que atenten al normal uso común de las aguas y de su red de distribución.

Undécimo: Causas de disolución del Consorcio y re-

glas de liquidación del patrimonio consorcial para los casos de extinción de la Entidad.

7.5.3. *El consorcio y la sobreexplotación de acuíferos*

El aprovechamiento de las aguas de un acuífero, conforme a la naturaleza de éste, debería ser siempre conjunto; y la figura reguladora del uso común de los caudales —en principio, de los recursos del acuífero— debería siempre ser el que hemos llamado consorcio de aguas subterráneas. Creemos que ésta es la consecuencia lógica de los planteamientos que hemos hecho hasta aquí.

Sin embargo, la situación actual de la explotación de las aguas subterráneas y la legislación sobre las mismas todavía vigente no permitirán, en la mayoría de los casos, una aplicación inmediata de la regulación que propugnamos. Por ello y porque los supuestos de sobreexplotación de acuíferos constituyen un fenómeno grave —en zonas como la del Sureste español— que no permite esperar hasta una nueva normativa para buscar la mejor solución posible a las situaciones creadas en esas zonas con notable daño de su economía y de los intereses de todos los afectados, debemos procurar una adaptación de esa figura, todavía teórica, del consorcio de aguas subterráneas, a la realidad actual de los numerosos casos de sobreexplotación de las mismas aguas.

Esta solución viable y urgente tendrá que inspirarse en los mismos criterios y principios que configuran todos los consorcios de aguas, para intentar coordinar los intereses de todos los afectados por la situación de sobreexplotación de un acuífero determinado o, mejor, realizar en la medida de lo posible y con los condicionamientos que impone dicha situación, el interés común de quienes detentan el aprovechamiento de las aguas, siempre supeditado al interés general o social. Pero tendrá que limitarse a regular, con la equidad y efectividad que sean posibles, las relaciones derivadas de la comunidad de intereses existentes entre todos los titulares de aprovechamientos de aguas de un mismo acuífero, sean o no propietarios o poseedores de tierras comprendidas en su perímetro. Es decir, este consorcio no será un consorcio de usuarios de aguas subterráneas, porque no se puede imponer, conforme a la legislación vigente, la adscripción de agua y tierra; sino un consorcio de titulares de caudales, con independencia de su posible condición de usuarios de los mismos.

Esto no quiere decir que la delimitación del perímetro sea innecesaria o indiferente en el supuesto del consorcio de un acuífero sobreexplotado. La determinación del acuífero exigirá la fijación de su perímetro,

dentro del cual quedarán comprendidos todos los sondeos que se alimentan de aquél. Y también parece lógico que se señale un polígono de aplicación del agua (aunque sea mucho más amplio que el del acuífero y determinable con criterios flexibles) para evitar situaciones anárquicas e impedir, en lo posible, el grave problema de la especulación del agua.

Con la salvedad indicada de que no puede imponerse la adscripción de agua y tierra ni, por tanto, aplicar al consorcio de titulares de caudales de un acuífero las consecuencias o caracteres jurídicos que de dicha adscripción se derivan en el que venimos llamando consorcio de aguas subterráneas, las demás características de éste y la regulación que del mismo hemos pergeñado deben entenderse referidas, *mutatis mutandi*, a aquél. El análisis de las peculiaridades del consorcio de las aguas de un acuífero sobreexplotado nos lleva a señalar los siguientes extremos:

A) OBJETIVO

La finalidad fundamental que persigue la constitución de un consorcio en el caso de sobreexplotación de un acuífero es la creación de un órgano de gestión y control de las aguas del mismo que hasta entonces se están explotando independiente e individualmente —incluso anárquicamente— en perjuicio del interés común de los titulares del aprovechamiento de los caudales alumbrados y del interés general.

La única forma de remediar la situación a que se ha llegado, de procurar un «uso razonable» de las aguas del acuífero sobreexplotado, será la de promover ese órgano de gestión común que, en aras de esos intereses superiores y en defensa de los de todos los afectados, los coordine debidamente. Esta coordinación de intereses exigirá casi siempre la afectación proporcionada y equitativa de los intereses particulares: disminución de los caudales aprovechados hasta entonces por cada uno de los afectados, cierre de pozos y apertura de otros más adecuados, mejoras de los regadíos para permitir mantener los cultivos a pesar de la reducción de caudales, etc. Y para todo ello son imprescindibles la participación decidida y efectiva de los interesados y el impulso, auxilio y asesoramiento de los Organismos correspondientes de la Administración Pública.

B) PROMOCIÓN

Las situaciones de sobreexplotación de acuíferos son científicamente conocidas por los estudios ya realizados (Planes de Investigación y de Gestión y Conservación de acuíferos) y se ponen de manifiesto, de modo evidente, por el descenso continuado de niveles de los sondeos de las

zonas afectadas. Hasta ahora lo único que se ha intentado es detener el proceso de deterioro de los regadíos de tales zonas estableciendo los correspondientes perímetros de protección. Pero las disposiciones de la Administración que crean estos perímetros se limitan a prohibir que se lleven a cabo nuevos alumbramientos y captaciones de aguas subterráneas dentro de las áreas definidas por las mismas, así como la modificación de las actuales instalaciones elevadoras que impliquen un aumento de los caudales alumbrados.

Parece lógico que deberían completarse estas medidas con la promoción en estos casos de un consorcio de los titulares de aprovechamientos de las aguas subterráneas comprendidas en el perímetro de protección, ya que únicamente de este modo se pueden lograr soluciones más eficaces y equitativas. Esta práctica administrativa, ya admitida, de la fijación de perímetros de protección puede ser, pues, ocasión y motivo para promover estos órganos de gestión conjunta de las aguas de acuíferos sobreexplotados, y las mismas disposiciones que crean tales perímetros podrían fijar las bases de constitución de los consorcios. Esto no obstante, también sería necesario promoverlos en todos aquellos casos en que los Planes y la realidad misma revelasen la existencia del fenómeno de sobreexplotación, aunque no tuviese lugar la declaración de perímetro protegido. Sería muy conveniente que se dictasen unas normas de carácter general que, desarrollando la legislación vigente, modificasen únicamente algunas disposiciones administrativas en el sentido de actualizarlas y adecuarlas a las nuevas situaciones creadas en la explotación de las aguas subterráneas. Un conjunto de medidas administrativas de vigilancia y control y la regulación de los órganos de gestión a que nos referimos, ayudados técnica y económicamente, podrían contribuir a remediar problemas relativos al aprovechamiento de las aguas subterráneas, especialmente el de la sobreexplotación de acuíferos.

La planificación y las demás medidas de intervención administrativa han de basarse en las condiciones objetivas de los bienes, independientemente de la conducta de sus propietarios; y más que establecer limitaciones a la propiedad, lo que harán será configurar ésta, dando lugar a una especie de «propiedad vinculada» (53). Si tenemos en cuen-

(53) Para el estudio de esta cuestión de la propiedad vinculada, ver la ponencia «La vinculación de la propiedad privada por planes y actos administrativos», de Martín BASSOLS COMA y Rafael GÓMEZ-FERRER MORÁN, inserta en el libro que lleva el mismo título de dicha ponencia, publicado por el Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1976, págs. 19 y sigs. Ven en la vinculación una categoría jurídica delimitadora de los derechos de propiedad y unida a la planificación e intervención administrativa, que nada tiene que ver con el concepto tradicional de vinculación de la propiedad. Sostienen que la indemnización al propietario por los efectos de la vinculación sólo procederá cuando ésta afecte al contenido mínimo del derecho de propiedad, definido en cada caso por la Ley.

ta el esquema jurídico del acuífero y aceptamos que la propiedad privada de las aguas subterráneas consiste fundamentalmente en la facultad de aprovecharlas, debemos convenir que se trata de un supuesto claro de «vinculación» de la propiedad, en el sentido de delimitación de su contenido, conforme al interés general o social, que se plasma en medidas legales y administrativas.

Analizaremos seguidamente hasta qué punto esta «vinculación» puede fundamentar y posibilitar la creación del consorcio en los supuestos de sobreexplotación de acuíferos.

C) CONSTITUCIÓN

Si la Administración pudiera imponer la constitución de un consorcio a todos los titulares del aprovechamiento de caudales de un acuífero sobreexplotado, quedarían remediados, con relativa facilidad, los problemas que la sobreexplotación comporta. Teóricamente debiera ser así y bastaría que todas las aguas fueran públicas para que, a través del régimen de concesiones administrativas, se pudiera establecer la condición de constitución del consorcio para poder aprovechar los caudales de un acuífero conforme a su propia naturaleza, es decir mediante el uso común o, al menos, la gestión conjunta. Pero la legislación vigente no parece permitir la constitución obligatoria de este consorcio.

Para que pudiera imponerse obligatoriamente sería preciso que, en caso de negativa de los afectados, cupiera llegar a la expropiación forzosa de sus derechos sobre las aguas; sólo la alternativa de participación en el consorcio o expropiación de derechos haría que aquél quedase constituido obligatoriamente. Pero ni el artículo 423 del Código Civil, ni el 161 de la Ley de Aguas ni el Real Decreto-ley de 7 de enero de 1927 (declarado vigente en materia de expropiación por el Decreto de 23 de diciembre de 1955) amparan este supuesto de expropiación forzosa por causa de utilidad pública.

La Ley y el Reglamento vigentes de Expropiación Forzosa regulan la relativa al incumplimiento de la función social de la propiedad, considerando ésta una de las causas de interés social que legitiman tal expropiación. Con toda razón cabría considerar que un acuífero sobreexplotado es uno de esos bienes que debieran ser utilizados de manera específica (de modo razonable y conjunto), a que se refieren los artículos 71 y 72 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954; pero esta estimación tendría que ser específicamente declarada por una ley, tal como disponen los artículos citados de la Ley de Expropiación Forzosa y el 88 de su Reglamento de 26 de abril de 1957;

únicamente después de la declaración hecha por Ley, sería suficiente un Decreto acordado en Consejo de Ministros para formular la declaración particular que procediera en cada caso concreto (art. 72 de la Ley y 88 del Reglamento).

También el artículo 33 de la Constitución Española viene a establecer que se hará de conformidad con las leyes la delimitación del contenido y de la función social de la propiedad y la determinación de las causas de utilidad pública o interés social que justifiquen la privación de bienes y derechos mediante la correspondiente indemnización.

Pero aunque la legislación española vigente no permita llegar a la expropiación ni, por tanto, resulte posible imponer obligatoriamente la creación del consorcio de que venimos tratando, puede alcanzarse la constitución del mismo por la vía indirecta de medidas administrativas, de disposiciones que, sin tener rango de ley, establezcan una intervención de la Administración más adecuada a la situación a que se ha llegado en los casos de sobreexplotación de acuíferos, situación grave que no pudo preverse cuando se dictaron las leyes fundamentales sobre aguas subterráneas y las disposiciones complementarias que todavía hoy regulan esta materia.

a) *Constitución voluntaria*

Puesto que el consorcio es un simple órgano de gestión de las aguas y no supone la transmisión de los derechos sobre las mismas, correspondientes a cada consorciado, al ente consorcial, las facultades necesarias para su constitución serán, en principio, las meras facultades de administración.

Los consorciados podrán ser: Organismos Públicos, Entidades Locales, Sociedades Mercantiles o Civiles, Sociedades Agrarias de Transformación, comunidades por cuotas o particulares titulares individuales de sondeos. En cada caso será necesario, para constituir el consorcio, el acuerdo adoptado conforme a las normas civiles, mercantiles, administrativas o estatutarias relativas a la administración de bienes de las Entidades Consorciadas y de las comunidades por cuotas, o la capacidad de administrar de los titulares individuales.

Adoptados los acuerdos correspondientes por los órganos que detentan la administración y la representación de los Entes Públicos y Colectivos, obtenida la mayoría prevista en el artículo 398 del Código Civil en los supuestos de comunidad por cuotas y declarada la voluntad individual de los particulares dueños de sondeos, podrá procederse al otorgamiento del acto de constitución del consorcio. Pero es previsible que

no quepa, en la mayoría de los casos, obtener los acuerdos y consentimientos precisos para la constitución simultánea del ente consorcial; el supuesto normal será el de promoción del mismo por alguno o algunos de los entes o particulares interesados, la iniciación por éstos de un proceso de constitución sucesiva, intervenido por la Administración Pública de las Aguas que, mediante la adopción de medidas administrativas adecuadas, logre la adhesión de otros y establezca limitaciones y sanciones para los definitivamente disidentes.

b) *Medidas de carácter administrativo*

En los casos de sobreexplotación de acuíferos, con motivo de la creación de perímetros de protección o con carácter general, la Administración puede y debe imponer limitaciones y obligaciones a todos los afectados por la situación y alentar la constitución del órgano de gestión conjunta que es el consorcio concediendo a quienes lo creen determinadas ventajas de orden técnico, económico o fiscal. Para ello, debería ser modificada la normativa vigente reguladora de la intervención administrativa en el ámbito de las aguas subterráneas, en el sentido de:

- Exigir licencia previa en todos los casos de apertura de pozos y profundización o sustitución de los existentes o de las instalaciones elevadoras de agua, con sanción de cierre del sondeo y de demolición de las obras realizadas, a costa del infractor, en el supuesto de ejecutarlas sin licencia.
- Imponer la obligación de aforar e inscribir los caudales alumbrados y de instalar contadores de agua en cada sondeo.
- Determinar las bases de constitución del consorcio, las fórmulas de compensación de caudales entre consorciados, la reducción de los mismos cuando fuera necesario (aplicable tanto a quienes se consorcien como a quienes se nieguen a ello), los criterios de fijación de cuotas en el consorcio a efectos de participación en los gastos de gestión conjunta, etcétera.
- Otorgar nuevas licencias para sondeos (por ejemplo para sustituir los antiguos por otros más convenientes), así como posibles concesiones de aguas públicas, únicamente al consorcio, congelando la situación de los no consorciados a menos que se adhieren al ente consorcial ya constituido.
- Conceder auxilios técnicos y económicos y beneficios fiscales únicamente al consorcio y a los consorciados, con decla-

ración expresa de no poder gozar de ellos quienes se nieguen a la gestión conjunta de las aguas de un acuífero sobre-explotado.

- Delegar en los Organos del consorcio facultades de vigilancia y control de la Administración respecto de los aprovechamientos de los consorciados y establecer, por el contrario, un control riguroso y directo de la misma Administración sobre los sondeos ajenos al consorcio.
- Prever multas de elevada cuantía para los infractores de las limitaciones y obligaciones señaladas.

Con este sistema de intervención administrativa previamente regulado, será posible fomentar la constitución de consorcios en los casos de sobreexplotación de acuíferos. Puesto que en cada uno de éstos existe una indudable comunidad de intereses, bastará que, entre promotores y adheridos, se alcance «la mayor cantidad de los intereses que constituyan el objeto de la comunidad» de que habla el artículo 398 del Código Civil, para que quede voluntariamente constituido el consorcio relativo al acuífero de que se trate (ya delimitado al crear su perímetro de protección o determinado precisamente en los trámites de constitución del consorcio); aunque sólo formarán parte del ente consorcial las Entidades y particulares que hayan participado en su constitución como otorgantes, promotores o adheridos, ya que no podrá obligarse a integrarse en él a quienes se hubiesen negado a participar a pesar de que sus sondeos estén situados en el área comprendida en el perímetro consorcial, estos últimos no son en absoluto indiferentes o ajenos al consorcio así constituido. Su no participación no impedirá que les sean aplicadas las medidas administrativas previstas para el acuífero de que se trate, bien «de oficio» bien a instancias del ente consorcial.

c) *Fundamento de estas medidas*

Si aceptamos la existencia de una comunidad de intereses entre los titulares de aprovechamientos de agua de un mismo acuífero y la «vinculación» necesaria que entre ellos existe, habremos de admitir que deberán ser impuestos a los disidentes los mismos «sacrificios» que se hubiesen impuesto los consorciados bajo la supervisión de la Administración. Esta podrá conminar a quienes no se hayan integrado aún en el consorcio a que se adhieran a él o se sometan a las reducciones de caudales y demás limitaciones previstas en las normas administrativas aplicables al caso, sin derecho a indemnización, ya que estas medidas

lo único que persiguen es delimitar justamente el contenido de la «propiedad vinculada» de los titulares de aprovechamientos de aguas del acuífero.

Si antes decíamos que no cabía imponer la alternativa «o consorcio o expropiación», porque no lo permite nuestro Derecho Positivo vigente, ahora debemos afirmar que nuestras leyes amparan perfectamente esta otra alternativa «o consorcio o reducciones y limitaciones —delimitación— de derechos». Si, conforme a lo primero, concluíamos que la Administración no podía obligar a consorciarse, conforme a lo segundo sostenemos que lo que sí podrá hacer es alentar a los interesados, fomentar y respaldar su iniciativa e imponer, por evidentes razones de interés general y de interés común, medidas capaces de actuar como «legítima coacción» sobre los disidentes, para llegar así a resultados similares a los que se alcanzarían con el consorcio obligatorio.

Creemos que el fundamento legal de este criterio lo podemos encontrar en el núm. 1 del artículo 128 de la Constitución y en el núm. 2 del artículo 7.º del Código Civil. El primero de dichos preceptos establece que «toda la riqueza del país, en sus distintas formas y sea cual fuera su titularidad, está subordinada al interés general». Y el segundo dice que «la ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso».

La subordinación de una riqueza tan preciada, como es el agua, al interés general, exige la regulación de los acuíferos y legitima la intervención de la Administración para salvaguardar los regadíos ya establecidos, muy especialmente en los supuestos de sobreexplotación de tales acuíferos.

Por otra parte cuando, con esta misma finalidad de remediar las graves situaciones creadas por la sobreexplotación, la mayoría de los afectados haya constituido un consorcio y aceptado la reducción proporcional de sus derechos sobre las aguas de un acuífero, la continuidad de los disidentes en el pleno ejercicio de los que les correspondían sobre las mismas vendría a suponer un evidente abuso o ejercicio antisocial de tales derechos. Los actos u omisiones de tales disidentes, por la intención de su autor (normalmente no habrá intención de dañar, pero nada se hará por evitar el daño), por su objeto (continuar aprovechando su caudal íntegramente, sin reducción ni limitación alguna) o por las circunstancias en que se realicen (las nuevas derivadas de la creación del

consorcio), sobrepasarían manifiestamente los límites normales del ejercicio de sus derechos (porque consumirían irracionalmente las reservas), con daño para los que se hubieran consorciado (e, incluso, para ellos mismos).

Concurren aquí, sobre todo, los criterios objetivos que (además de los subjetivos y con independencia de ellos) permiten apreciar la existencia del abuso o ejercicio antisocial de derechos. Como declara la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 1959, «un acto cumplido conforme a un derecho subjetivo determinado puede hallarse en conflicto con el Derecho en general, con el Derecho objetivo, con la juridicidad...; la teoría del abuso del derecho es... objetiva si se hace referencia al criterio de la función social de cada uno de nuestros derechos y el acto realizado reviste un carácter abusivo cuando se aparta de esa función o se lleva contra la misma...»; y la sentencia de 20 de abril de 1960 señala que «ni tiene amparo legal ni puede prosperar el ejercicio abusivo de los derechos subjetivos cuando traspasan los límites impuestos por la equidad con daño para terceros o para la Sociedad».

Como dice ROCA JUAN (54), «el sacrificio impuesto... es necesario para restablecer el *statu quo* comunitario que se rompe o compromete como consecuencia del acto por la interdependencia con que se producen las relaciones sociales». En el caso a que nos venimos refiriendo, de sobreexplotación de acuíferos, esta observación resulta meridianaamente aplicable. Es éste uno de los supuestos más evidentes a los que puede referirse el Profesor Roca Juan cuando, poco antes, dice: «... vivimos una etapa de crisis de adaptación de las instituciones a los nuevos planteamientos socio-económicos, que exigiría una difícil revisión de la legislación obediente a unas directrices definitivas aún no precisadas, mientras se percibe, simultáneamente, que la opinión común intuye y siente ya de manera que no coincide en muchos aspectos con el clima social vigente cuando la norma se produjo».

Lo que interesa destacar aquí es que, además de la posible indemnización a que pueda dar lugar el abuso y de las medidas judiciales que impidan la persistencia en el mismo, el artículo 7, 2 del Código Civil prevé expresamente la adopción de medidas administrativas. A este respecto, ROCA JUAN (55) comenta: «... este artículo 7 no crea una general área de competencia en favor de los Organos de la Administración para mediar o resolver cuestiones entre particulares en esta materia. Más

(54) ROCA JUAN, Juan: «Comentario al artículo 7, número 2, del Código Civil», en *Comentarios a las Reformas del Código Civil. El nuevo título preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975*, vol. I, pág. 383.

(55) *Ob. cit.*, pág. 390.

bien parece que el precepto tiene en cuenta la posibilidad de que, en concretas áreas de interés público, puedan las leyes administrativas atribuir a los Organos ciertas facultades con el fin de restringir o limitar la actuación de los particulares, adoptando medidas que las propias leyes administrativas autoricen, con la consecuencia de que tales actos de la administración tendrán la validez y efectividad que les confiere la Ley de Procedimiento Administrativo (art. 45, 1) y, por tanto, no precisarán de una previa declaración judicial justificativa de tales medidas, en virtud de la presunción de legalidad de los actos administrativos. Lo que no significa que se excluya la intervención de los tribunales, pues, de no aceptarlas los interesados, cabrá la impugnación de las medidas adoptadas, utilizando los recursos tendentes a destruir la presunción de legalidad».

Esta garantía de revisión judicial legitima plenamente la intervención administrativa que propugnamos como la única vía posible para remediar, mediante la promoción del consorcio y en tanto subsista la legislación actual sobre las aguas, las graves situaciones que está creando la sobre-explotación de acuíferos.

d) *Forma*

Creemos que la figura que más se aproxima a la del consorcio, entre las reguladas en el Derecho Positivo Español, es la llamada Sociedad Agraria de Transformación. Es éste el nuevo nombre dado a los Grupos de Colonización, reglamentados todavía por las Ordenes ministeriales de 11 de junio, 5 de julio y 25 de agosto de 1941. A pesar de ello, continúa siendo la forma más adecuada para constituir el consorcio de que tratamos. Estas entidades están vinculadas actualmente al Ministerio de Agricultura, a través del Instituto de Relaciones Agrarias; sin embargo, en el caso concreto de consorcios de aguas subterráneas debería intervenir también, a efectos de asesoramiento técnico y supervisión de Estatutos, el Ministerio de Industria y Energía, a través del Instituto Geológico y Minero o las secciones de Minas de las Delegaciones Provinciales del mismo Ministerio.

También podría constituirse este consorcio bajo la forma de una asociación de interés particular de las previstas en el número 2 del artículo 35 del Código Civil.

D) ESTATUTOS

Deberán contener, al menos, las previsiones siguientes:

Primera: Nombres y demás datos identificativos de los particulares y Entidades que se consorcién, señalando respecto de éstas el sistema de formación de voluntad de las mismas y sus órganos representativos. En el supuesto de constitución sucesiva, se distinguirá entre los datos de los promotores y de los posibles adheridos, indicándose respecto de éstos las circunstancias conocidas por aquéllos.

Segunda: Objeto, fines, medios y duración del Consorcio.

Tercera: Perímetro del Consorcio y, en su caso, perímetro de la zona de aplicación de las aguas del acuífero. Si no se fijase este segundo perímetro, se entenderá que coincide con el primero.

Cuarta: Caudales consorciados y limitaciones establecidas a las facultades de disposición de los mismos, entre las que debe constar necesariamente la de que sólo podrán ser cesionarios de caudales los dueños de tierras de la zona de aplicación del agua.

Quinta: Criterios y datos que habrá que tener en cuenta para determinar las cuotas de participación de los titulares de cada alumbramiento objeto de consorcio en los caudales consorciados y en los gastos de gestión conjunta, como aforos, alturas de elevación y calidad de las aguas de cada captación, así como las garantías establecidas para el cobro de dichos gastos.

Sexta: Normas para regular y resolver discrepancias entre los consorciados y para decidir internamente problemas de reducción, compensación y restitución de caudales, distribución de las aguas entre las explotaciones y demás cuestiones relacionadas con la gestión conjunta.

Séptima: Obligación de los consorciados de comunicar al Consorcio las cesiones permitidas de caudales y de subrogar a los adquirentes en su posición en el mismo Consorcio.

Octava: Normas relativas a la constitución y funcionamiento de la Asamblea General, integrada por todos los partícipes en los aprovechamientos de los caudales consorciados; con indicación expresa de que los acuerdos deberán ser adoptados por mayoría de intereses, conforme a las cuotas de participación en los caudales consorciados, y de que serán de la competencia de la Asamblea los asuntos que comprometan o afecten de forma importante tales intereses, como los relativos a reducciones

de caudales, cierre de pozos, obras generales de mejora del regadío que afecten al mejor aprovechamiento del agua y modificación de los Estatutos.

Novena: Reglas sobre designación, funcionamiento y competencias de los Organos de Administración y de representación: Junta Rectora, Comisión Permanente y Presidente.

Décima: Reglas para los casos en que el Consorcio haya de extinguirse y liquidarse y limitaciones a la disolución voluntaria del mismo.

EMILIO PÉREZ PÉREZ
Letrado del IRYDA

BIBLIOGRAFIA CITADA

- ALBI, Fernando: *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones locales*, Madrid, 1960.
- ALONSO MOYA, Francisco: «Sobre las aguas de dominio público y de dominio privado», *Revista de Administración Pública*, núm. 4, enero-abril 1951.
- ASOCIACIÓN NACIONAL DE INGENIEROS DE MINAS: *Las aguas subterráneas en España, presente y futuro*, Madrid, 1978.
- BALLARÍN MARCIAL, Alberto: «La empresa asociativa y comunitaria», en *Estudios de Derecho Agrario y Política Agraria*, Zaragoza, 1975.
- BASSOLS COMA, Martín, y GÓMEZ-FERRER MORÁN, Rafael: *La vinculación de la propiedad privada por planes y actos administrativos*, Madrid, 1976.
- BOLEA FORADADA, José Antonio, y ARRIETA ALVAREZ, Carlos: Primera Ponencia del IV Congreso Nacional de Comunidades de Regantes, Murcia, 1975.
- CONSEJO DE ESTADO: Dictamen sobre Reforma Parcial de la Ley de Aguas de 10 de mayo de 1962.
- CREHUET, Pompeyo: «Sugerencia y glosa a la Ley sobre Comunidades de Aguas de 27 de diciembre de 1956», *Anuario de Derecho Civil*, octubre-diciembre 1957.
- DERNICHEL: *Le controle de l'Etat sur les organismes privés*, Paris, 1960.
- DÍEZ-PICAZO, Luis: «Naturaleza jurídica de los minerales», *Anuario de Derecho Civil*, 1954.
- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, Madrid, 1978.
- ECHEVARRÍA HERNÁNDEZ, Juan Manuel: «La suspensión por la Administración de obras para alumbrar aguas subterráneas», *Revista de Administración Pública*, número 43, enero-abril 1964.
- ESPINOSA YÁÑEZ, José Luis: «Naturaleza jurídica de las Comunidades de Regantes», *Jornadas Iberoamericanas y Europeas de Derecho Agrario*, Mérida (Venezuela), 1977.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón: «Las competencias administrativas en materia de aguas subterráneas», *Revista de Administración Pública*, núm. 72, septiembre-diciembre 1973.
- FERRARA, Francesco: *Trattato di Diritto Civile Italiano*, vol. I, parte I, Roma, MCMXXI.
- *I consorzi per l'esercizio dell'agricoltura. Scritti Giuridici*, III.
- FERRI, Giuseppe: *Consorzio (teoria generale)* *Enciclopedia del Diritto*, IX.
- «Consorzi e società consortili: ancora una modificazione occulta del Codice Civile», *Rivista del Diritto Commerciale*, mayo-junio 1976.

- G. QUIJANO, Pedro-Miguel: «Consideraciones sobre el concepto de las llamadas propiedades especiales», *Estudios en homenaje a Jordana de Pozas*, tomo III, Madrid, 1961.
- GABALDÓN LÓPEZ, José: Exposición preliminar de «Un Proyecto de Ordenación de las Aguas Subterráneas de Canarias», *Estudios de Derecho Administrativo Especial Canario*, tomo VI, Santa Cruz de Tenerife, 1972.
- GRECO, Paolo: *Le società nel sistema legislativo italiano. Lineamenti generali*, Turín, 1959.
- GUAITA, Aurelio: *Derecho Administrativo Especial*, tomo V, Zaragoza, 1970.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis: «Sobre la naturaleza jurídica de las aguas públicas objeto de concesión», *Estudios de Derecho Público y Privado ofrecidos al Profesor Serrano y Serrano*, tomo I, Valladolid, 1965.
- *Manual de Derecho Civil*, Barcelona, 1979.
- LÓPEZ DE HARO, Carlos: «Aguas subterráneas», *Revista de Derecho Privado*, año V, número 41.
- MANZANEDO MATEOS, José Antonio: *El comercio exterior en el Ordenamiento administrativo español*, Madrid, 1968.
- MAÑUECO, Gabriel: «Aguas subterráneas», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año IV, abril 1928.
- MARÍ CASTELLÓ-TÁRREGA, Juan José: «Los Heredamientos y Comunidades en su Ley reguladora», *Estudios de Derecho Administrativo Especial Canario*, tomo III, Tenerife, 1969.
- MARTÍN MATEO, Ramón: *Un nuevo tipo de empresa: Los Consorcios Locales*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1971.
- MARTÍN RETORTILLO, Sebastián: «Sobre la Reforma de la Ley de Aguas», *Estudios de Derecho Público y Privado ofrecidos al Profesor Serrano Serrano*, Valladolid, 1965.
- MILANI, Francesco: *Consorti Reali in Agricoltura*. Parte General, 1959. Parte Especial, 1961. Milán, Giuffrè.
- MINISTERIO DE INDUSTRIA Y ENERGÍA. DIRECCIÓN GENERAL DE MINAS E INDUSTRIAS DE LA CONSTRUCCIÓN: Anteproyecto de Ley de Aguas, mayo 1976.
- M.O.P.U.: Anteproyecto de Ley de Aguas, 1977.
- NIETO, Alejandro: «Aguas subterráneas: subsuelo árido y subsuelo hídrico», *Revista de Administración Pública*, núm. 56, mayo-agosto 1968.
- «Las Comunidades de Aguas Canarias en 1956», *Estudios de Derecho Administrativo Especial Canario*, tomo III, Tenerife, 1969.
- «Hacia una teoría consorcial de las Comunidades de Aguas Canarias», *Estudios de Derecho Administrativo Especial Canario*, tomo III, Tenerife, 1969.
- OTTAVIANO: *Considerazioni sugli enti pubblici strumentali*, Padua, 1959.
- PÉREZ AFONSO, Carmelo: *Aguas subterráneas en terrenos de propiedad privada en Canarias*, Madrid, 1974.
- PRIETO RODRÍGUEZ, Francisco: «Régimen jurídico de las aguas públicas», *Revista del Medio Ambiente* (5-XII-74).
- ROCA JUAN, Juan: «Comentario al artículo 7, número 2, del Código Civil», *Comentarios a las Reformas del Código Civil. El nuevo título preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975*, vol. I.
- SENENT ALONSO, Melchor: «La problemática de las aguas subterráneas en España», *Revista Industria Minera*, núm. 183, mayo 1978.
- SPOTA: *Tratado de Derecho de Aguas*, III, Buenos Aires, 1941.
- STANCANELLI, Giuseppe: *Los consorcios en el Derecho Administrativo*, Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, 1972.
- TÉLLEZ DE PERALTA, José-Damián: «Explotación comunitaria de aguas. Comunidades de agua de derecho privado», *Jornadas Iberoamericanas y Europeas de Derecho Agrario*, Mérida (Venezuela), 1977.

JURISPRUDENCIA

I. Resoluciones y sentencias

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

Por JOSÉ DOMINGO RODRÍGUEZ MARTÍNEZ y
FÉLIX RODRÍGUEZ LÓPEZ

REGISTRO MERCANTIL

SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA: NO ES INSCRIBIBLE LA CLÁUSULA ESTATUTARIA POR LA QUE EL ADMINISTRADOR DE LA SOCIEDAD NECESITA EL CONCURSO DE OTROS SOCIOS, NO ADMINISTRADORES, PARA REALIZAR ACTOS COMPRENDIDOS EN EL GIRO O TRÁFICO DE LA EMPRESA.

Resolución de 16 de diciembre (B. O. del E. de 14 de enero de 1982).

A) *Antecedentes de hecho.*—Por escritura autorizada el día 14 de abril de 1980 ante el Notario de Benidorm don José Luis Ruiz Mesa, los socios don Francisco Sanz Cerdá y don Andrés Guijarro Sevilla constituyeron una Sociedad de Responsabilidad Limitada, denominada «Benson Cars, S. L.», en cuyos Estatutos se establecía lo siguiente: «Artículo dos. El objeto de la Sociedad será el alquiler de toda clase de vehículos y automóviles, la compraventa de los mismos, el lavado y engrase de vehículos y, en general, cuantos sean antecedentes, concomitantes y consecuentes y estén con tales actividades íntima o directamente relacionados». «Artículo seis. La administración de la Sociedad, tanto en el orden interno como en el externo, y la representación de la misma, así como el uso de la firma social, estará a cargo de un Director-Gerente, quien tendrá las más amplias facultades en orden a la representación —... podrá girar, aceptar, librar, endosar, ava-

lar e indicar letras de cambio—... Limitaciones: para otorgar la compra o venta de vehículos, así como para girar, aceptar, librar, endosar, avalar e indicar letras de cambio, o firmar cheques o talones, se necesitará la firma mancomunada del Director-Gerente y otros socios.»

Presentada copia de la anterior escritura en el Registro Mercantil de Alicante, fue calificada con la siguiente nota: «Denegada la inscripción de la precedente escritura por cuanto las limitaciones que se imponen al Director-Gerente para realizar determinados actos en el artículo 6.º de los Estatutos, es contraria al artículo 11 de la Ley de 17 de julio de 1953, ya que tales actos entran dentro del giro o tráfico de la Sociedad. Se ha obtenido la conformidad del cotitular de esta oficina para la extensión de esta nota de calificación. Alicante, 10 de julio de 1981».

El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso contra la anterior calificación, alegando que al admitirse en el artículo 11 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada que la administración puede encomendarse a una o más personas, la limitación impuesta al Director-Gerente para determinados actos no debe entenderse como tal, sino como una especie de coadministración entre el Director-Gerente y el otro socio, y, en consecuencia, no es la limitación a que se refiere el inciso segundo del artículo 11 de la ley, que estima ineficaz frente a terceros cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores; que en el presente supuesto estamos frente a una Sociedad compuesta únicamente por dos socios, en donde el *intuitu personae* se ha tenido en consideración, y que la Resolución de 20 de julio de 1966 declaró inscribible la escritura en que, sin limitar las facultades legales típicas de los administradores dentro del campo del objeto social, se establezca estatutariamente la forma en que se hará uso de la firma social.

El Registrador Mercantil acordó mantener la calificación, alegando, entre otras cosas, lo siguiente: que en el supuesto de la escritura calificada, los términos en que se expresa el artículo 6 de los Estatutos nos revelan que estamos ante un propio administrador al que le será de aplicación el artículo 11 de la ley; que, en consecuencia, las limitaciones impuestas al Director-Gerente de necesitar la firma de otro socio, tanto para realizar la compraventa de vehículos como para librar, aceptar, endosar o avalar letras de cambio, privan al Administrador de realizar operaciones típicas del giro o tráfico de la empresa; que la argumentación del Notario recurrente relativa a la creación de una coadministración no puede sostenerse por dos razones: primera, porque no se acomoda a los términos en que se confiere la administración y representación de la Sociedad al Director-Gerente, o en su caso habría que admitir que el artículo estatutario es contradictorio, y segunda, la admisión de este argumento supondría desconocer el artículo 7, 8.º, de la ley, y el artículo 120, 8.º, del Reglamento del Registro Mercantil, que imponen la designación nominal de las personas que ejerzan la administración; que aunque actualmente la Sociedad está integrada sólo por dos socios, no debe olvidarse que los Estatutos deben regir la vida social no sólo en el momento inicial, sino de una manera indefinida, a pesar de los cambios que el ente social pueda sufrir.

B) *Doctrina de la Dirección.*—Vistos los artículos 7, 8.º, y 11 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 17 de julio de 1953, 120, 8.º, y disposición adicional cuarta del Reglamento del Registro Mercantil de 14 de diciembre de 1956;

Considerando que en este recurso se plantea la cuestión de si es inscribible la cláusula estatutaria que limita las facultades del único Administrador de la Sociedad en cuanto a una serie de actos comprendidos dentro del objeto social, ya que para que pueda otorgarlos se necesitará la firma mancomunada del propio Administrador y de otro socio;

Considerando que a diferencia de las sociedades personalistas, el socio de una Sociedad de Responsabilidad Limitada no es un Administrador nato de la Sociedad, según se deduce del artículo 11 de la Ley de 17 de julio de 1953, cuando señala que podrán serlo tanto los socios como los que no lo son, lo que, unido a que la ley no establece la forma que ha de adoptar el órgano administrativo, permite que los interesados puedan pactar la forma de actuar de este órgano, ya sea unipersonalmente —como sucede en el presente expediente— o pluripersonalmente, y en este segundo caso poderla organizar en forma colegiada, o bien establecer que los Administradores hayan de actuar mancomunadamente para todos los asuntos o sólo para los expresamente pactados, o bien, por último, pueda pactarse que los Administradores actúen en forma indistinta;

Considerando que característica esencial de estas facultades representativas de los Administradores es la ineficacia contra terceros de cualquier limitación a todo lo que se encuentre comprendido dentro de los asuntos del giro o tráfico de la Sociedad, según establece el artículo 11 de la ley, ineficacia que se manifiesta, pues, en el ámbito exclusivamente externo de las relaciones con tercero, pero que no afecta a la validez de la cláusula en su aspecto interno de relaciones entre los socios;

Considerando que a diferencia del supuesto de hecho que motivó la Resolución de 20 de julio de 1966, que declaró la inscripción de la cláusula estatutaria que preveía la forma en que se haría uso de la firma social entre los varios administradores designados, en el presente caso se trata de un solo Administrador que encuentra limitadas sus facultades en cuanto a actos claramente comprendidos dentro del giro y tráfico de la empresa, al requerirse además de su firma la de otra persona que no es Administrador de la Sociedad, sin que quepa entender, como pretende el Notario recurrente, que lo pactado en los Estatutos es en realidad una coadministración para los actos de mayor importancia, encomendándose los de escasa trascendencia al único Administrador designado, ya que entonces debería haberse nombrado a esta segunda persona también Administrador, tal como lo exige el artículo 7, 8.º, de la ley;

Considerando, por último, que las limitaciones indicadas, y que aparecen establecidas en el último párrafo del artículo 6 de los Estatutos sociales, no impiden la inscripción de la escritura calificada, si de acuerdo con la disposición adicional cuarta del Reglamento del Registro Mercantil se solicita la aplicación del artículo 434, 2.º y 3.º, del Reglamento Hipotecario.

La Dirección acuerda confirmar el acuerdo y la nota del Registrador.

C) COMENTARIO.—El problema planteado es el de la amplitud de la representación de los Administradores en una Sociedad de Responsabilidad Limitada, y el del juego y relevancia que pueden tener las limitaciones que en los Estatutos sociales se impongan a tal representación. La Dirección afirma que, de acuerdo con lo expresado en el artículo 11 de la Ley de 17 de julio de 1953, tales limitaciones son ineficaces frente a terceros, si bien la cláusula que las contenga será plenamente válida en el aspecto interno de relaciones entre los socios.

Esta es una doctrina generalmente admitida. Se formuló, en principio, a partir de lo establecido en el artículo 286 del Código de Comercio sobre el ámbito de representación de los factores, y posteriormente pasó a ser recogida en la reglamentación de las Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada, en los artículos 76 y 11 de las leyes especiales respectivas. Así también ha sido recogida, con alguna excepción muy aislada, en la práctica totalidad de la doctrina (1).

Igualmente se recoge esta idea en el Derecho comparado. A este respecto, la Directriz del Consejo de Ministros de la Comunidad Económica Europea de 9 de marzo de 1968, ya incorporada a los ordenamientos de todos los países miembros de la CEE, establecía en su artículo 9, 2.º, que «las limitaciones a las facultades de los órganos sociales que resulten de los Estatutos o de una decisión de los órganos competentes no serán oponibles a terceros, aunque se publiquen» (2).

El tema objeto de la resolución no es, por tanto, polémico o discutido. Conviene, sin embargo, comentar algunas de las afirmaciones contenidas en ella, aunque no afecten directamente a los problemas de inscripción:

a) Hay que puntualizar, en primer lugar, que la ineficacia frente a terceros de las limitaciones a las facultades representativas de los Administradores no debe entenderse de modo absoluto, sino condicionado a la buena fe del tercero. En otras resoluciones, como, por ejemplo, la de 6 de diciembre de 1954, la Dirección matizaba que tales limitaciones «no perjudican a terceros de buena fe»; esta matización, sin embargo, no se mantiene en la que comentamos, y parece, no obstante, que debería mantenerse, porque la eficacia negativa de la publicidad registral no debe servir de protección a quien actúa de mala fe (3). Lo que se persigue con la ilimitación es la protección del tráfico, y debe decaer cuando media una actuación deshonesta (4). Pensemos, por ejemplo, en que un socio, no Administrador, pero otorgante de la escritura de constitución, contrata, como tercero, con la Sociedad. Sería radicalmente injusto que no actuasen frente a él las limitaciones que conoce y que él mismo formuló.

b) En segundo lugar, en los Estatutos de la Sociedad que dieron lugar a la resolución, las limitaciones impuestas al Administrador son de tal naturaleza, que éste no puede realizar por sí solo los actos más típicos del objeto social. A la vista de este ejemplo convendría revisar o, al menos, estudiar detenidamente esa afirmación de que las limitaciones a las facultades de los órganos sociales son plenamente válidas en el aspecto interno de la Sociedad. Porque si el giro o tráfico de la Empresa constituye el límite mínimo normal de las facultades representativas frente a terceros, se puede razonablemente pensar que igual o parecido papel debe desempeñar

(1) La excepción puede advertirse, por ejemplo, en RUBIO GARCÍA MINA *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, Madrid, 1967, pág. 250, donde admite que el contratante de buena fe pueda, apoyado en las limitaciones del Registro, invalidar el negocio concluido por el administrador fuera de sus facultades.

(2) En el artículo 13 de esta Directriz se concedía un plazo de dieciocho meses para que los Estados miembros de la C.E.E. introdujesen en los respectivos ordenamientos las modificaciones necesarias para armonizarlos con los principios establecidos en aquélla. Tales modificaciones ya se han producido, y la norma citada constituye una especie de «Derecho uniforme» europeo en cuanto a los temas de que se ocupa: publicidad, validez de las obligaciones de la sociedad y nulidad de la sociedad. El texto de la Directriz, así como un comentario de la misma en relación con el Derecho español, puede verse en *Estudios y textos de Derecho de Sociedades en la Comunidad Económica Europea*, obra colectiva bajo la dirección del Profesor GIRÓN TENA, publicada por la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid en 1978.

(3) En este sentido, la reciente R.D.G.R. de 5-4-83 (B.O.E. de 11 de mayo).

(4) Vid. GIRÓN TENA *Derecho de Sociedades*, Madrid, 1976, pág. 514.

en las relaciones entre los socios, al menos en aquellos tipos de Sociedad en que la facultad de administrar no corresponde al socio por el mero hecho de serlo, sino que se encomienda a órganos específicos y diferenciados.

Hay que tener en cuenta que el concepto de órgano es rigurosamente funcional. Su construcción deriva de la insuficiencia de la idea de la representación para explicar cumplidamente la actividad de las personas que actúan por las personas jurídicas (5). Pero esa funcionalidad supone que no debe bastar el nombramiento de una o varias personas para que pueda hablarse de órgano de administración, si no se dota a éste, al mismo tiempo, de las facultades necesarias para el cumplimiento de su función. Cuando esas facultades se restringen excesivamente, se está desnaturando la institución y utilizando incorrectamente la figura legal, denominando órgano a lo que no pasa de ser un representante con facultades tasadas, pero con las responsabilidades propias de un Administrador.

El problema, posiblemente, es el de la inadecuación de los tipos sociales que se utilizan frecuentemente a las empresas que constituyen su objeto. Las estructuras legales de las sociedades de tipo capitalista se resienten cuando tienen que adaptarse a empresas pequeñas, de pocos socios, porque el tipo legal se busca casi siempre con la única finalidad de beneficiarse con la limitación de responsabilidad.

J.-D. R. M.

(5) Sobre este tema, *vid.* GIRÓN TENA: *Ob. cit.*, págs. 302 y sigs.

REGISTRO DE LA PROPIEDAD

PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA. COMPETENCIA JURISDICCIONAL. SUMISIÓN TÁCITA.

Resolución de 31 de diciembre de 1981 (B. O. del E. de 3 de febrero de 1982).

Hechos.—Se constituye garantía hipotecaria sobre dos fincas sitas en término municipal de La Fatarella, partido judicial de Gandesa.

Con posterioridad, se suprime dicho partido judicial siendo absorbido, una parte del mismo, por el de Reus, y otra —entre ella el término de La Fatarella—, por el de Tortosa.

En la escritura de constitución de la hipoteca no se contenía pacto expreso de sumisión jurisdiccional.

Se inicia el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria ante el Juzgado de Reus, el cual termina por auto aprobatorio firme.

Se presenta al Registro testimonio de dicho auto.

Calificación.—El Registrador deniega la inscripción:

1.º Por no ser competente el Juzgado de Reus, sino el de Tortosa, según la regla 1.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria (defecto insubsanable).

2.ª Por no haberse expedido el mandamiento por duplicado que prescribe el artículo 257 de dicha ley.

Alegaciones del recurrente.—Se interpone recurso gubernativo sólo en cuanto al primero de los puntos de la nota calificadora, con base a las siguientes alegaciones:

1.ª Que el Registrador de la Propiedad, al calificar la competencia de los Jueces o Tribunales que ordenen las cancelaciones, sólo puede tener en cuenta la competencia objetiva o personal de los mismos, nunca la territorial.

2.ª Que las cuestiones de competencia no se pueden promover de oficio, sino sólo por quienes sean citados ante el Juez incompetente, y nunca después de haber terminado el asunto por auto o sentencia firme.

3.ª Que la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de agosto de 1926 abona esta tesis.

4.º Que el Registrador que, sin poner obstáculo alguno, admitió y extendió, a petición del Juzgado de Reus, la nota marginal de haberse expedido la certificación de cargas, no debe ahora negar la inscripción del auto que es consecuencia natural de la anterior ejecución.

Informe del Registrador.—El Registrador informó:

1.º Que no es de aplicación el artículo 100 de la Ley Hipotecaria (cancelaciones), invocado por el recurrente, sino los artículos 18 de la Ley y 99 de su Reglamento (hoy art. 100), referentes a la inscripción en general.

2.º Que el Registrador ha de calificar tanto la competencia funcional como la objetiva y la territorial.

3.º Que una cosa es la cuestión de competencia, a que se refiere la Ley de Enjuiciamiento Civil, y otra bien distinta la calificación registral de la competencia del Juez, pues esta última, lejos de inmiscuirse en la posible nulidad del procedimiento, se limita a la aptitud o no del documento para acceder al Registro.

4.º Que, en consecuencia, por no plantearse en modo alguno la nulidad de las actuaciones, no es aplicable la Resolución de 28 de agosto de 1926.

5.º Que al radicar las fincas hoy en el partido judicial de Tortosa, y no ser posible en el procedimiento judicial sumario la sumisión tácita, el único Juzgado competente es el referido.

6.º Que no hubo incongruencia alguna al expedir la certificación y extender la pertinente nota, pues los Registradores no pueden calificar el interés de las certificaciones que sean reclamadas por mandato judicial.

7.º Que al insistir el recurrente en el escrito formulando el recurso, no sólo en la inscripción del documento, sino también en la cancelación de la inscripción y anotaciones posteriores, se hace inexcusable para ello el mandamiento judicial cancelatorio.

Informe del Juzgado.—El Juez que conoció del asunto evacuó informe del que resulta:

1.º Que en el procedimiento no se había planteado cuestión alguna de competencia y existía un sometimiento tácito de las partes.

2.º Que no hubo indefensión para el deudor, dado que su domicilio se encuentra dentro del partido judicial de Reus, que fue requerido de pago, y que posteriormente recibió el sobrante del precio del remate.

Auto presidencial.—Confirma la nota calificatoria porqué:

1.º De los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 99 (hoy 100) del Reglamento Hipotecario, se desprende que el Registrador puede y debe calificar la competencia judicial a los efectos de la inscripción del documento.

2.º Que en el procedimiento judicial sumario queda excluida la posibilidad del sometimiento tácito.

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado.—Revoca el auto apelado y la nota del Registrador.

«Vistos los artículos 18, 100, 131 y 132 de la Ley Hipotecaria y 99 del Reglamento para su ejecución; 53, 56, 58, 62-3.º, 72 a 74 y 115 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y las Resoluciones de 28 de agosto de 1926, 18 de diciembre de 1942 y 6 de julio de 1948.

Considerando que, como consecuencia de la supresión del partido judi-

cial de Gandesa, absorbido una parte por el de Tortosa, y otra por el de Reus, sobre una finca hipotecada situada en la zona atribuida al primero de los Juzgados, se interpone un procedimiento judicial sumario, pero ante el otro Juzgado, es decir, el de Reus, sin que se hubiese pactado la sumisión al mismo, por lo que la cuestión que plantea este expediente hace referencia a las facultades que el Registrador tiene respecto de los documentos expedidos por la autoridad judicial, y más concretamente, según el artículo 99 del Reglamento Hipotecario, sobre la competencia del Juzgado o Tribunal que entendió del procedimiento.

Considerando que el procedimiento sumario ha sido tramitado ante el Juzgado del que nadie ha discutido su competencia y ha terminado, de conformidad con lo previsto en el número 17 del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, con auto aprobatorio de la adjudicación, que ordena la cancelación de la hipoteca objeto de la ejecución y la de todas las inscripciones y anotaciones posteriores a la de aquélla, incluso las realizadas después de expedida la certificación inicial del procedimiento, dándose además la circunstancia de que el deudor ejecutado ha recibido el sobrante del precio del remate.

Considerando que la reforma del Reglamento Hipotecario, realizada en 1947, vino a plasmar en el artículo 99 la reiterada doctrina que esta Dirección había mantenido en numerosas resoluciones acerca de los límites de la función calificadora de los Registradores respecto de los documentos judiciales, y entre las materias que aparecen sujetas a su apreciación en este artículo 99 se encuentra la relativa a la competencia del Juzgado o Tribunal que ordene la práctica del asiento, por lo que el Registrador tiene no ya la facultad, sino también la obligación de examinar esta cuestión.

Considerando que al examinar la competencia del Juzgado cabe distinguir entre aquellos supuestos:

a) Apreciables de oficio por el Juez, por estar basados en motivos de orden público —artículo 74 de la Ley de Enjuiciamiento Civil— y en donde el Juez que ha intervenido es incompetente, o por falta de jurisdicción al estar atribuido el asunto concreto a un Juzgado o Tribunal de diversa índole, o por falta de competencia objetiva al haber tenido lugar el procedimiento ante un Tribunal de la misma jurisdicción, pero de distinto grado, o por falta de competencia funcional, a que se refiere expresamente el artículo 100 de la Ley Hipotecaria, y que por constituir todos ellos un presupuesto esencial del proceso, su infracción puede provocar la nulidad del acto, y

b) Aquellos otros supuestos de carácter dispositivo basados en motivos de orden privado, como son los de competencia territorial, en donde cabe la sumisión de las partes a un determinado Juzgado, bien expresa, bien tácitamente, y así como en los casos del supuesto primero puede el Registrador no admitir el mandato si aprecia la existencia de incompetencia por parte del Juez o Tribunal que lo ordenó, en el segundo de los supuestos no cabe esta misma solución, como ha puesto de relieve la doctrina hipotecarista, ya que ello supondría erigir al Registrador en defensor de los intereses de las partes, que éstas pueden ejercitar en la forma que estimen más oportuna.

Considerando que sobre la base del anterior principio es como ha de ser interpretado el artículo 131 de la Ley Hipotecaria, regla primera, y en-

tender que al no estar prohibida la sumisión tácita por dicho precepto cabe su admisión, máxime cuando el deudor con su conducta positiva ha aceptado la competencia del Juez del domicilio de ambos —acreedor y deudor—, y en este mismo sentido se manifestó este Centro Directivo en el supuesto análogo que motivó la Resolución de 28 de agosto de 1926, al declarar que el documento presentado por la autoridad de que emana, por el objeto a que se refiere, por la tramitación seguida y por las formalidades con que aparece revestido, satisface cumplidamente la exigencias del principio de legalidad, sin que pueda concederse a los Registradores, por muy laudable que sea su celo, la facultad de plantear oficiosamente la cuestión de la nulidad de las actuaciones habidas o su más directa consecuencia, como sería la aptitud del título presentado para su inscripción en el Registro.

Esta Dirección General ha acordado revocar el auto apelado y la nota del Registrador.»

COMENTARIO.—El comentario a esta resolución debe, a mi juicio, ser desarrollado a través del examen de dos fundamentales cuestiones. La primera hace referencia a que sea lo que propiamente se discute en el recurso, es decir, qué asientos son los que pretende el presentante y le son negados. La segunda cuestión ha de ser centrada en el estudio de las reglas de competencia jurisdiccional, y en las consecuencias y reglas de actuación que para el futuro esta resolución del Centro Directivo marca a los Registradores en su función calificadora.

I. *Primera cuestión: Asiento solicitado y calificación.*—Al parecer, el presentante no formula una expresa solicitud de registración (inscripción de la adjudicación y cancelaciones o sólo una u otras), pero el documento presentado clarifica las cosas. En efecto, aportándose tan sólo el testimonio del auto de adjudicación no pueden entenderse solicitados otros asientos diferentes a los que dicho documento tiene la virtualidad potencial de producir: la inscripción de la adjudicación a favor del rematante.

A primera vista, entonces en la calificación registral contenida en la nota recurrida se comete el exceso de ir más lejos de lo que debiera (en su punto 2.º exige el mandamiento por duplicado, innecesario para la inscripción del acto, pero imprescindible para la práctica de las oportunas cancelaciones).

Lejos de criticable esta, en cierto modo, extralimitación, me parece verdaderamente oportuna.

Todo rematante tiene frente al Registro una aspiración lógica: que la finca quede inscrita a su favor y que lo sea libre de las cargas no preferentes a las del actor. El que para una y otra actuación (inscripción de la adjudicación y cancelaciones) sean precisos documentos diferentes (testimonio del auto y mandamiento cancelatorio, respectivamente) es algo que de ordinario no es *a priori* conocido por el adjudicatario, y de lo que suele ser informado, en la mayoría de las ocasiones, por el mismo Registrador.

No olvidemos que en el propio testimonio del auto aprobatorio del remate se contienen ambos pronunciamientos: la adjudicación del inmueble y la determinación de las inscripciones y anotaciones que han de cancelarse (art. 131, 17.ª, de la Ley Hipotecaria, y art. 233 de su Reglamen-

to); por ello resulta lógico que el rematante lo considere como único título hábil para conseguir la registración de todo lo contenido en él.

Justamente este rápido análisis de la realidad motiva la oportunidad de la nota recurrida, en la que se contiene una calificación negativa a la inscripción de la adjudicación a favor del rematante (por falta de competencia del Juzgado) y un aviso de extraordinaria importancia: si también se quieren conseguir las cancelaciones ordenadas en el auto será preciso aportar el pertinente mandamiento por duplicado (arts. 257 de la Ley Hipotecaria y 175, regla 2.ª, del Reglamento Hipotecario).

Al que sí puede apreciársele una actuación de incongruencia es al recurrente, el cual, sin formular recurso más que sobre el primer punto de la nota (competencia), pretende obtener la cancelación de las inscripciones y anotaciones no preferentes sin acompañar —al menos, de momento— el título idóneo para ello.

Naturalmente, el auto presidencial y la resolución del Centro Directivo (si bien ésta con menos rotundidad) no acogen estas inaceptables pretensiones, y se limitan a decidir sobre la inscripción del auto en cuanto al defecto de la incompetencia del Juzgado, sin que se trasluzca en sus considerandos un examen de la cuestión de las cancelaciones (art. 100 de la Ley Hipotecaria). Cuando la Dirección General de los Registros y del Notariado resuelve «revocar la nota del Registrador», ha de entenderse que ello lo es sólo en cuanto ésta ha sido recurrida, es decir, en cuanto al primer punto y no respecto del segundo, que aun cuando no fue objeto explícito del recurso, se pretende por el recurrente introducir subrepticamente, maniobra que el Registrador en su informe, como ya vimos (puntos 1.º y 7.º), pone claramente al descubierto.

Y no es banal esta distinción (calificación de la competencia en inscripciones y en las cancelaciones, distinción ya destacada en la Resolución de 19 de agosto de 1919). Su importancia radica en las diferentes normas por las que se rigen una y otra.

— Cuando lo que se solicita es un asiento de inscripción, los preceptos aplicables son el general artículo 18 de la Ley Hipotecaria y el más concreto artículo 99 (hoy 100) de su Reglamento. La apreciación de la incompetencia del Juzgado o Tribunal que ordene la inscripción motivará, como falta de legalidad, el rechazo registral sin más del documento.

— Si lo que se ordena es una cancelación hemos de acudir ya a los artículos 99, 100 y 101 de la Ley Hipotecaria y 200 al 203 de su Reglamento, en los que se establece un rechazo limitado (con posibilidad de anotación preventiva: arts. 200 y 201 del Reglamento) y un sistema peculiar en caso de duda del Registrador acerca de la competencia de los Jueces y Tribunales (duda que resolverá en primera instancia el Presidente de la Audiencia, según arts. 100 y 101 de la Ley Hipotecaria y 201, 202 y 203 de su Reglamento).

Se nos crea así una nueva dificultad en el supuesto de la resolución que vengo comentando. El Registrador, en cumplimiento del recurso, inscribe la adjudicación en favor del rematante. Se presenta posteriormente el mandamiento cancelatorio. ¿Cabe una nueva calificación desfavorable o «dudosa» de la competencia del Juzgado? Yo creo que no. La Dirección General de los Registros y del Notariado en sus considerandos no se ha limitado, como no podía menos, al examen de la competencia del Juzgado para ordenar la inscripción, sino a algo más profundo que eso: su com-

petencia para «entender del procedimiento». Resuelto esto de forma afirmativa, la solución viene rodada, pues esa competencia de fondo arrastra las dos formales: la de ordenar la inscripción del remate y la cancelación de las inscripciones y anotaciones no preferentes. Y es que, como dice el artículo 55 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (recordado en su aspecto registral por la Resolución de 25 de mayo de 1938): «Los Jueces y Tribunales que tengan competencia para conocer de un pleito, la tendrán también .. para todas sus incidencias...».

II. *Segunda cuestión: La competencia.*—A. Los artículos 18 y 100 de la Ley Hipotecaria y 98 y 100 del Reglamento Hipotecario autorizan y obligan al Registrador a calificar la «competencia del Juzgado o Tribunal» en los documentos expedidos por la autoridad judicial.

Pero desde el punto de vista procesal, el término competencia tiene varias acepciones, que con PRIETO CASTRO pueden esquematizarse en las siguientes:

— Competencia objetiva.—Tiene por base la distinción que la Ley de Enjuiciamiento Civil hace en cuanto al valor del negocio que se ventila y a su objeto (juicios de mayor cuantía, menor cuantía, cognición y verbal).

— Competencia funcional.—Resulta de la asignación de etapas procesales o de determinados actos o juicios a diferentes tipos de Tribunales.

— Competencia territorial o fuero.—Es la que determina la atribución entre los varios Juzgados radicantes en el territorio nacional del conocimiento en primera instancia de los litigios, en razón bien a circunstancias personales, bien a la propia relación jurídica objeto del proceso o incluso a hechos procesales.

¿Gozan de igual entidad estos tipos o clases de competencia? Indudablemente, no. Los procesalistas han puesto de relieve, siguiendo los dictados de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cómo el aspecto territorial de la competencia es el único que admite convenio entre las partes (1), convenio inadmisibles cuando de competencia objetiva o funcional se trata.

Como reflejo de esta última indisponibilidad son de notar:

1.º El artículo 56, párrafo 2.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que indica que la sumisión sólo puede hacerse «a Juez que ejerza jurisdicción ordinaria y que la tenga para conocer de la misma clase de negocios y en el mismo grado» (*vid.* asimismo art. 61 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la segunda instancia).

2.º Y el artículo 74, en el que se señala que «el Juez que sea incompetente por razón de la materia, podrá abstenerse de conocer» en el asunto. Y es que, como apuntó la Resolución de 6 de julio de 1948, la jurisdicción se incluye en la esfera del Derecho público, y la competencia dentro del orden privado.

Naturalmente, este diferente tratamiento en el orden procesal ha de tener repercusiones paralelas en el ámbito de la calificación registral.

(1) Aunque es forzoso reconocer que este carácter dispositivo predicado como general tiene sus excepciones, entre las que cabe citar

1.º La contenida en el artículo 70, 2, de la L. S. A., en el que para el procedimiento de impugnación de los acuerdos sociales se fija como Juez competente, con exclusión de cualquier otro, el de Primera Instancia correspondiente al lugar donde se hubiese celebrado la Junta General de Accionistas

2.º La del artículo 121 de la L. A. U. que declara en materia de arrendamientos la competencia del Juez del lugar donde radique la finca, aunque hubiese mediado sumisión expresa a la jurisdicción de otro Juzgado

— Competencia objetiva y competencia funcional.—La Resolución de 18 de mayo de 1952 (Aranzadi R. 1.626) declara que los Registradores de la Propiedad están facultados para calificar en los documentos judiciales la competencia de los Juzgados, tanto por razón de la materia o cuantía litigiosa, como del orden jerárquico judicial, que responden a principios de orden público (declaración que se reitera en el penúltimo de los considerandos del fallo que se comenta).

Como botón de muestra del desarrollo práctico de esta general doctrina citar:

○ Las Resoluciones de 5 de julio de 1922 y 20 de enero de 1928, que aceptan sin paliativos la calificación de la incompetencia del Juzgado con base a la cuantía litigiosa.

○ La Resolución, ya citada, de 6 de julio de 1948, que reconoce al Registrador la facultad de apreciar si la jurisdicción de los Jueces o Tribunales está limitada o suspendida en virtud de preceptos legales categóricos y concretos (2).

○ Por último, la Resolución de 17 de junio de 1955, que admite que el Registrador entre a calificar la competencia funcional (en el recurso se debatió si la declaración de comiso en finca censada en Cataluña era de la competencia del Tribunal Arbitral de Censos o de la jurisdicción ordinaria).

— Competencia territorial.—¿Puede el Registrador calificar la competencia territorial de los Juzgados o Tribunales?

La resolución objeto de este comentario no acaba de sacarnos de la duda, pues junto a los límites marcados a la calificación registral de la competencia territorial del Juez o Tribunal, se ponderan una serie de datos concurrentes en el concreto caso debatido, tales como la sumisión tácita, la conducta positiva del deudor en el pleito, el hecho de haber terminado éste por auto firme, la imposibilidad de que el Registrador plantee oficiosamente cuestiones de nulidad de las actuaciones habidas, etcétera, y no acaba por saberse cuál de estos argumentos ha pesado en mayor medida a la hora de resolver el asunto.

No obstante, sí conviene resaltar que en materia de competencia el fallo se pronuncia doblemente: tratándose de la objetiva o funcional, el Registrador puede no admitir el mandato si aprecia la incompetencia por parte del Juez o Tribunal que lo produjo, en tanto que en caso de incompetencia territorial «no cabe esta misma solución, ya que ello supondría crigir al Registrador en defensor de los intereses de las partes...».

Resuelve poco afirmar que «no cabe la misma solución» cuando no se consigna cuál sea entonces la solución procedente.

Un similar postulado encontramos en la Resolución de 19 de agosto de 1919, dada para un caso de anotación de embargo, en la que se discutía la competencia territorial del Juez que la ordenó, y en cuyo fallo se lee (último de los considerandos):

«Que la facultad excepcional concedida a los Registradores de la Pro-

(2) En ella el Registrador suspendió la inscripción de una adjudicación en un procedimiento judicial sumario, fundándose en la prohibición contenida en los Decretos-leyes de 1 de diciembre de 1936 y 21 de septiembre de 1937, que por motivo de orden público dispusieron la paralización de los procedimientos ejecutivos en el trámite de posesión interina o administración de la finca por el acreedor, prohibiendo la subasta de los inmuebles en razón a que las difíciles condiciones sociales y económicas imperantes en aquellas fechas dificultaban o impedían el que por los bienes rematados se ofreciese un justo precio.

piedad para calificar la competencia de los Jueces que ordenen un asiento.., ha de aplicarse con todo rigor a los casos en que por precepto legal o motivo de orden público la decisión trascienda de la esfera privada de la competencia a la pública de la jurisdicción, y, por el contrario, ha de ejercitarse con suma discreción en casos como el examinado (competencia territorial), toda vez que por una sumisión tácita, por una renuncia presunta al ejercicio de la inhibitoria o la declinatoria o a la presentación de excepciones dilatorias, y sobre todo por el recurso especial de audiencia, regulado en los artículos 773 y siguiente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cabe explicar la procedencia y alcance jurídico de la sentencia pronunciada en rebeldía.»

Contamos a nuestro favor en este recurso con que en él no existen datos adyacentes en los que sustente el fallo (el procedimiento se siguió en rebeldía del demandado); la cuestión se ciñe entonces esté satisfactoria y claramente resuelto, pues lo único que se ha precisado es que en ella no cabe la postura negatoria, que sí ha de formularse en caso de incompetencia objetiva y funcional, y que es necesario proceder extremando la discreción, entendida ésta como cautela y no como arbitrio o margen.

No puede decirse entonces que el problema de la calificación registral de la competencia territorial de Jueces y Tribunales esté satisfactoria y claramente resuelto, pues lo único que se ha precisado es que en ella no cabe la postura negatoria, que sí ha de formularse en caso de incompetencia objetiva y funcional, y que es necesario proceder extremando la discreción, entendida ésta como cautela y no como arbitrio o margen.

Bien poco es ello cuando el deber de calificar es, como el de juzgar, función inexcusable.

B. De las reglas de la competencia en el procedimiento judicial sumario:

Dice la regla primera del artículo 131 de la Ley Hipotecaria que «será Juez competente para conocer del procedimiento, cualquiera que sea la cuantía de la obligación, el de primera instancia a quien se hubieren sometido las partes en la escritura de constitución de hipoteca; en su defecto, el de primera instancia del partido en que radique la finca, y si ésta radicare en más de uno, lo mismo que si fuesen varias y radicaren en diferentes partidos, el Juez de primera instancia de cualquiera de ellos, a elección del demandante».

La competencia objetiva y la funcional aparecen en el precepto transcrito perfectamente determinadas; el conocimiento del asunto corresponde, «cualquiera que sea la cuantía de la obligación», al Juez de Primera Instancia. Los Registradores habrán de rechazar cualquier procedimiento seguido ante Juez o Tribunal diferente.

Para la competencia territorial se acepta, en defecto de sumisión de las partes, el *forum rei sitae*.

La determinación de la competencia objetiva y funcional para este especial procedimiento supone, desde luego, una importante desviación de los criterios generales recogidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil; excepción válida en cuanto que aparece reconocida y prevista por la propia ley procesal en sus artículos 71 y 2.182 (3).

Por el contrario, las reglas de competencia territorial parecen mucho

(3) Artículo 71. «Las reglas establecidas en los artículos anteriores se entenderán sin perjuicio de lo que disponga la Ley para casos especiales». El artículo 2.182 declara en vigor «las reglas de procedimiento civil establecidas por la Ley Hipotecaria y demás leyes especiales».

más acordes con las generales de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la cual quedan fijadas del modo siguiente:

1.º La sumisión expresa o tácita (art. 56) (4).

2.º Fuera de estos casos (art. 62) tratándose de:

— Acciones personales. El lugar de cumplimiento de la obligación, y a falta de éste, a elección del demandante, el del domicilio del demandado o el lugar del contrato.

— Acciones reales inmobiliarias. El lugar donde esté sita la cosa, y radicando en varios, el de cualquiera de ellos, a elección del demandante.

— Acciones mixtas. El lugar donde se hallen las cosas o el del domicilio del demandado, a elección del demandante.

Incluyendo la acción hipotecaria dentro de las reales sobre bienes inmuebles, la única diferencia entre la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley Hipotecaria radica en que en la primera se contempla el supuesto de la sumisión tácita, prescindiendo la segunda de esta posibilidad.

Recordemos que la Ley Hipotecaria declara competente al Juez al que las partes se hubieren sometido «en la escritura de constitución de hipoteca», y con esta fórmula no sólo se omite el caso de la sumisión tácita, sino que, antes al contrario, parece quedar repudiado. Sin embargo, entiendo que en ello hay mucho menos fondo que apariencia.

¿Puede con posterioridad a la escritura de constitución de la hipoteca alterarse la sumisión expresa? Si lo es por nueva escritura, desde luego que sí, pudiendo ésta limitarse al convenio de nueva sumisión. Podrá decirse que se trata de una escritura de modificación de hipoteca, pero también que lo es de cambio de una sumisión anterior. En cierto sentido, estamos ya flexibilizando la rigidez de los términos empleados por la Ley Hipotecaria.

La cuestión es la de si es posible igual alteración sin necesidad de tal escritura (e inscripción) e incluso sin la del acuerdo expreso de ambas partes. Abocamos así de nuevo en el problema de si en este procedimiento es posible la sumisión tácita, extremo que paso a examinar con independencia de si ha existido o no anteriormente una sumisión expresa.

Procesalistas e hipotecaristas (5) han venido manteniendo un pacífico estado de opinión sobre este punto: En el procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria no cabe sumisión tácita, la cual si sería concebible en el caso del acreedor, habría de ser descartada para el deudor, quien no pudiendo plantear cuestión de competencia alguna —ya que esta hipótesis no se halla comprendida en los casos del artículo 132— difícilmente cabría aplicarle la causa fundamental de la sumisión tácita: practicar cualquier gestión que no sea la de proponer en forma declinatoria (GUASP).

En mi opinión, hay dos peros que objetar en este entramado argumental:

1.º Las limitaciones establecidas por el artículo 132 de la Ley Hipotecaria no constituyen impedimento para que se sustancien las oportunas cuestiones de competencia conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil (Sentencia de 8 de julio de 1930, Aranzadi, 1930-31, referencia 1.086).

El deudor podrá, por tanto, alegar la incompetencia del Juez, si bien

(4) «Se entenderá hecha la sumisión tácita:

1.º Por el demandante, en el mero hecho de acudir al Juez interponiendo la demanda.

2.º Por el demandado, en el hecho de hacer, después de personado en el juicio, cualquiera gestión que no sea la de proponer en forma declinatoria» (art. 58 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

(5) JAIME GUASP *La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria*, Barcelona, 1951, pág. 83, ROCA SASTRE *Derecho Hipotecario*, 7.ª ed., tomo IV, 2.ª, pág. 1115, B. CAMY *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, 2.ª ed., vol. VI, pág. 714.

esta reclamación parece que habrá de formularse en juicio declarativo (artículo 132) y no tendrá la virtualidad de suspender el procedimiento sumario (ROCA).

2.º Aunque se estime que lo anterior ya no es «proponer en forma declinatoria», ello no es motivo de exclusión de la posibilidad de sumisión tácita. Esta se produce para el deudor, según sabemos, por cualquier gestión que éste haga después de personado en el juicio, siempre que su actuación no quede limitada a la de proponer la cuestión de competencia.

El hecho de que el deudor tenga vedada (o restringida) su facultad de plantear dicha cuestión de competencia no impide, desde luego, el que aquél pueda personarse en el juicio y realizar cualquier gestión, con su natural corolario de entenderse tácitamente sometido a la jurisdicción del Tribunal.

La Dirección General, en la resolución que se comenta, viene a aceptar lo así al declarar que no estando prohibida la sumisión tácita por el artículo 131 ha de caber su admisión. Esta interpretación del precepto hipotecario es ciertamente la que mejor cuadra con la norma procesal del artículo 56, que admite la sumisión tácita en los pleitos a que dé origen el ejercicio de las acciones de «toda clase». Nuestra Ley Hipotecaria, acercándose a la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha abandonado el precedente excepcional que sentó la Ley Hipotecaria de Ultramar (en la que se excluía la sumisión, aun la expresa), y es que para que la sumisión expresa o tácita queden excluidas, se hace preciso un precepto terminante y claro que las prohíba (vgr., el art. 121 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, ya reseñado).

Junto a todo ello, en nuestro especial caso concurren una serie de circunstancias que aconsejan la inscribibilidad del título; ellas son:

1.ª La conducta positiva del deudor durante el procedimiento, puesto que recibió incluso el sobreante del precio del remate. Como dice el Juez en su informe, en ningún caso se ha producido indefensión para el demandado.

2.ª La posible duda, en cuanto a competencia territorial, que al actor pudo plantearle la supresión del Juzgado originariamente competente y su absorción por dos Juzgados.

3.ª El haberse seguido el procedimiento ante uno de esos Juzgados en los que el anterior quedó absorbido, y ser justamente el escogido aquel en cuyo partido el deudor tiene su domicilio.

No olvidemos que si el acreedor hipotecario hubiese procedido a ejercitar su acción por la vía puramente personal, hubiese podido ser Juez competente para entender de ella el del domicilio del demandado.

Pero hay más, la dualidad de acciones (real y personal) concurrentes en la hipoteca permitirían atribuir a la acción hipotecaria —entendida como un todo— cierto carácter mixto (6), y así las cosas, el recurso al Juez del

(6) Tiene un objeto real: la finca. Pero su finalidad es netamente personal, ya que radica en la obtención de una cantidad debida por causa de un contrato obligacional: el de préstamo.

Naturalmente que no se pretende encuadrar, sin más, la acción hipotecaria entre las mixtas, sino sólo resaltar algunos rasgos peculiares, concurrentes en dicha acción, a través de los cuales se manifiesta una limitada naturaleza híbrida (basta recordar al efecto el recorte en el plazo de prescripción artículo 1964 del Código Civil), la cual podría ser utilizada como base para sostener la aplicabilidad de algunos de los criterios por los que se rigen aquéllos. En la técnica procesal no hay ciertamente un acuerdo acerca de qué sea lo que se designe con la denominación de acciones mixtas, aunque las más de las veces se conviene en que con tal expresión se alude a las acciones divisorias del Derecho Romano (PRIETO CASTRO: Ob. y vol cit., pág. 46). Nuestro Código Civil no ha recogido este tipo de acciones al menos de forma explícita y clara, y el Tribunal Supremo (Sentencia de 20 de junio de 1928) estimó que habían muerto por su silencio.

domicilio del deudor no es una actuación tan descaminada como en principio pudiera presuponerse.

4.ª La última circunstancia a considerar es puesta de relieve por Roca y GUASP. Según el primero de ellos, cabe afirmar que la competencia en el procedimiento judicial sumario es apreciada de oficio por el propio Juez, el cual ha de examinar el escrito inicial, y sólo lo admitirá, ordenando sustanciar el procedimiento (art. 131, regla 4.ª de la Ley Hipotecaria), si se hubiesen cumplido los requisitos antes exigidos por la norma, entre los cuales está el de la competencia judicial.

Para terminar vendrá bien recoger, a modo de conclusiones, una serie de parámetros a tener en cuenta en el estudio de la calificación registral de la competencia territorial de los Jueces y Tribunales:

— La calificación de la competencia participa de la excepcionalidad predicable en general de los documentos judiciales (*vid.* art. 100 del Reglamento Hipotecario: «se limitará.. »).

— Las cuestiones de competencia en los asuntos civiles no pueden promoverse de oficio (art. 74 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

— El sometimiento tácito excluye toda posibilidad de cuestión de competencia (art. 75 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

— Tampoco cabe cuestión de competencia en los asuntos terminados por auto o sentencia firme (art. 76 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

— La subsistencia y validez de todas las actuaciones (art. 115 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) debe erigirse en principio orientador en la materia.

En consecuencia, parece como más seguro que sólo en el caso de que la arbitraria elección de Juez por el acreedor haya sido motivo de indefensión para el deudor, puede formularse por el Registrador una calificación negativa a la inscripción ordenada.

En los demás supuestos, bien por darse una actuación positiva del deudor reveladora de una posible sumisión tácita (Resolución de 1981), o bien por la especial naturaleza (simplemente cautelar) del asiento a practicar como el de anotación de embargo (Resolución de 1919), la calificación del Registrador tiene muy poco que decir.

F. R. L.

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º DERECHO CIVIL

Por JOSÉ MARÍA GÓMEZ VALLEDOR,
JORGE SALAZAR GARCÍA y
BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ

II. DERECHOS REALES

SOLO ES POSIBLE PROPIEDAD PRIVADA EN LA ZONA MARITIMO-TERRESTRE CUANDO HA SIDO DESAFECTADA O HA SIDO AUTORIZADA LA ALIENABILIDAD, O EL TERRENO HA PASADO A DOMINIO PRIVADO ANTES DE LA LEY DE PUERTOS DE 1880. NO CABE USUCAPION POR LOS PARTICULARES DE PARCELAS SITUADAS EN ELLA (SENTENCIA DE 5 DE DICIEMBRE DE 1981).

Hechos.—El Abogado del Estado interpuso demanda contra el Ayuntamiento de San Carlos de la Rápita sobre reclamación de derechos, posesión y cancelación de inscripción de la península de los Alfaques, «porción de tierra formada por aluvión en el delta del Ebro y unida a él por un estrecho istmo que frecuentemente es cubierto y barrido por las olas del mar». La misma península es, en su mayor parte, también cubierta y barrida por las aguas del mar. Se opone el titular registral alegando que desde tiempo inmemorial tal península siempre fue de propiedad privada, cosa que no puede justificar por haber sido destruido en la guerra civil el archivo municipal.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia Territorial la revoca y el Tribunal Supremo confirma ésta.

Doctrina legal.—Considerando que como ya tiene esta Sala declarado con reiteración que la condición de bienes de dominio público de los bienes reivindicados obliga al particular que se crea asistido de algún derecho real sobre los mismos a probar que han sido oportunamente desafectados por la administración de tal carácter o del servicio a que estuviesen destinados, y por ello al haberse declarado por la Sala que tal prueba no ha sido efectuada en los autos es evidente la improsperabilidad de los motivos

segundo y tercero en que, respectivamente, se alega la violación del artículo 348, párrafo 2.º, del Código Civil y el error de derecho con violación del artículo 1.214 del mismo Cuerpo legal.

Considerando que los motivos cuarto, en que se denuncia la aplicación indebida de los artículos 2 de la Ley de Puertos y 5 de la Ley de Costas, y quinto, que denuncia la violación del 341 del Código Civil, tienden ambos a demostrar que en ciertos bienes demaniales no es necesaria la desafectación para que pierdan tal carácter y adquieran la condición de bienes del Estado; mas ambos han de ser igualmente desestimados, puesto que ya la jurisprudencia de esta Sala tiene reiteradamente declarado (Sentencias de siete de mayo de mil novecientos setenta y cinco y diecinueve de diciembre de mil novecientos setenta y siete, en la que se reproducen las de tres de junio de mil novecientos setenta y cuatro, siete de mayo de mil novecientos setenta y cinco y veintitrés de abril de mil novecientos setenta y seis) «que la pretensión obstativa del particular sólo puede prosperar si demuestra la desafectación de los bienes, o que su alienabilidad ha sido autorizada, o que el terreno ha pasado al dominio de los particulares antes de la Ley de Puertos de mil ochocientos ochenta».

Considerando que al tener los bienes de dominio público el carácter de imprescriptibles e inalienables, y que los hechos obstativos a tal carácter no se pueden fundar en la simple inscripción registral de la finca, pues al estar fuera del comercio de los hombres llevan en su peculiar destino la propia garantía de su inatacabilidad e inmunidad, es evidente que la inscripción registral es una mera presunción *juris tantum* (Sentencias de tres de junio de mil novecientos setenta y cuatro y catorce de diciembre de mil novecientos setenta y siete), y por ello el motivo sexto, que denuncia la violación del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, ha de ser igualmente desestimado.

Considerando que la imprescriptibilidad de los bienes de dominio público, declarada en el artículo 5, párrafo 1.º, de la Ley de siete de marzo de mil novecientos cuarenta y por la jurisprudencia de esta Sala (Sentencias de veintiocho de noviembre de mil novecientos setenta y tres y tres de junio de mil novecientos setenta y cuatro), hace improsperable el motivo séptimo, en que se denuncia la violación de los artículos 1.930 (párrafo 1.º), 1.931, 1.936 y 1.959 del Código Civil.

PERSONA INTERPUESTA Y CONTRATO SIMULADO. PREVALECE LA SITUACION REAL POR APLICACION DEL ARTICULO 1.276 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 26 DE DICIEMBRE DE 1981).

Hechos.—El Procurador F. B. M., en representación de Juan José C. S., interpuso demanda contra un hermano de éste, solicitando la disolución de la comunidad existente sobre un piso del que demandante y demandado eran propietarios por mitad y «pro indiviso», adquirido por escritura de compraventa otorgada el 3 de marzo de 1958, en la que la madre de ambos, en ejercicio de la patria potestad, representó al demandante, en aquellas fechas menor de edad. Se opuso el demandado alegando que el piso en cuestión fue alquilado por su padre y posteriormente comprado por su madre, la cual para «ahorrar una onerosa transmisión el día que ella faltase, en vez de escriturarlo a su nombre lo hizo al de sus hijos»; el piso fue

hogar familiar antes de la compra y durante catorce años después; que los litigantes contaban veintidós y diecisiete años en aquella fecha y carecían de bienes y de ingresos; que todos los gastos relacionados con el inmueble fueron siempre sufragados por su madre, que siempre fue la verdadera propietaria, si bien los litigantes figuran como titulares dominicales, pero bajo pacto de respetar tal situación mientras viva su madre. En el escrito de réplica manifestó el actor que la compra se hizo de forma pura y simple, sin pacto ni condicionamiento alguno, y que si bien carecían de medios para realizar la adquisición, el precio de la compra debe considerarse como donado o «cedido» por su madre previamente, cuestión que no debe afectar a su derecho de propiedad sobre el piso.

Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Territorial estimaron la demanda y ordenaron la división.

Contra la sentencia de esta última recurrió el demandado por infracción del artículo 1.276 del Código Civil en relación con el 620 del mismo Cuerpo legal, alegando que bajo el negocio aparente, compraventa, existía en realidad un acto disimulado, una donación *mortis causa*.

El Tribunal Supremo casó la sentencia.

Doctrina legal.—Considerando que la parte recurrente, aceptando en su integridad los hechos declarados probados en la instancia, que, por tanto, permanecen incólumes, formula su recurso de casación, que consta de un solo motivo, articulado al amparo del ordinal primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el que denuncia la infracción, por el concepto de violación, del artículo mil doscientos setenta y seis del Código Civil en relación con el seiscientos veinte de dicho Cuerpo legal, al estimar que el contrato contiene una causa falsa determinante de su nulidad, cual es que la titularidad del mismo corresponde por mitad a los contendientes, motivo que ha de ser acogido, dado que en los tales hechos probados, que han quedado, como se deja dicho, inconvertibles, al no haber sido atacados por adecuada vía, la Sala de instancia viene a proclamar que pese a que de la titularidad dominical pudiera aparecer que el tan repetido piso fue adquirido por los hermanos litigantes, «lo cierto es» que fue adquirido por su madre y pagado el precio de compra por la misma, con la que ambos hijos convivían y también con su padre, legalmente incapacitado, y del que la madre era con anterioridad inquilina, sin que, por otra parte, el actor haya realizado «ningún acto de dominio o de condominio», declaraciones fácticas que, al permanecer inalterables a efectos casacionales, demuestran que si el aquí recurrido no abonó parte alguna del precio no puede ser copropietario, amparado en tal título adquisitivo, con base al cual acciona, del piso litigioso, habiéndose, en consecuencia, producido una ficción en el contrato, a virtud del cual, por la interposición de una tercera persona, se ha disimulado otro aspecto contractual, no alegado ni, por tanto, discutido, y en el que no podía ni puede ampararse el recurrido accionante, que siempre en la instancia mantuvo ser copropietario del piso por título de compra, y como quiera que ello pugna con la realidad estimada en el pleito, por conjunta apreciación de las probanzas practicadas, ha de concluirse que a tales condicionantes fácticos es la aplicación el artículo que el recurrente considera violado, por cuanto al no ser el demandante titular dominical del piso en cuestión por tal título de compraventa, mal podía pedir a su amparo la división del mismo y su venta en pública subasta, cuando el tal contrato viene a disi-

mular la real operación de compra, que a la vista de la exégesis probatoria no pudo ser otra que la de acceder a la propiedad quien era inquilina del piso, la madre de los litigantes, con los que convivía el padre incapacitado.

Considerando que al acogerse el motivo contemplado ha de ser casada la sentencia recurrida, dictándose por separado nueva sentencia resolviendo sobre las cuestiones controvertidas, sin que proceda hacer expresa condena de costas, devolviéndose al recurrente el depósito en su día constituido.

EL ACUERDO DE UNA JUNTA EXTRAORDINARIA DE PROPIETARIOS DE TRES EDIFICIOS EN REGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL, POR EL QUE SE MODIFICA EL SISTEMA DE CALEFACCION COMUN A LOS TRES, PUEDE SER ADOPTADO POR MAYORIA, PUES NO AFECTA AL TITULO CONSTITUTIVO DEL REGIMEN (SENTENCIA DE 19 DE ENERO DE 1982).

Hechos.—Don Isacio Calleja, en representación de diversos propietarios de pisos de tres edificios en régimen de propiedad horizontal que tenían en común el servicio de calefacción, cuya caldera estaba instalada en uno de ellos, formuló demanda contra los presidentes de las tres referidas comunidades, solicitando que se declarase la nulidad del acuerdo adoptado en una Junta General Extraordinaria de cambiar el sistema de calefacción de carbón por gasóleo C, por no haber sido adoptado por unanimidad (asistieron 40 propietarios de 105), ni haber sido comunicado a los no asistentes, y por haberse excedido de la convocatoria, que no era otra que «tratar del estado de las calderas de calefacción y adopción de medidas para el funcionamiento adecuado de dicho sistema».

El Juzgado de Primera Instancia número 6 de Madrid declaró nulo el referido acuerdo y condenó a los tres demandados, en su calidad de presidentes de las comunidades, a reponer el sistema de calefacción a su primitivo estado, siendo revocada esta sentencia por la Audiencia Territorial.

Contra la resolución de la Audiencia, que desestimó la demanda en su totalidad, interpuso el demandante recurso de casación por infracción de los artículos 15; 10, en relación con el 16, y 11, en relación también con el 16, de la Ley de 21 de julio de 1960.

El Tribunal Supremo desestima el recurso.

Visto siendo ponente el Magistrado don José Antonio Seijas Martínez.

Doctrina legal.—Considerando que amparados los tres motivos del recurso en el número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el primero de ellos denuncia la infracción, por violación, del artículo quince de la Ley de veintuno de julio de mil novecientos sesenta, reguladora de la propiedad horizontal, que determina, en su párrafo segundo, la forma en que ha de llevarse a efecto la convocatoria de las Juntas de las comunidades de propietarios —tanto las ordinarias como las extraordinarias—, que ha de hacerla el presidente, y en su defecto, los promotores de la reunión, «con indicación de los asuntos a tratar» y hora, día y lugar de la Junta, y siendo el punto segundo del orden del día, de la celebrada en veintisiete de julio de mil novecientos setenta y seis, cuya nulidad de los acuerdos adoptados en ella, referentes al cambio de sistema de calefacción, solicitada por los demandantes, ahora recurrentes, es lo que constituye la cuestión litigiosa de la que el presente

recurso dimana, «estado de las calderas de la calefacción y adopción de medidas para el funcionamiento de dicho sistema», es indudable —afirman los recurrentes— que la convocatoria no lo era para cambiar el sistema de carbón por el gasóleo C, por lo que los acuerdos tomados y la convocatoria son del todo contradictorios, ya que aquéllos tienen por objeto variar la instalación ya existente, lo que hace que dicha Junta, según la parte recurrente, sea nula en su inicio, motivo éste que ha de decaer por cuanto no cabe afirmar que el acuerdo de cambiar el sistema de calefacción no pudiese adoptarse por no estar comprendido en el orden del día, pues es indudable que la redacción de éste comprende la posibilidad de llegar a la conclusión aprobada por la Junta, pues de los términos literales de aquél —«estado de las calderas de la calefacción y adopción de medidas para el funcionamiento de dicho sistema»— claramente se infiere la posibilidad de ser necesario el cambio acordado con relación a la forma en que la prestación de tal servicio habría de realizarse, ya que la finalidad perseguida no era otra que, y eso es lo que con el referido punto segundo del orden del día se pretendía, que la puesta en funcionamiento del expresado servicio, pues no cabe olvidar que, según la sentencia recurrida, la modificación está impuesta «por el defectuoso estado de las primitivas calderas, de sustitución análoga o parecida prácticamente imposible», declaración fáctica que resulta obligado mantener al haber quedado incólume por no haber sido debidamente impugnada por el único cauce viable, que lo es el del número séptimo del citado artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Procesal Civil.

Considerando que en el motivo segundo se alega infracción, por interpretación errónea, del artículo diez, en relación con el dieciséis, de la Ley de veintiuno de julio de mil novecientos sesenta, por entender los recurrentes que al afirmar la Sala de instancia que los acuerdos de la Junta no se refieren a la supresión del servicio de calefacción, sino a la forma de prestarse, y que consiste en la sustitución del primitivo sistema de carbón por el más moderno del gasóleo, y no ser por ello exigible la unanimidad, sino el simple acuerdo mayoritario, vulnera el citado artículo diez, ya que este precepto se refiere a nuevas instalaciones, servicios o mejoras no requeridos por la adecuada conservación y habitabilidad del inmueble, y por ello, dice la parte recurrente, es manifiesta la interpretación errónea de dicho precepto legal, que en ningún caso es aplicable al supuesto contemplado por la sentencia; mas la argumentación que al desarrollar este motivo de impugnación se hace resulta inviable a los fines pretendidos, toda vez que han de tenerse en cuenta las afirmaciones fácticas que en la resolución recurrida hace la Sala sentenciadora, y que, como anteriormente ha quedado expuesto, son firmes e inmutables, según las cuales la sustitución del primitivo sistema de carbón por el más moderno de gasóleo viene impuesto «por el defectuoso estado de las primitivas calderas, de sustitución análoga o parecida prácticamente imposible, acuerdo adoptado que no implicaba la supresión o eliminación de un servicio, en atención a que dado el estado de la instalación no podía seguir prestándose, sino a su sustitución por otro sistema que hacía más viable el mantenimiento de aquél», lo que necesariamente supone, al ser la calefacción un servicio común que había de prestarse y cuya supresión constituiría, como la sentencia impugnada razona, una alteración del título constitutivo de la propiedad de las personas integrantes de la comunidad, la necesidad de realizar las reformas y mejoras tendientes a la adecuada conservación y habitabilidad del inmueble con un

servicio como el de calefacción, cuya prestación en las debidas condiciones de realidad y eficacia era obligada, y por ello la Junta estaba capacitada para acordar esa sustitución dado que resultaba imposible la continuación del servicio por el sistema de carbón, y si este acuerdo fue válidamente adoptado será objeto de posterior examen, lo que hace que el motivo haya de rechazarse.

Considerando que el motivo tercero acusa la infracción, por violación, del artículo once, relacionado con el dieciséis, de la ya anteriormente mencionada Ley de veintiuno de julio de mil novecientos sesenta, por inaplicación de ambos preceptos, pues los recurrentes estiman que la Sala de instancia no ha tenido en cuenta lo prevenido en el primero de los citados artículos, pese a que las obras realizadas por las comunidades demandadas caen de lleno en la temática de dicho precepto, y de ello, dicen los recurrentes, no hay duda, pues no se trata de nuevas instalaciones, servicios o mejoras, sino de la modificación de un servicio ya existente, que es la calefacción por el sistema de carbón, elemento común de la finca que, como expresamente define el precepto mencionado, afecta al título constitutivo y debe someterse al régimen establecido para las modificaciones del mismo, que no es otro que el prevenido en el artículo dieciséis, norma primera, precepto igualmente violado por su inaplicación, motivo éste que ha de correr igual suerte desestimatoria que los dos anteriores, pues si bien es cierto que cualquier alteración en las cosas comunes afecta al título constitutivo y los acuerdos que sobre ello se adopten han de ser tomados por unanimidad, como así declaran los preceptos legales que como infringidos se citan, en el caso que ha motivado el pleito origen de este recurso están de acuerdo las partes, y así se consigna en los títulos de propiedad aportados por los demandantes, cuya autenticidad está expresamente reconocida por las partes, que el edificio «consta de planta baja de sótanos destinada a almacenes comerciales, cuarto de calderas de calefacción, leñera, carbonera y cuarto de máquinas de ascensor», y además «tiene servicio de ascensor y calefacción central, siendo de hacer constar que el servicio de calefacción, cuyas calderas radican en esta casa, es mancomunado con el de las casas números noventa y cinco y noventa y nueve de la misma calle», de lo que claramente se deduce que, efectivamente, la calefacción es un servicio común y su supresión llevaría consigo una esencial modificación de un elemento perteneciente a la comunidad, que afectaría notablemente a los títulos constitutivos de los copropietarios, lo que haría necesaria la unanimidad de votos para que el acuerdo en ese sentido adoptado fuese válido; pero no es éste el caso cuestionado en autos, sino el de la variación o modificación del sistema de prestación del servicio —primeramente de carbón y actualmente por gasóleo—, que no estaba expresamente estipulado lo fuese por el primero de dichos sistemas, por lo que no ha habido modificación alguna de reglas contenidas en el título constitucional de la propiedad horizontal, que aquí, aun dado su carácter extraordinario, no deja de ser un acto de administración, y, por otra parte, era necesaria, por cuanto, según ha quedado hecho mención, ese servicio no podía prestarse en la forma en que inicialmente se hizo, por ser hechos indiscutibles el defectuoso estado de las primitivas calderas y la imposibilidad de encontrar otras análogas o parecidas, y por ello sólo cabe deducir que esas obras de sustitución del sistema no son más que las necesarias y obligadas para mantener el servicio de calefacción, elemento común que no se ha suprimido ni alterado en sí mismo, aunque resultase obligada la prestación

del mismo por el empleo de otro combustible distinto al que se había venido utilizando hasta el deterioro de las calderas, por lo que para llevarlo a efecto sólo era necesario el voto de la mayoría de los asistentes a la Junta convocada al efecto cuando, como en el presente caso acontece, ésta se celebró en segunda convocatoria, por lo que resulta evidente la inaplicabilidad al presente caso de los preceptos cuya vulneración acusa el motivo.

EL DERECHO EXPECTANTE DE VIUDEDAD ES IMPRESCRIPTIBLE. CABE LA USUCAPION DE CADA UNO DE LOS BIENES SOBRE LOS QUE RECAE, SIEMPRE QUE EL INICIO DEL PLAZO SEA ANTERIOR AL ACTO POR EL QUE LOS ADQUIRIO UNO DE LOS CONYUGES (SENTENCIA DE 29 DE ENERO DE 1982).

Doctrina legal.—Considerando que la acción nace, como ya expresó la Sentencia de esta Sala de veinticinco de enero de mil novecientos sesenta y dos, cuando pueda ser realizado el derecho que con ella se actúa, teoría de la realización que acepta la preceptiva contenida en el artículo mil novecientos sesenta y nueve del Código Civil en orden al tema de la raíz, de inicio del plazo para su prescripción, ya que, como también puntualiza dicha sentencia, si la prescripción extintiva comenzara a correr antes que la acción pudiera ejercitarse, se daría el contrasentido de que se castigaba al titular de un derecho por una inactividad que le imponía la ley o la propia convención.

Considerando que el derecho expectante de viudedad, regulado en los artículos setenta y seis a setenta y ocho de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, es obvio que concede a ambos cónyuges una verdadera «expectativa de derecho», que con fundamento en un hecho ya realizado, cual es el ingreso de los bienes a que se refiere en el patrimonio común o en el privativo de cualquiera de dichos cónyuges, genera a favor del que sobreviviera la atribución patrimonial que representa la adquisición del usufructo sobre la totalidad de los meritados bienes afectos al inicial derecho expectante, existiendo, en su consecuencia, *una incertidumbre* en cuanto a la *pertenencia del derecho*, aunque no respecto a la *existencia del derecho mismo*.

Considerando que la relación jurídica nacida del ordenamiento legal —artículo setenta y seis de la Compilación del Derecho Civil de Aragón—, con la previsión concreta de que uno de los cónyuges adquiriera al fallecimiento del otro el usufructo sobre todos los bienes afectos ingresados en el patrimonio común o en los privativos de cualquiera de los consortes, se encuentra protegida en cuanto a los efectos que produce por la propia normativa que la regula —número dos del citado artículo setenta y seis—, no obstante lo que no es dable cuestionar que el derecho de usufructo a que se refiere se encuentra en situación de *pendencia* hasta tanto se produzca el hecho —fallecimiento de uno de los cónyuges— que determina la atribución patrimonial en que consiste el derecho definitivo, garantizado en su grado de expectativa por las limitaciones del poder de disposición que impone en orden a que este poder de disposición tenga plena efectividad para el futuro —en el caso, renuncia expresa del cónyuge que no inter venga en el negocio jurídico de enajenación del bien, al usufructo que en su día pudiera corresponderle respecto del mismo—; mas estas limitacio-

nes, que afectan en sentido negativo a la posibilidad de que opere la prescripción extintiva de una acción con respecto a la que no se ha producido el hecho legitimador de su ejercicio que por razón de su interés actual la haga procesalmente viable, en el caso, el óbito de uno de los cónyuges, no impide que si un tercero adquiere por usucapión los bienes gravados, queden éstos libres de gravamen, sin afectar a la pérdida del derecho expectante de viudedad con carácter general y abstracto y si únicamente al determinado bien sobre el que la prescripción adquisitiva se haya producido, pero ello siempre que la raíz de inicio de tal prescripción adquisitiva sea anterior al negocio jurídico por el que «formalmente» hayan ingresado los bienes en el patrimonio común.

PARA ACREDITAR EL DOMINIO, A EFECTOS DE EJERCITAR UNA ACCION REIVINDICATORIA, NO BASTA ALEGAR EL TITULO PARTICIONAL, SINO QUE ES PRECISA LA PRUEBA DE QUE EL BIEN ADJUDICADO PERTENECIA AL CAUSANTE. LA PARTICION JUDICIAL, RECAIDA EN JUICIO «AB INTESTATO», TIENE LA MISMA NATURALEZA QUE LA PARTICION EXTRAJUDICIAL Y NO PRODUCE EXCEPCION DE COSA JUZGADA (SENTENCIA DE 3 DE FEBRERO DE 1982).

Hechos.—Doña Benigna ejercitó acción reivindicatoria sobre una finca urbana, alegando como título de propiedad que «tal finca le había sido adjudicada por partición en juicio *ab intestato* por el Juzgado», y que «pese a la entrega formal por el Juzgado a la demandante, seguía siendo detenida de hecho por la parte demandada».

Esta se opuso a la demanda alegando: 1.º Que no se personó en el citado juicio *ab intestato*. 2.º Que el inmueble objeto del litigio fue adquirido por su padre hace más de treinta y cinco años, habiéndolo poseído desde entonces en concepto de dueño, y se lo legó a su muerte al demandado, que continuó disfrutando la posesión en igual concepto.

La demanda fue desestimada en primera instancia, confirmando la Audiencia este criterio.

Interpuesto recurso de casación por infracción del artículo 1.068 del Código Civil, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso en base a la siguiente doctrina:

Doctrina legal.—Considerando que rechazada la demanda entablada por la recurrente en ejercicio de acción reivindicatoria contra su hermano, ahora recurrido, sin invocar otro título legitimador que la adjudicación de la finca en las operaciones divisorias efectuadas en el mencionado juicio de *ab intestato*, el primer motivo del recurso denuncia, por el cauce del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Procesal, violación por inaplicación del artículo mil sesenta y ocho del Código Civil, que se entiende cometida «al no estimar suficiente para la entrega la partición legalmente hecha ni la propiedad de los bienes adjudicados en la misma», a pesar de que el Juez «aprobó la división por imperativo de lo dispuesto en los artículos mil setenta y nueve, mil ochenta y uno, mil ochenta y tres y mil ochenta y cinco al no haberse formalizado oposición por ninguno de los coherederos»; alegación que no puede prosperar, ya que sin necesidad de detenerse en el tema de la naturaleza jurídica de la partición,

aunque no sea ocioso señalar que la tesis que le asigna carácter determinativo o especificativo de derechos es mayoritaria en la doctrina más autorizada e informa la moderna jurisprudencia (Sentencias de veinticinco de enero de mil novecientos cuarenta y tres, doce de febrero de mil novecientos cuarenta y cuatro, seis de mayo de mil novecientos cincuenta y ocho, veintinueve de mayo de mil novecientos sesenta y tres, once de diciembre de mil novecientos sesenta y cuatro y veintisiete de noviembre de mil novecientos setenta y dos), claro está que la disolución de la comunidad hereditaria, en orden a su efecto de convertir el derecho abstracto en titularidades concretas sobre bienes determinados («partición es departimiento que fazen los omes emtre sí de las cosas que han comunalmente por herencia o por otra razón», según palabras de la Ley primera, Título quince de la Partida sexta), entrañará la atribución del dominio, conforme al artículo antes citado, siempre que este derecho esté verdaderamente contenido en el caudal relicto y, por tanto, presupuesta su real pertenencia al as hereditario, pues mal podría operarse el fenómeno sucesorio cuando el bien concreto no forma parte del acervo transmitido (arts. seiscientos cincuenta y nueve y seiscientos sesenta y uno del Código Civil), y es doctrina legal que para acreditar su dominio no le basta al coheredero adjudicatario con basarse en la partición, sino que es precisa la cumplida prueba de que pertenecía al causante el bien adjudicado cuya reivindicación postula (Sentencias de diecisiete de mayo de mil novecientos cincuenta y seis, dos de febrero y seis de julio de mil novecientos cincuenta y nueve, treinta y uno de enero de mil novecientos sesenta y tres, quince de febrero de mil novecientos sesenta y ocho y veinticinco de marzo de mil novecientos setenta y cinco, entre otras).

Considerando que tal criterio jurisprudencial es igualmente aplicable al supuesto de las operaciones divisorias practicadas en el juicio sucesorio aún por lo que atañe a los convocados al mismo, porque si una, ya añeja sentencia había advertido que el inventario «no es el medio legal de poner en cuestión y de perturbar los derechos de que se hallan en posesión y tranquilo goce terceros interesados», la de siete de febrero de mil novecientos sesenta y nueve, que, a su vez, invoca la de tres de diciembre de mil novecientos veintiocho, ha declarado que la aprobación judicial recaída en un juicio de testamentaría «no varía la naturaleza del acto particional y es sólo el medio de poner fin al proceso cuando los interesados no impugnan dichas operaciones o las consienten», por lo que «no tiene el carácter de cosa juzgada y es susceptible de ser impugnada la división por los en ella perjudicados...», en los dos supuestos a que se refiere el artículo mil ochenta y uno de la Ley Procesal, dado que este silencio y la pérdida del trámite para impugnar la partición no revela conformidad con la misma ni impide el juicio declarativo correspondiente.

J. M. G. V.

ACCION REIVINDICATORIA: IDENTIFICACION DE LA FINCA. DOCUMENTO AUTENTICO A EFECTOS DE CASACION (SENTENCIA DE 20 DE MARZO DE 1982).

Doctrina de la sentencia.—Ponente: don José María Gómez de la Bárcena López.—La identificación de la finca ha de hacerse de forma que no ofrezca duda cuál sea la que se reclama, fijando con la debida precisión su

cabida, situación y linderos y demostrando, con cumplida probanza, que el predio reclamado es aquel al que se refieren los títulos y demás medios probatorios en que el actor funde su derecho, identificación que exige un juicio comparativo entre la finca real contemplada y la que consta en los títulos, lo que, como cuestión de hecho, es de la soberana apreciación del Tribunal de instancia (Sentencias de 10 de junio de 1961, 15 de noviembre de 1961, 2 de mayo de 1963 y 3 de julio de 1981).

No tienen el carácter o condición de auténticos, como esta Sala tiene reiteradamente establecido, aquellos documentos en los que el ejercicio de la acción se asienta y que han sido examinados por el Juzgador en su momento (Sentencias de 21 de junio de 1972, 13 de octubre de 1981 y 18 de febrero de 1982).

El documento auténtico debe probar por sí solo la certeza de lo afirmado por el recurrente, sin necesidad de acudir a conjeturas o interpretaciones más o menos lógicas.

J. S. G.

III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

CULPA EXTRA CONTRACTUAL.—PRESCRIPCION NO ALEGADA EN LOS ESCRITOS RECTORES DEL PROCEDIMIENTO.—CADUCIDAD.—LAS ACTUACIONES PRACTICADAS EN OTRAS JURISDICCIONES NO SON, POR MODO GENERAL, DOCUMENTOS AUTENTICOS A EFECTOS DE CASACION.—LAS INDEMNIZACIONES DE CARACTER LABORAL SON COMPATIBLES CON LAS QUE CORRESPONDEN EN EL AMBITO CIVIL.—LA RESPONSABILIDAD DEL ARTICULO 1903 DEL CODIGO CIVIL REFERENTE AL EMPRESARIO NO ES SUBSIDIARIA, SINO DIRECTA. PRESUNCION DE INOCENCIA DEL ARTICULO 24 DE LA CONSTITUCION (SENTENCIA DE 28 DE ENERO DE 1983).

Hechos.—La actora alegó que su esposo y padre de sus hijos menores trabajaba en el campo. Era obrero agrícola. Que fue al taller mecánico de Matco L. G., y estando en él lo llamaron para que ayudara a sujetar un motor. Al pisar el acelerador el sobrino del dueño, que se encontraba en el taller como encargado, saltó una pieza del embrague que golpeó fuertemente en la cabeza a su esposo, Miguel A., el que cayó al suelo sin conocimiento y luego falleció. El indulto sobreseyó la causa penal, con reserva de las acciones civiles.

Dicha viuda de don Miguel A. reclamó para sí y sus hijos menores un millón de pesetas como indemnización por el accidente ocurrido, que estimaba culposo. El demandado reconoció sólo que Miguel A. estaba en el taller para reparar aperos agrícolas y se produjo un accidente fortuito. La viuda ha percibido lo que establece la legislación de accidentes de trabajo.

El Juez de primera instancia condenó a indemnizar un millón de pesetas para la viuda e hijos por la muerte de su esposo y padre, sin expresa condena en costas.

Se interpuso recurso de casación por estimar incongruente la sentencia con las pretensiones de la demanda; por no contener la sentencia recurrida declaración sobre prescripción; por error de hecho; por infracción, conse-

cuencia de inaplicación, del artículo 1.961 del Código Civil, en relación con el número 2 del artículo 1.968; por violación, resultante de inaplicación del artículo 1.902 del Código Civil, en relación con el artículo 24 de la Constitución Española, y por violación, consecuencia de inaplicación, del artículo 1.092 del Código Civil, en relación con el 19 del Código Penal.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso, siendo ponente el Magistrado don Jaime de Castro García, fundado en los siguientes considerandos:

Considerando que la inconsistencia y consiguiente desestimación del primero de los motivos en que se apoya el recurso de casación de que se trata, formulado al amparo del número segundo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por pretendida infracción, por violación, del artículo trescientos cincuenta y nueve de la Ley de Enjuiciamiento Civil, porque en criterio del recurrente, la Sala sentenciadora de instancia no es congruente con la demanda, ni con las pretensiones en ella deducidas, modificando la causa de pedir y la acción que se ha ejercitado por el actor, al entender que éste lo hizo con base en la supuesta existencia de un delito, mientras que en la sentencia recurrida se sustituye por la acción basada en la existencia de una culpa extracontractual, surge con simplemente tener en cuenta que, en contra de tal apreciación, la demanda en cuestión, como claramente evidencian sus términos fácticos puestos en relación con su fundamentación jurídica, tiene su base en una alegada situación de culpa extracontractual o aquiliana, conforme pone de manifiesto la expresa cita fundamentadora en el ámbito jurídico de los artículos mil novecientos dos y mil novecientos tres del Código Civil a que dicho escrito rector se remite, y no en culpa exclusivamente derivable de delito, y la referencia que en la mencionada demanda se contiene, concretamente en sus hechos segundo y tercero, a las diligencias preparatorias instruidas en el Juzgado de Instrucción de..., calificación fiscal en ellas practicada y sobreseimiento de tal causa penal por consecuencia de la aplicación del Decreto de indulto de catorce de marzo de mil novecientos setenta y siete, es a los únicos efectos de evidenciar la expresa reserva de acciones civiles correspondientes a la parte perjudicada, una vez aplicado dicho indulto, y entre cuyas acciones hay que comprender, indudablemente, tanto las derivadas de una consecuencia *ex delicto* emanante de culpa penal a causa del hecho en cuestión, como las provenientes de culpa de índole meramente extracontractual, puesto que ni excluye ésta en tal reserva de acción civil, ni cabe entenderla excluida, al ser más rigurosa la tipificación de culpa penal que la meramente civil, en ortodoxa aplicación del principio lógico-jurídico que lo más comprende lo menos; aparte que, en todo caso, es de tener en cuenta que, según tiene reiteradamente declarado esta Sala, la incongruencia hay que entenderla referida puesta en relación entre los suplicos de los escritos rectores del proceso con el fallo o parte dispositiva de la sentencia de que se trate, y no con los razonamientos de ésta que se basan, en esencia, en los mismos aspectos de hecho (Sentencias, entre otras, de diecinueve de octubre de mil novecientos veintiséis, dieciocho de marzo de mil novecientos treinta y seis, primero de febrero de mil novecientos cuarenta y cuatro, veinte de abril de mil novecientos cincuenta y tres, veintidós de noviembre de mil novecientos sesenta y tres y once de enero de mil novecientos ochenta y dos), ni puede ser apreciada cuando el correspondiente órgano jurisdiccional se pronuncia sobre las pretensiones de las

partes y no se da cosa distinta, con base jurídica diferente de la alegada por el recurrente, siempre que se guarde, como en el presente caso ocurre, al componente fáctico de la acción, puesto que el principio de Derecho *iura novit curia* permite al Juzgador establecer su juicio crítico y valorativo del modo que entienda más apropiado, incluso aplicando normas que no hubiesen sido invocadas por los litigantes (Sentencias, además de otras, de dos de junio de mil novecientos sesenta y dos, doce de junio de mil novecientos sesenta y tres, veintinueve de mayo de mil novecientos sesenta y cinco, veintiséis de septiembre de mil novecientos sesenta y nueve, tres y diez de octubre de mil novecientos setenta y nueve y veintiocho de febrero, veinte de junio y nueve de diciembre de mil novecientos ochenta y uno).

Considerando que a igual solución desestimatoria es de llegar en cuanto al motivo segundo, fundamentado, al amparo del número tercero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en pretendida infracción, por violación, del artículo trescientos cincuenta y nueve de dicha Ley de Trámites, porque en el parecer del recurrente la sentencia recurrida no contiene declaración alguna sobre la prescripción alegada de la acción en base a la que se confirma la de primera instancia, y además considera que se está en un supuesto de caducidad aplicable de oficio; en cuanto a lo primero, debido a que, en contra de lo expuesto por el mencionado recurrente, la mencionada resolución impugnada, como revela la simple lectura del primero de sus considerandos, contempla la pretensión de prescripción alegada por el referido recurrente, si bien no la considera susceptible de ser tenida en cuenta ni ser objeto de análisis, por ser extemporánea apreciación correcta, dado que los principios de audiencia y contradicción imperantes en nuestro ordenamiento procesal civil exigen que las excepciones obstativas de manifestación facultativa, cual es la prescripción, sean alegadas en los escritos rectores del proceso, como son la demanda, contestación, réplica, dúplica y reconvencción y contestación a la misma en su caso, pues, por su esencia y naturaleza, son los que rigen y concretan, con alcance de preclusión, los términos en que el proceso ha quedado planteado; y en orden a lo segundo, porque aparte de no hacerse cita alguna por el recurrente de precepto alguno que configure a la objeción del transcurso del tiempo para obstar a la reclamación, lo que ya es suficiente para rechazar tal argumento, es lo cierto que si el recurrente lo que pretende con esa alegación es que el plazo de un año señalado por el número primero del artículo mil novecientos sesenta y ocho del Código Civil para enervar las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia, de que se trata en el artículo mil novecientos dos del Código Civil, es de caducidad y no de prescripción, esa afirmación no puede ser acogida, ya que aun prescindiendo de que dicho precepto expresa la nómima de prescripción, es reiterada la doctrina jurisprudencial que las distingue, fundamentalmente en el sentido de entender que mientras la caducidad descansa no sólo sobre la necesidad de poner término a la incertidumbre de los derechos, sino también sobre una presunción de abandono por parte de su titular, mientras que la prescripción se funda exclusivamente en la necesidad de la seguridad del tráfico jurídico y opera por el mero transcurso del tiempo, por lo que es estimable sólo a instancia de parte, en tanto que la caducidad es acogible también de oficio (Sentencias de esta Sala de veintisiete y treinta de abril de mil novecientos cuarenta, siete de diciembre de mil novecientos cuarenta y tres, diecisiete de noviembre de mil novecientos cuarenta y ocho, veinticinco de septiembre de mil novecientos cin-

cuenta, cinco de julio de mil novecientos cincuenta y siete y dieciocho de octubre de mil novecientos sesenta y tres), de tal manera que si bien en nuestro Derecho no existe una norma específica que concretamente fije la distinción entre las mencionadas instituciones, que responden a la común razón de la presunción de abandono, tanto de los derechos como de las acciones, que son su consecuencia, tampoco cabe desconocer que se diferencian en que cuando se otorgue un tiempo determinado para su ejercicio, se está ante la presencia de un plazo de caducidad pasado el cual el derecho de que se trate ha dejado de existir, debiendo ser tomado en cuenta por el Juzgador aun cuando sólo se desprenda su transcurso de los hechos que el actor expone, mientras que, por el contrario, la prescripción hace referencia tan sólo a las pretensiones que las partes puedan deducir, y no a los derechos que les afecten, quedando éstos sólo paralizados, porque, como ya ha tenido también ocasión de declarar esta Sala en Sentencia de once de mayo de mil novecientos sesenta y ocho, la caducidad o decadencia de los derechos surge cuando la ley o la voluntad de los particulares señalan un término fijo para la duración de un derecho, de tal modo que transcurrido ese término ya no puede ser ejercitado, refiriéndose a los llamados derechos potestativos, y más que a ellos propiamente hablando, a las facultades o poderes jurídicos, cuyo fin es promover un cambio de situación jurídica, nota característica que la distingue de la prescripción, pues así como ésta tiene como finalidad la extinción de un derecho ante la razón subjetiva de su no ejercicio por el titular, que es el supuesto que precisamente se da en lo que afecta al precitado número primero del artículo mil novecientos sesenta y ocho del Código Civil, en la caducidad se atiende sólo al hecho objetivo de la falta de ejercicio dentro del término prefijado, hasta el punto de que puede entenderse que es un plazo preclusivo, llamando así al plazo dentro del cual, y sólo dentro de él, puede realizarse un acto con eficacia jurídica.

Considerando que tampoco es de acoger el motivo tercero, que se plantea, amparado en el número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alegando el recurrente que en la apreciación de la prueba ha habido error de hecho demostrativo de evidente equivocación del Juzgador, que se pretende deducir del testimonio de la sentencia dictada por la Magistratura de Trabajo de Ciudad Real en los autos laborales y de la denuncia formulada por doña Juana P. el veintiocho de enero de mil novecientos sesenta y siete, exclusivamente en cuanto a la fecha de presentación de tal denuncia, así como de las diligencias de presentación de la demanda inicial de la litis de que este recurso dimana, y la fecha de presentación de la solicitud de pobreza instada por la demandante, ahora recurrida, y la inicial que dio lugar a la sentencia que se recurre, porque aparte no ser las actuaciones practicadas en otras jurisdicciones, por modo general, documentos auténticos a efectos de casación (Sentencia, entre otras, de veinte de abril de mil novecientos veintiocho), es lo cierto que, en todo caso, los relacionados documentos son inoperantes para generar la situación de error de hecho pretendida por el recurrente, de una parte, porque la mencionada certificación de la Magistratura de Trabajo lo único que revela es la existencia de actuaciones encaminadas a establecer consecuencias indemnizatorias en el mero ámbito laboral, plenamente compatibles con las que correspondan en el ámbito estrictamente civil, según tiene reiteradamente declarado esta Sala (Sentencias, entre otras, de veinticuatro de noviembre de mil novecientos sesenta y siete,

veintiuno de marzo de mil novecientos sesenta y nueve y veintitrés de enero de mil novecientos setenta), y las fechas afectantes a las reclamaciones laborales determinantes de aquellas actuaciones ante la indicada jurisdicción laboral, como las correspondientes a la demanda de pobreza, en relación todo ello con la inicial que ha dado lugar a la sentencia que se recurre, nunca podrían ser determinantes de consecuencias prescriptivas de la reclamación de que se trate, por la sencilla razón de que incoada causa criminal a causa del hecho en cuestión y concluida por sobreseimiento libre de la misma, en razón de indulto, el treinta y uno de octubre de mil novecientos setenta y siete, y presentada la demanda rectora de la litis de que emana el presente recurso el quince de mayo de mil novecientos setenta y ocho, no ha transcurrido el año requerido por el número segundo del artículo mil novecientos sesenta y ocho del Código Civil para originar prescripción de la acción indemnizatoria ejercitada, toda vez que, como tiene declarado este Tribunal en Sentencias, entre otras, de veinticuatro de diciembre de mil novecientos cuarenta y uno, veinticuatro de septiembre de mil novecientos sesenta y cinco, veintitrés de marzo de mil novecientos sesenta y ocho, veintisiete de enero de mil novecientos setenta y diecinueve de noviembre de mil novecientos setenta y uno, debiendo contarse el tiempo de la prescripción de toda clase de acciones desde el día en que pudieron ejercitarse, según previene el artículo mil novecientos sesenta y nueve del Código Civil; que promovido juicio criminal, la fecha origen a partir de la cual puede iniciarse la acción civil viene objetivamente determinada, en caso de sobreseimiento libre, desde que éste se produjo con firmeza legal, puesto que, de conformidad con lo prevenido en dicho artículo del Código Civil y el ciento once y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, promovido juicio criminal en averiguación de un delito o falta no puede ejercitarse la acción civil con separación, mientras ésta estuviera pendiente y no hubiere habido renuncia o reserva expresa de la primera para ejercitarla con independencia, supuesto no producido en este caso, y, por ende, que dicha acción civil pueda legalmente ejercitarse desde el día que gane fuerza la resolución que ponga término, definitiva o provisionalmente, al procedimiento criminal.

Considerando que asimismo es de rechazar el motivo cuarto, fundamenteado, al amparo del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por alegada violación, resultante de inaplicación del artículo mil seiscientos noventa y uno, en relación con el número segundo del artículo mil seiscientos noventa y ocho del Código Civil, también por inaplicación, puesto que si ciertamente, según el primero de dichos preceptos, «las acciones prescriben por el mero lapso del tiempo fijado por la Ley», de tal manera que prescribe por el transcurso de un año la acción para exigir responsabilidad civil «por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo mil novecientos dos», también lo es que, conforme a lo normado en el artículo mil novecientos sesenta y nueve del indicado Cuerpo legal sustantivo, «el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse», por lo que al no existir específica disposición en cuanto a la acción de que se trata, y no habiendo podido ejercitarse hasta que se acordó el sobreseimiento libre, por indulto, de la causa penal seguida por consecuencia del hecho en cuestión, desde cuyo acuerdo y hasta la presentación de la demanda iniciadora de la litis de que este recurso dimana,

claramente es significativo que no ha transcurrido el plazo de prescripción en que se basa el motivo cuarto contemplado, en virtud de lo razonado en el precedente considerando y que se da aquí por reproducido.

Considerando que tratando del motivo quinto, que fundamenta el recurrente, al amparo del número segundo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la tan citada Ley Procesal Civil, en pretendida infracción del artículo trescientos cincuenta y nueve de la Ley de Enjuiciamiento Civil, porque en su parecer produce estado de incongruencia la sentencia recurrida, al mantener como subsidiaria la responsabilidad reconocida en la sentencia de primera instancia del empresario demandado, don Mateo L. G., con relación a su dependiente, autor material del daño, también demandado, don Juan L., cuando en realidad, según constante doctrina jurisprudencial, reflejada, entre otras, en Sentencias de esta Sala de veinticuatro de marzo de mil novecientos cincuenta y tres, nueve de marzo de mil novecientos cincuenta y siete, treinta de abril y doce de mayo de mil novecientos sesenta, dieciséis de abril de mil novecientos sesenta y tres, catorce de febrero de mil novecientos sesenta y cuatro, dieciséis de noviembre de mil novecientos sesenta y siete, dieciséis de abril de mil novecientos sesenta y ocho, veinticuatro de febrero de mil novecientos sesenta y nueve y dieciséis de marzo de mil novecientos setenta y uno, la responsabilidad impuesta por el artículo mil novecientos tres del Código Civil al empresario no es subsidiaria, sino directa, ya que se establece por razón del incumplimiento de los deberes que imponen las relaciones de convivencia social de vigilar a las personas que están bajo la dependencia de determinadas personas y de emplear la debida cautela en la elección de servidores y en la vigilancia de sus actos, a causa de presunción de culpa *in eligendo* de naturaleza autónoma, distinta e independiente de la que por razón *in operando* atribuye el artículo mil novecientos dos del mencionado Cuerpo legal sustantivo al autor material, y concretamente al dependiente, toda vez que si ello es efectivamente así, en manera alguna lleva a reconocer la situación de incongruencia pretendida, porque el aludido pronunciamiento que contiene la sentencia recurrida manteniendo la de primera instancia, que declara responsable, como autor material, al demandado don Rafael L. con carácter principal, y como subsidiario al también empresario demandado don Mateo L. G., viene determinado por haberlo consentido la demandante por sí y como representante legal de sus hijos menores, que era a quien en realidad afectaba, como certeramente reconoce la resolución impugnada, al instar la declaración de condena de ambos demandados sin supeditación a esas consideraciones principal y subsidiaria, y sin repercusión alguna para el demandado, ahora recurrente, don Mateo L., ya que en nada alteraba, con relación a éste, su responsabilidad reconocida por la sentencia en cuestión, debido a que bien se contemple la responsabilidad sin matices de responsabilidad directa y subsidiariamente por parte de los relacionados demandados, sino de forma indiscriminada, que se estime con los indicados aspectos de por vía principal y subsidiaria, respectivamente, en todo caso siempre llevaría a la responsabilidad primaria, íntegramente a cargo del tan citado don Mateo L. G., con lo que el pronunciamiento declarado y que ataca en nada le afecta, y, por tanto, no puede ser eficiente para generar secuencia de casación, al faltar interés jurídico al respecto, desde el momento que, a tenor de lo dispuesto en el artículo mil novecientos cuatro del Código Civil, el pago que en su caso realice el precitado demandado don Mateo en su carácter de empresario, por su dependiente, autor mate-

rial del hecho responsabilizador, don Rafael, puede ser repetido de éste lo que hubiere satisfecho, lo que genera una responsabilidad en el último de dichos demandados, que, como prioritario, no puede significar perjuicio alguno por la circunstancia de que la responsabilidad del meritado demandado empresario sea reconocida por modo principal o subsidiario.

Considerando que en lo referente al motivo sexto, que se plantea con amparo en el número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Trámite Civil, por entender el recurrente producida violación, resultante de inaplicación, del artículo mil noventa y dos del Código Civil, en relación con el artículo veinticuatro de la Constitución Española, en cuanto establece que todos tienen derecho a la presunción de inocencia, porque si no cabe desconocer que el mencionado artículo mil noventa y dos establece que las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal, y dicho artículo veinticuatro de la mencionada Constitución proclama dicho principio de presunción de inocencia, tampoco es de olvidar, de una parte, que la resolución impugnada no se basa en apreciaciones responsabilizadoras de índole estrictamente penal, configuradoras de delito o falta de tal índole, sino de aspecto estrictamente civil derivado de culpa extracontractual o aquiliana, por aplicación de lo establecido en los artículos mil novecientos dos y mil novecientos tres del Código Civil, y, de otra parte, que la repetida sentencia recurrida no desconoce ni niega la presunción de inocencia, tanto por no reconocer apreciaciones de alcance penal, sino simplemente civil, cuanto porque el reconocimiento judicial de responsabilidad civil extracontractual o aquiliana, consecuencia de procedimiento sometido a las reglas legalmente establecidas al respecto, en modo alguno altera aquel principio, sino que lo respeta en su integridad, pues que toda decisión judicial, precedida de normas legalmente preestablecidas para llegar a ella, son de riguroso acatamiento para aquel a quien afecte, y solamente impugnables mediante el ejercicio de los correspondientes recursos.

Considerando que, finalmente, el hecho de que la Sala sentenciadora de instancia no base su resolución en la existencia de un determinado tipo delictivo tipificado en tal ámbito jurídico, sino simplemente en el reconocimiento de una responsabilidad extracontractual o aquiliana, hace inoperante el motivo séptimo, formulado al amparo del número primero del tan repetido artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Rituaria Civil, por pretendida violación, por inaplicación, del artículo mil noventa y dos del Código Civil, en relación con el artículo diecinueve del Código Penal, porque para ello se parte de la petición de principio de establecer un aspecto de sanción estrictamente penal, que la referida sentencia recurrida no reconoce, por lo que faltando el presupuesto no puede darse el efecto que de él se pretende deducir.

Considerando que por lo expuesto procede desestimar el recurso, condenando a la parte recurrente al pago de las costas causadas en el recurso y a la pérdida del depósito constituido, al que se dará el destino legalmente establecido, y todo ello a tenor de lo prevenido en el artículo mil setecientos cuarenta y ocho de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

COMENTARIO.—Se deduce de los considerandos que han sido varias e interesantes las cuestiones planteadas en casación, rechazadas por el Tribunal Supremo. Son cuestiones estudiadas por la doctrina y la jurisprudencia

con detalle y resueltas conforme a criterios que pudiéramos denominar clásicos.

Por su novedad, vamos a ocuparnos del motivo sexto de casación. Decía así: Se interpone y formaliza como comprendido en el párrafo 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La sentencia recurrida infringe por violación, resultante de inaplicación, el artículo 1.092 del Código Civil, en relación con el artículo 24 de la Constitución Española, en cuanto establece que todos tienen derecho a la presunción de inocencia. El artículo 1.092 del Código Civil establece que las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal, y el artículo 24 de la Constitución, vigente desde el 29 de diciembre, establece que todos tienen derecho a la presunción de inocencia. Como consecuencia, al extinguirse la responsabilidad penal dimanante de un delito, antes que el Tribunal se pronunciase sobre la existencia o inexistencia del delito y acerca de quién es el autor del mismo, se transmitieron al Tribunal civil la competencia para «conocer y apreciar la existencia y trascendencia del hecho delictivo de que arranca la responsabilidad civil, a los efectos de ésta, con libertad de criterios, ya para no estimar justificado el delito o ya para estimarlo, así como sus consecuencias...». La Audiencia Provincial de Ciudad Real no declaró que don Juan L. fuese autor de un delito, ni aun siquiera que este delito existiese tampoco lo declara el Juzgado. Tampoco se declara quién es el autor del mismo. No puede, pues, presumirse, en contra de lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución, que don Juan L. es autor de un delito, aun cuando dicho delito haya sido indultado, pues ello supondría una violación de la presunción de inocencia.

A ello contestó la Sala que la sentencia confirmada no se basa en responsabilidades de índole penal, sino de aspecto estrictamente civil, derivado de culpa extracontractual o aquiliana; que se respeta en su integridad el principio comprendido en el artículo 24 de la Constitución. Contestación que es lógica y congruente con los antecedentes fácticos del procedimiento.

A propósito del citado artículo 24 constitucional merece destacarse la Sentencia de 8 de junio de 1981 de la Sala Primera del Tribunal Constitucional, comentada por el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA en *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, págs. 248 y sigs.

Los recurrentes eran cuatro funcionarios de Correos y dirigentes del sindicato independiente CSUT, que habían sido sancionados disciplinariamente con ocasión de una huelga del servicio de Correos en julio de 1979, sanción que dio lugar a varias asambleas en las que asumieron cierto papel, que determinó que el Gobernador civil de Barcelona, al amparo de la Ley de Orden Público, sin seguir ningún procedimiento, les sancionase con multas de 100.000 pesetas a cada uno «por organizar asambleas sin autorización».

El recurso (que se formuló tras haber agotado sin resultado la vía contencioso-administrativa) planteaba varias cuestiones sobre derechos constitucionales..., pero el Tribunal planteó de oficio, al amparo del artículo 84 de su ley orgánica, la posible existencia de otro motivo no alegado capaz de justificar la pretensión de amparo, el motivo de que el acto de imposición de las multas había podido infringir el artículo 24 de la Constitución. Es, finalmente, este motivo propuesto de oficio el que retiene el Tribunal para anular las sanciones y otorgar el amparo.

La cuestión que se plantea y resuelve la sentencia es, pues, la de constitucionalidad de la imposición de sanciones de plano, esto es, sin procedi-

miento alguno, y sin audiencia del sancionado, sistema previsto para la materia de orden público en el Reglamento correspondiente.

El artículo 24, tan citado, ha comenzado a dar juego, pero evidentemente la sentencia del Tribunal Supremo que comentamos dista mucho de tener antecedentes para su aplicación.

B. M. B.

V. SUCESIONES

TESTAMENTO. INTERPRETACION: ES PRIORITARIO EL CRITERIO LITERAL, DANDO A LAS PALABRAS EL SENTIDO QUE DE ELLAS SE DESPRENDA, EN RELACION CON LAS CIRCUNSTANCIAS PERSONALES Y SOCIALES CONCURRENTES (SENTENCIA DE 24 DE MARZO DE 1982).

Doctrina de la sentencia.—Ya desde el *Digesto* (50-17-12: *in testamentis plenius voluntates textautium interpretantur*) y las *Partidas* (séptima, 23, Ley quinta: «Las palabras del facedor del testamento deben ser entendidas llanamente, así como ellas suenan e non se debe el Juzgador departir dellas fuera ende cuando pareciere ciertamente que la voluntad del testador fuera otra»), toda la doctrina y jurisprudencia de esta Sala, de consuno con lo dispuesto en el artículo 675 del Código Civil, señala como elemento primordial para conocer la voluntad del testador —primera ley del acto *mortis causa*— el tenor del propio testamento, y dentro de su tenor, atenerse a su literalidad, «a no ser —dice el Código con casi las mismas palabras que las de la Partida citada— que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador», y sólo si la duda apareciere «se observará lo que aparezca más conforme a la intención», pero «según el tenor del mismo testamento» (artículo 675), sin ser lícito al intérprete, como decían ya las Sentencias de 17 de abril de 1893 y 11 de marzo de 1898, extender las disposiciones testamentarias a más de su expresión literal, y sólo permisible la búsqueda, por otros medios probatorios, de la voluntad testamentaria, cuando ésta aparezca expresada de modo oscuro, ambiguo, o se dé contradicción o disparidad entre la intención y las palabras utilizadas para expresarla —Sentencias de 5 de marzo de 1944, 6 de febrero de 1958 y 19 de noviembre de 1974—, lo que indica que, de no existir esa oscuridad o discrepancia, el criterio prioritario será el literal, si las palabras son llanas, y siempre, por supuesto, otorgando a las mismas el sentido que de ellas se desprende (por la presunción primera de reflejar fielmente la voluntad) en relación con las circunstancias personales y sociales concurrentes —Sentencias de 3 de abril de 1942, 1 de junio de 1946 y 5 de junio de 1979—, pues, como señala la doctrina y esta última sentencia, el testamento, declaración de voluntad constitutiva de un negocio jurídico, se produce teniendo como fundamento una constelación de antecedentes fácticos, considerados por el causante en el momento de expresar la disposición.

J. S. G.

2.º JURISPRUDENCIA FISCAL

POR CARLOS MARÍN ALBORNOZ

SOCIEDADES.—AMPLIACION DE CAPITAL EN VIRTUD DE TRANSFERENCIA CONTABLE DE LA RESERVA ESPECIAL POR PRIMAS DE EMISION DE ACCIONES (SENTENCIA DE 10 DE MAYO DE 1982).

Hechos.—La litis plantea la cuestión de si la ampliación de capital de una Sociedad Anónima en virtud de transferencia contable de la reserva especial por primas de emisión de acciones, puede ser gravada por el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, como defiende la Administración general, apelante, o si, por el contrario, no cabe estimar la existencia de una transmisión patrimonial por esta modalidad de ampliación de capital, al haber ya tributado al efectuar la reserva, sin que constituya nueva transmisión la referida ampliación, tesis de la sociedad apelante.

El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado excelentísimo señor don Diego Espín Cánovas, opta por el primero de los criterios, en base a la siguiente:

Doctrina.—La cuestión fue ya resuelta por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 9 de mayo de 1973, al estimar que, según el artículo 54, número 3, del Texto Refundido del Impuesto de 6 de abril de 1967, está sujeta al tributo el aumento del capital de las sociedades, sin que en dicha norma se realice ninguna distinción respecto al modo de efectuar el referido aumento, criterio que aplica el artículo 19, número II, del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales de 15 de enero de 1959 vigente, en lo que no se oponga al Texto Refundido citado, según su disposición transitoria sexta, doctrina que debe ser mantenida, ya que la ampliación de capital implica no un simple trasvase contable en el supuesto que nos ocupa, sino una diversa eficacia jurídica de los bienes representados por el expresado aumento del capital social, de trascendencia, respecto a terceros, por la garantía que representa, y en cuanto a los propios socios, por la participación que sus acciones les aseguran en el patrimonio social, lo que en relación al tributo de litis implica la existencia de una transferencia patrimonial sujeta al impuesto, sin que se haya probado haber sido satisfecho anteriormente el impuesto por este mismo concepto, por lo que procede la estimación del recurso, sin pronunciamiento sobre las costas.

BONIFICACIONES FISCALES.—LAS BONIFICACIONES CONCEDIDAS CON UNA DETERMINADA FINALIDAD NO PUEDEN SER APLICADAS A UN HECHO TOTALMENTE DISTINTO QUE, POR SUS PROPIAS CARACTERISTICAS, TAMBIEN ESTA ACOGIDO A OTRAS BONIFICACIONES TRIBUTARIAS (SENTENCIA DE 28 DE MAYO DE 1982).

Hechos.—Cierta entidad eleva a público, mediante escritura, el acuerdo autorizando la ampliación de capital, ampliación para la que la sociedad solicitó expresamente una reducción del 50 por 100 de la base imponible, concedida por Orden del Ministerio de Hacienda de 13 de diciembre de 1973, que aprobó un expediente para la concentración de la entidad apelante con otra, finalidad por la que se le concedió la citada reducción.

Con posterioridad, por Orden del Ministerio de Hacienda de 29 de noviembre de 1974, y por estimarse que diversas industrias allí relacionadas —entre las que se encontraba la apelante— habían sido declaradas como comprendidas en el sector fabricante de partes, piezas y equipos para vehículos automóviles, al amparo del Decreto de 28 de febrero de 1974, concedió determinados beneficios tributarios «por plazo de cinco años, contados a partir de la fecha de la publicación de la presente Orden», beneficios entre los que se encontraba el de reducción del 95 por 100 del Impuesto General sobre Transmisiones Patrimoniales en los términos establecidos en el número 3, artículo 66, del Texto Refundido, determinándose en el inciso final de la Orden últimamente citada que, por lo que se refiere a la entidad apelante, tales beneficios eran «para llevar a cabo la ampliación del actual centro productivo de Villalba y la creación de uno nuevo en Medina del Campo, y es precisamente esta última Orden la que la sociedad apelante pretende hacerla extensiva a la ampliación de capital al principio referida, lo que la Oficina Liquidadora no admitió, como tampoco las sucesivas instancias, ni el Tribunal Supremo, todo ello en base a la siguiente:

Doctrina.—Considerando que la base imponible en las ampliaciones de capital de las sociedades viene determinada por el valor de los bienes que para dicha ampliación deben ser aportados por los socios (art. 70-13 del Texto del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales), viniendo aquéllos reflejados, salvo las específicas determinaciones establecidas en dicho precepto, en lo fijado al respecto en el correspondiente acuerdo social y documento público que recoja éste, lo que en el presente supuesto determinaría, en principio, una base imponible de 62.500.000 pesetas, cantidad a la que habrá de aplicar la reducción que como beneficio tributario le fuera concedido, en la proporción legalmente establecida, siendo el problema a decidir en este proceso, según ya adelantamos, si tal reducción es del 50 por 100 —tesis de la Administración Tributaria— o del 95 por 100 —tesis de la sociedad apelante—, cuestión que a la vista del planteamiento que de ella se ha hecho en el considerando precedente, debe determinar una declaración confirmatoria de la liquidación impugnada, toda vez que la sociedad apelante ha seguido dos vías distintas, al ser también diferentes las finalidades por aquélla seguidas en los dos expedientes, ya que en uno se solicitó la obtención de los beneficios fiscales correspondientes a la concentración de empresas, de conformidad con lo establecido en el Decreto 2910/1971, de 25 de noviembre, lo que determinó la adopción por el Minis-

terio de Hacienda de la Orden de 13 de diciembre de 1973, que autorizó la concentración de Made y Forjas Madrileñas, S. A., con disolución de la segunda y adjudicación de su patrimonio a la primera, y en virtud de ello se realizó la ampliación de capital, cuya correcta liquidación se hizo conforme al beneficio tributario allí concedido —reducción del 50 por 100 de la base imponible—, mientras que en el otro expediente, la obtención de un beneficio fiscal más amplio estaba referida a unos hechos totalmente distintos y amparados en una normativa diferente —el Decreto 677/1974, de 28 de febrero, sobre declaración de interés preferente de industrias fabricantes de partes, piezas y equipos para vehículos automóviles, en cuyo sector para fabricación había sido incluido Made por Orden del Ministerio de Industria de 28 de octubre de 1974, con la obtención de beneficios fiscales para llevar a cabo la ampliación de su centro productivo de Villalba (Madrid) y creación de uno nuevo en Medina del Campo, es decir, que lo pretendido en este último supuesto era acogerse a determinados beneficios fiscales concedidos a un concreto sector de fabricación para desarrollar un plan de expansión industrial, que suponía una inversión de 931 millones de pesetas: 231 en Villalba y 700 en Medina del Campo.

Considerando que de lo precedentemente expuesto resulta evidente la imposibilidad de aplicar unas bonificaciones fiscales, concedidas con una determinada finalidad a otro hecho totalmente distinto que, por sus propias características, también está acogido a unas bonificaciones tributarias, todo ello cuando, a mayor abundamiento, lo indebidamente pretendido por la apelante supondría aplicar una disposición con efectos retroactivos, en contra de lo dispuesto al efecto en el artículo 20 de la Ley General Tributaria, y en contra asimismo de lo expresamente establecido en aquélla, en cuanto que disponía que los beneficios tributarios allí fijados se concederían a partir de la fecha de publicación de la misma, la cual fue notoriamente posterior a la presentación en la Oficina Liquidadora correspondiente del documento cuya liquidación ha motivado estas actuaciones.

ACTOS JURIDICOS DOCUMENTADOS.—AGRUPACION DE FINCAS HACIENDOSE CONSTAR HABER CONSTRUIDO, RESPECTO A ALGUNAS DE ELLAS, DETERMINADAS EDIFICACIONES.—PROCEDENCIA DEL IMPUESTO, TANTO POR AGRUPACION COMO POR EL CONCEPTO DE OBRA NUEVA (SENTENCIA DE 14 DE JUNIO DE 1982).

Hechos.—Se presenta a liquidación escritura pública, otorgada el 24 de mayo de 1973, sobre agrupación de fincas, que en la parte expositiva advierte, respecto a algunas de las fincas agrupadas, que la sociedad propietaria ha construido a sus expensas, con materiales propios, bajo la oportuna dirección y sin que adeude cantidad alguna, determinadas edificaciones, descritas detalladamente en sus particularidades constructivas, y la representación de la propietaria dice otorgar expresamente, que procede a agrupar la totalidad de los terrenos y edificios conforme quedan descritos en la parte expositiva de la escritura, formando con todas ellas una sola, nueva e independiente finca, de la que el compareciente solicita la inscripción registral, y con base en el otorgamiento de tal escritura, la Oficina Liquidadora formula expediente de comprobación de valores complementario y adicional de otro anterior, en el que se atribuye al acto jurídico de obra

nueva un valor integrado, entre otros sumandos, por el referido expresamente a maquinaria industrial instalada en los edificios de nueva construcción, e independientemente se atribuye al concepto agrupación de fincas otro valor comprobado, del que forma parte el referido a maquinaria industrial instalada en edificios distintos a los antes referidos.

Doctrina.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado excelentísimo señor don José María Ruiz Jarabo Ferrán, resuelve la cuestión planteada en base a los siguientes:

Considerando que respecto al referido expediente de comprobación de valores se planteó y continúa planteada la cuestión sobre la procedencia de calificar la existencia de declaración de obra nueva, que la Oficina Liquidadora estimó procedente mediante acto administrativo, confirmado a este efecto en vía económico-administrativa y por la sentencia apelada, pero que impugna la sociedad apelante, alegando que en la escritura solamente se otorga una agrupación de fincas y no se hace ninguna declaración sobre obra nueva; contra lo que se advierte que en la parte expositiva de la escritura se describen detalladamente los edificios no inscritos en el Registro de la Propiedad, tras de lo que el compareciente dice y otorga agrupar los terrenos y edificios no conforme estaban anteriormente inscritos en el Registro de la Propiedad, sino como quedan descritos en la escritura, solicitando la inscripción como una sola finca, lo que constituye un acto unilateral y solemne, que en cuanto supone la nueva constatación documental ante Notario de la existencia de los edificios, a efectos de su acceso al Registro de la Propiedad, queda sujeta al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, como acto autónomo, según ha resuelto esta Sala con reiteración en sus Sentencias de 14 de diciembre de 1972, 5 de marzo de 1973 y 20 de marzo de 1975; calificación que no puede ser impugnada eficazmente si se tiene en cuenta que en la escritura otorgada se refleja una manifestación de voluntad encaminada a dar publicidad registral a las alteraciones producidas en los bienes inscritos, llevando todo ello a la consecuencia de que procede ratificar a este efecto la sentencia apelada.

Considerando que en el expediente de comprobación impugnado se valora, como parte integrante de los edificios descritos como obra nueva, la maquinaria incorporada a los mismos, y se valora, además, la maquinaria incorporada a los otros edificios ya inscritos en el Registro de la Propiedad, estimando la sociedad apelante que el valor de dicha maquinaria no debe integrarse en la base del gravamen, dado que en la escritura se agrupan y se describen únicamente terrenos y edificios y no se hace referencia alguna a maquinaria industrial; pero frente a tales alegaciones, conforme a lo previsto en el artículo 334, número 5, del Código Civil, forman parte integrante de los bienes descritos en la escritura las máquinas destinadas por el propietario de la finca a la industria o explotación que se realice en los edificios o heredades y que directamente concurren a satisfacer las necesidades de la explotación misma; por lo que reuniendo las referidas características la maquinaria valorada, debe considerarse parte integrante de los inmuebles, como la sentencia apelada ha estimado ser procedente, sin que al efecto influya el hecho de que las maquinarias sean más o menos antiguas.

Considerando que este recurso de apelación formalizado contra sentencia de Sala Territorial, que rechaza de modo expreso la posibilidad de que mediante acuerdo del Tribunal Económico-Administrativo Central, recaído

en recurso de alzada deducido por el reclamante, se agrave la situación de éste declarada en el acuerdo del Tribunal Provincial, tesis impugnada por el representante de la Administración en su calidad de apelante en vía jurisdiccional, obliga a esta Sala a dilucidar esta cuestión de la admisibilidad de la conocida como *reformatio in peius*, que, antes al contrario, ha motivado polémicas doctrinales e incluso decisiones jurisprudenciales antagónicas, panorama que en ambos aspectos fue ya afrontado por esta Sala en su Sentencia de 30 de diciembre de 1975, estudiosa del tema, e inclinada a una respuesta negativa, consignando una serie de razonamientos que —al igual que su pronunciamiento— hoy se comparten, y sobre los cuales resulta difícil sobreañadir mayores precisiones, puesto que allí se puso de relieve cómo la tesis positiva se apoya en la salvaguardia del principio de legalidad de la Administración, mejor apreciado por un órgano superior, y, por tanto, más cualificado para hacerlo, mientras que la negativa se basa en la garantía del particular frente a aquélla, solución ésta a la que ha llegado la más reciente jurisprudencia de las Salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de la que son muestras las múltiples sentencias que en aquel fallo se citan, doctrina jurisprudencial que repudia la *reformatio in peius* mientras no exista una norma legal que la autorice de modo expreso, o se trate de recursos deducidos en sentido opuesto por terceros, por lo que las facultades de la Administración para volver sobre sus propios actos por vía de recurso sólo deben darse en la medida en que con ello se beneficie al particular interesado, destacando también que la «causa» misma del recurso (ciertamente no se recurre para preservar la legalidad abstracta del acto, sino para evitar un perjuicio a la persona o al patrimonio del recurrente), que tiene como motivaciones teóricas los principios sustantivos de la seguridad jurídica y de los actos propios declarativos de derechos, y el principio procesal de la congruencia, en cuanto que en el recurso las potestades revocatorias de la Administración se encuentran limitadas al ámbito estricto de las pretensiones del recurrente, y como motivaciones de índole práctica, la necesidad de sustraer a la Administración un instrumento coactivo que podría producir en la realidad el desuso del mismo ejercicio del derecho a recurrir, por el inevitable temor de que una debatida situación pudiera empeorarse.

Considerando que lo expuesto puede bastar para que, en el caso que se resuelve, el signo de la sentencia debe ser desestimatorio del recurso de apelación, pudiendo solamente insistir en lo ya razonado, o ampliar alguna argumentación, como puede acaecer si se destaca la insuficiente apoyatura legal que a la solución positiva presta la invocación del artículo 119 de la Ley de Procedimiento Administrativo, o del que podemos llamar «correspondiente» de la normativa sobre reclamaciones económico-administrativas, que imponen a la Administración que al resolver los recursos decidan cuantas gestiones plantee el expediente, hayan sido o no alegadas por los interesados, previa audiencia de los mismos en este segundo caso, puesto que parece cierto que sin forzar en lo más mínimo tales preceptos, a la hora de su interpretación y aplicación cabe entender que se mueven en campos por completo separados e independientes ambas cuestiones o temas, esto es, que nada tiene que ver la posibilidad o no de agravar una resolución mediante sólo el impulso del agraviado, con la permisibilidad, o si se quiere, necesidad de que el órgano decisor del recurso afronte cuestiones hasta aquel instante silenciadas, porque tan sólo mediante unos

criterios interpretativos de índole extensiva o ampliatoria puede alcanzarse la solución positiva, y no parece prudente, y ni siquiera lícito, usar de esos modos cuando los preceptos examinados poseen de por sí un contenido y conducen a una finalidad por demás lógica y explicable, y, lo que es más importante, suficiente.

Considerando que cabe también decir que aun reconociendo que son cosas diversas el procedimiento administrativo y el jurisdiccional, y que los principios rectores de éste no siempre se pueden trasladar *mutatis mutandi* a aquél, en el punto concreto examinado, la normativa contenciosa contenida básicamente en el artículo 43 de la Ley Jurisdiccional, se compagina perfectamente con parejos preceptos del ordenamiento administrativo —y económico-administrativo—, por lo que aquello que tiene carácter de dogma en lo jurisdiccional puede ser admitido en el orden antecedente, sin que venga a pugnar o chocar con principio legal alguno rector de este último, ni a perturbar en lo más mínimo su utilización o ejercicio, mayormente cuanto que, como es bien sabido, lo que modernamente priva es el reconocimiento en favor del administrado de derechos garantizados adecuadamente frente al actuar de la Administración, entre los que ha de primar el de la seguridad jurídica y el de no desbordamiento del ámbito o alcance de los recursos de cualquier clase, todo ello sin menoscabo ni mengua de las posibilidades de que sigue dotada o se ha previsto a la Administración, de entre las que cabe recordar la rectificación de errores, el instituto de la lesividad o incluso la anulación o nulidad de sus propios actos, por propio y exclusivo impulso del ente u órgano administrativo.

Considerando que en el presente caso, el acuerdo del Tribunal Económico Administrativo Central, resolutorio del recurso de alzada formalizado por el contribuyente por el Impuesto General sobre Actos Jurídicos Documentados, dispuso que la base liquidable, cifrada por el Tribunal Provincial en 132.436.958 pesetas, se incrementará hasta la cifra de 152.856.958 pesetas, pronunciamiento que comporta la conculcación del principio repetidamente aludido, prohibitivo de la agravación de la situación del recurrente, por lo que, y en atención a los razonamientos que anteceden, conduce a la desestimación del presente recurso.

C. M. A.

LIBROS

DE LA CÁMARA ALVAREZ, MANUEL: *La adquisición «a non domino» de bienes muebles*. Nuevo estudio sobre el artículo 464, 1, del Código Civil. Editorial de Derecho Privado. Edersa, Madrid, 1982.

En el prólogo de esta monografía rechaza CÁMARA la acusación que —dice— suele hacerse de ser un jurista polémico, aclara que no es polemista y explica por qué con esta obra se aparta de su línea de conducta, que suele ser no replicar. Apunta en esta explicación quiénes constituyen la parte contraria de su réplica: Las opiniones de MIQUEL (1) y de VALLET (2) van a ser los fundamentales puntos de referencia de su estudio.

Al final de su prólogo dice CÁMARA algo que creo no se le debe admitir: que se propone firmemente no volver a escribir más sobre el artículo 464. Y no es admisible este propósito porque acaso pronto se estime necesario, o, al menos, conveniente, hacer algunos retoques y actualizaciones en el Libro II del Código Civil, y necesariamente sería él uno de los llamados a intervenir en la confección de un nuevo texto del artículo 464 y de sus concordantes, ahora más bien discordantes.

Aunque el nuevo estudio de CÁMARA es una monografía completa en sí misma, comoquiera que está concebida como una réplica especialmente dirigida a las obras citadas, es conveniente que quien pretenda profundizar en el tema, antes de leerla conozca su anterior trabajo (3) y los citados de MIQUEL y VALLET. Así es como cobra especial relevancia la singular maestría técnica de CÁMARA y el valor de sus argumentos. En algunos momentos la sutileza argumentativa y lógica resulta casi excesiva, pero es que el combate está entablado entre maestros de la esgrima jurídica y el lector tiene la impresión de encontrarse en una infinita sala de espejos.

En el *CAPÍTULO I* se exponen interesantes ideas sobre la interpretación de las normas jurídicas en general, y sobre la del artículo 464 en particular. Las primeras, a la vista del artículo 3.1 del Código, que según la doctrina dominante recoge los elementos clásicos de la interpretación más el sociológico, pero que critica en cuanto parece excluir otros elementos de interpretación, aunque alguno de estos otros, como el espíritu y finalidad de la norma, no deban ser un *prius* de la interpretación, sino un *posterius*, pues

(1) JOSÉ MARÍA MIQUEL GONZÁLEZ: *La posesión de bienes muebles (Estudio del artículo 464, 1, del Código Civil)*, Ed Montecorvo, S. A., 1979.

(2) JUAN VALLET DE GOYTISOLO: «La reivindicación mobiliaria como tema fundamental del artículo 464 del Código Civil», *Anuario de Derecho Civil*, octubre-diciembre de 1951, y *Estudios sobre Derecho de Cosas*, 1973, I, págs. 409 y sigs. Y posterior al primer estudio de CÁMARA: «De nuevo sobre la posesión de bienes muebles. Tres estudios en torno al artículo 464 del Código Civil», *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXXIII, fascículo II, págs. 243 y sigs.

(3) MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ: «Contribución al estudio del artículo 464 del Código Civil», *Revista de Derecho Notarial*, núm. 104, abril-junio 1979, págs. 7 a 209.

sólo después de interpretada la norma es posible penetrar en su espíritu y significado.

· Pasando a la posibilidad de jerarquización de los diversos elementos de interpretación, después de referirse al enfrentamiento entre las teorías subjetivistas y objetivistas (*mens legislatoris* y *mens legis*), desvaloriza los antecedentes históricos y legislativos cuando, como en nuestro caso, se trata de normas importadas, y mantiene que no pueden prevalecer sobre los resultados del análisis objetivo de la norma, sin que por esto se deban desdeñar los antecedentes remotos y próximos, ni tampoco las normas posteriores. El capítulo primero sirve para justificar el método de su primer trabajo sobre el artículo 464, que, en parte, dice que ahora rectifica para ser congruente con los trabajos ajenos contrarios, a los que replica. Desde mi modesto punto de vista, encuentro poco razonable que CÁMARA no intente incluir, como elemento importante para la comprensión del artículo 464, el Derecho comparado cuando éste se inclina totalmente al refrendo de la tesis germanista.

El *CAPITULO SEGUNDO* está dedicado a los antecedentes históricos y legislativos del precepto estudiado. Aunque CÁMARA reconoce la importancia que para la interpretación del artículo 464 tiene su genealogía en el artículo 2.279 del Code, califica de simplistas las afirmaciones de LACRUZ BERDEJO, para el que no es adecuada la interpretación gramatical, porque el precepto vale lo que valga en el Code. Dice CÁMARA que la norma española no se corresponde exactamente con la francesa, por lo que no puede soslayarse la cuestión de si las diferencias pueden conducir a soluciones distintas; pero este literalismo inicial es poco tenido en cuenta y no se compagina mucho con su estimación de que tiene importancia secundaria lo que pensarán el redactor o redactores del texto español.

CÁMARA sigue paso a paso la exposición histórica de MIQUEL en el Derecho medieval antiguo francés y alemán, en el español visigodo y en el de la Reconquista, deteniéndose especialmente en el pasaje del Fuero Viejo de las Encartaciones de Vizcaya, exhumado por GARCÍA DE VALDEAVELLANO, y en los Fueros municipales de más dudosa interpretación en cuanto al problema de la vigencia o no del principio «Hand wahre Hand». CÁMARA, reconociendo el mérito de la meticulosa tarea crítica de MIQUEL, va demostrando cómo las opiniones de éste son unas veces excesivas, otras no totalmente convincentes y, en definitiva, no consiguen neutralizar las afirmaciones de MEREJA y GARCÍA DE VALDEAVELLANO de que nuestro Derecho de la Reconquista conoció limitaciones a la reivindicación mobiliaria derivadas de dicho principio germánico. Se enfrenta luego con la visión de MIQUEL de la máxima «En fait de meubles la possession vaut titre», desde su remoto o desconocido origen hasta la jurisprudencia del Châtelet y su consagración por BOURJON en los tiempos próximos a su consagración en el artículo 2.279 del Code. MIQUEL no sólo intenta desvirtuar los textos de BOURJON, sino que acusa a éste de no recoger correctamente la jurisprudencia del Châtelet, con lo cual la jurisprudencia francesa posterior al Code descansaría sobre un doble error. CÁMARA somete a severa crítica todas las afirmaciones de MIQUEL y termina afirmando que la solución germanista no es, como VALLET cree, un sarampión para el que se ha descubierto ya la vacuna, ni una moda pasajera iniciada por ALAS en 1920. Tampoco cree que la investigación histórica de MIQUEL sea destructiva de la interpretación germanista, como piensa DÍEZ PICAZO, y termina diciendo que una cosa es admirar la obra de MIQUEL y otra mitificarla. De todas

maneras, yo no creo que el prólogo de DÍEZ PICAZO mitifique la obra de MIQUEL, porque junto a pasajes casi glorificadores, se vierten frases que hacen pensar que el prologuista disiente en puntos fundamentales de las conclusiones del autor.

Entrando en los antecedentes legislativos inmediatos son analizados sucesivamente:

— Un dudoso pasaje de ALONSO MARTÍNEZ al que ni el mismo HERNÁNDEZ GIL, que le alega por ver una alusión a la regla «Hand wahre Hand», le atribuye demasiada importancia.

— La cuarta de las Actas de la Comisión General de Codificación referentes a la posesión, conteniendo observaciones de CÁRDENAS y SILVELA sobre los efectos de la posesión de muebles (que conducen al encargo a SILVELA de un precepto), Acta que ha suscitado contradictorios comentarios. CÁMARA, con HERNÁNDEZ GIL, cree que el Acta confirma la tesis germanista.

— A parecido resultado llega al pulsar las diversas opiniones sobre cuáles serían los pensamientos de SILVELA y de CÁRDENAS sobre la cuestión.

— Dos textos de ALONSO MARTÍNEZ, exhumados por MIQUEL, sirven, según CÁMARA, más para apoyar que para combatir la tesis germanista, puesta en relación la frase «principio germánico que ha triunfado en toda Europa» con las normas de los Códigos francés, italiano, prusiano y austríaco.

— Los comentaristas del Código (SÁNCHEZ ROMÁN, SCAEVOLA y MANRESA), que dan la sensación de que o bien no tenían suficientes elementos de juicio para sacar a la luz la «mens legislatoris», o bien creyeron que no valía la pena hacerlo porque era tan oscura como el propio precepto.

En mi opinión, la doctrina posterior al Código, hasta llegar a ALAS, a los anotadores del ENNECERUS y a HERNÁNDEZ GIL, no quiso entender el artículo 464 en su interpretación germanista, ofreciendo la misma resistencia pasiva que a otras varias importaciones de Derecho europeo que el legislador pretendió hacer, con más o menos claridad o con alguna contradicción con preceptos anclados en el Derecho anterior (como ejemplos he señalado los arts. 1.280, 1.º, del Código, y 32 de la Ley Hipotecaria). Sin duda, nuestros legisladores de la época de la Codificación hicieron imperfectas copias de normativas foráneas sin acomodarlas del todo con el resto de nuestro Derecho tradicional; pero también es cierto que nuestra doctrina, con cierta resistencia pasiva, propició prácticas contra la ley que hicieron fracasar indudables mejoras y progresos introducidos por el legislador.

En el *CAPÍTULO TERCERO*, después de unas ideas generales sobre la publicidad y sobre la publicidad registral, se estudia la posesoria en relación con la interpretación del artículo 464. Para CÁMARA, la interpretación germanista de este precepto se fundamenta en el decisivo valor de la posesión como instrumento de publicidad en el tráfico mobiliario, valor que guarda paralelismo con la publicidad registral en materia de inmuebles y que se revela a través de dos manifestaciones distintas, como son la adquisición *a non domino* y la inoponibilidad frente a tercero del derecho real mobiliario mientras la posesión continúa retenida por el propietario, y que, no obstante, responden al mismo fundamento (4).

(4) Acaso no convenga reunir en exceso, ni siquiera en su fundamento último, estas dos manifestaciones distintas del principio de publicidad en muchos aspectos diferentes, como demuestra que todas las legislaciones, tanto en materia mobiliaria como inmobiliaria, asentando una en la posesión y otra

Insiste CÁMARA en sus opiniones anteriores respecto a que al encontrar determinados preceptos que equiparan la publicidad registral a la posesoría en el Proyecto de 1851, hay que deducir que éste iniciaba la evolución, que remata el artículo 464 y que confirman las Leyes de Hipoteca Mobiliaria y de Ventas a Plazo, que vienen a ser por ello como una interpretación auténtica del precepto en el sentido germanista. Apoyándose en ROCA y DÍEZ PICAZO, rechaza la impugnación que a estas afirmaciones le ha hecho VALLET, negando la posibilidad de equiparar la posesión y el Registro desde el punto de vista de la publicidad y empeñándose en que CÁMARA mezcla y confunde las máximas «meubles non pas de suite» y «meubles non pas de suite par hypothèque». Con el riesgo que, sin duda, implica el intentar «arbitrar» en el duro «macht» que VALLET y CÁMARA han tenido sobre el cuadrilátero del 464, para puntuar el vigor de los respectivos golpes de estos dos pesos pesados, me atrevo a apuntar el «round» sobre el paralelismo de la publicidad posesoria con la registral, al segundo de los contendientes. Y ello a pesar de no estar conforme con ciertas afirmaciones de CÁMARA cuando, a continuación, dedica un epígrafe especial a la publicidad registral en el que pretende «esbozar las líneas maestras de los sistemas hipotecarios más perfectos, y en particular del español».

Es cierto que en cuatro páginas escasas es imposible cumplir tal pretensión, pero es que CÁMARA ni lo intenta después de anunciarlo. Guarda total silencio sobre cuáles son esos sistemas hipotecarios más perfectos y cómo son, limitándose a una incidental crítica en nota a los que establecen la inscripción como requisito necesario para la modificación jurídica real por encontrar esto excesivo, y en cuanto al español, que acaso por eso estime implícitamente como perfecto entre los más perfectos, se limita a presentar un cuadro de causas de inexactitud registral, que acaso sea en cierto sentido demasiado reducido, y en otros, excesivo y anfibológico, puesto que la inexactitud procedente de no haberse inscrito algún derecho real confluye con la derivada de aparecer como titular registral quien no lo es en la realidad. Pero no es éste lugar de presentar mis opiniones, discordantes con ciertas afirmaciones de CÁMARA, que afectan al deslinde entre los principios de inoponibilidad y fe pública, a la proximidad del primero de ellos con el germánico de inscripción constitutiva, al radical enfrentamiento de estos dos con el mantenimiento de la teoría del título y el modo, si se entiende el modo como entrega material, y al componente negativo que —dice— actúa en todos los casos de inexactitud registral, etc. Sí creo que procede aquí afirmar que al prescindir del esbozo de las líneas maestras de los sistemas hipotecarios alemán, italiano, francés y belga, etc., deja casi sin base la argumentación, en defensa de la interpretación germánica del artículo 464, derivada del paralelismo entre la publicidad registral y la posesoría, porque es en todas estas legislaciones donde encontramos casi plena equivalencia entre tradición real (en muebles) e inscripción o transcripción (en inmuebles y muebles registrables), tanto en el tema del momento transmisivo *erga omnes*, como en el de presunción *juris tantum* de propiedad (a favor del poseedor o del titular registral, respectivamente), como en el de presunción *juris et de iure* de que el poseedor o el titular

en la inscripción o transcripción, separan el tópico título y modo del tópico adquisición *a non domino*. No comprender esto es lo que ha conducido a la discutible refundición de los principios registrales de inoponibilidad y fe pública.

registral son propietarios en beneficio del subadquirente de buena fe (5). En cambio, en la española, después de su tergiversación doctrinal y jurisprudencial, resulta más difícil encontrar aquel paralelismo debido al confuso e híbrido sistema derivado de la coexistencia no muy pacífica de la publicidad registral y la posesoria en materia de inmuebles, confusionismo complicado por la coexistencia tampoco pacífica entre la tradición real y la escrituraria. Para demostrar cómo son inútiles todos los esfuerzos doctrinales que se hagan para salvar tales coexistencias sin sacrificar a capricho o bien la publicidad posesoria o la publicidad registral, basta leer la nota 17 del capítulo que vamos recensionando.

Comienza CÁMARA el estudio de la publicidad posesoria concretándose al derecho de prenda, y dice que VALLET se queda en la superficie al encontrar el fundamento del artículo 1.863 del Código en la falta de visibilidad característica de los derechos reales de garantía, cuando la entrega de la cosa en la prenda ha de relacionarse con la publicidad posesoria en su más amplio sentido, y el que sea requisito constitutivo y no sólo de mera oponibilidad no altera el planteamiento básico, porque lo mismo ocurre en la hipoteca en relación con la inscripción. Con argumentos basados en la evolución histórica de la prenda romana y en las ideas contenidas en la presentación del Proyecto de la Ley de Hipoteca Mobiliaria, y en su Exposición de Motivos, dice que el problema no es el saber qué ocurre con la hipoteca mobiliaria o la prenda sin desplazamiento, según que el pignorante sea o no dueño de la cosa pignorada, sino el de la eficacia de la garantía, aun dando por supuesto que haya sido constituida por el *verus dominus*; en definitiva, se trata de saber bajo qué condiciones el dominio u otro derecho real es oponible a un tercero que adquirió confiando en la apariencia inherente a la posesión. Insiste en que puede establecerse cierto paralelismo entre la función de la publicidad registral, en el tráfico inmobiliario, y la posesoria, en el mobiliario, en que responden a un mismo fundamento los aforismos «meubles n'ont pas de suite» y «meubles n'ont pas de suite par hypothèque», y estima incongruente despreciar el valor de la posesión como instrumento de publicidad (por su opacidad o inexpressividad) y proclamar luego la «cuasi» intangibilidad de este segundo aforismo, y hacer de la posesión pieza fundamental del proceso reivindicatorio, tanto en el aspecto ofensivo como en el defensivo, como hacen VALLET y MIQUEL.

En epígrafe especialmente dedicado a la publicidad posesoria en el Proyecto de 1851 y en las Leyes de Hipoteca Mobiliaria y de Ventas a Plazo, extrae de todo ello nuevos e importantes argumentos a favor de la tesis

(5) Para convencerse de esto es suficiente ver:

B G B a) Muebles. Parágrafos 929 La entrega de posesión como elemento esencial de la transmisión de propiedad por negocio jurídico. 1.066 Presunción *juris tantum* de que el poseedor es también propietario. 932 a 935 Presunción *juris et de jure* de que el poseedor es propietario en beneficio del adquirente de buena fe *a non domino* (H w.H.)

b) Inmuebles. Parágrafos. La inscripción como elemento esencial de la transmisión de propiedad por negocio jurídico: 873 Presunción *juris tantum* de que el derecho inscrito existe y pertenece al titular registral. 891. Presunción *juris et de jure*, en beneficio del adquirente de buena fe por negocio jurídico, de que el contenido del Registro vale como exacto. 892 y 893

Código Civil italiano a) Muebles. La entrega de posesión como modo en el caso de doble enajenación: artículo 1.155 La posesión de buena fe como modo de adquirir *a non domino* artículo 1.153

b) Inmuebles. La transcripción como modo (inoponibilidad art 2.644) La transcripción como medio de quedar indemne el tercero de acciones reales artículo 2.652. Aunque el principio de fe pública registral tenga pobre desarrollo

Derecho francés a) Muebles. En el 2.279, el brocardo «En fait de meubles...» refunde la doble actuación de la posesión como modo simple (completa el 1.583) y modo de adquirir *a non domino*

b) Inmuebles. El artículo 30 del Decreto de 1955 comprende los principios de inoponibilidad y fe pública (embrionaria).

germanista. Aquí es VALLET el blanco del análisis y argumentación. Personalmente, estimo que no es necesario terciar en la discusión porque ambos prescinden de calibrar lo mucho que nuestro Código recogió del Proyecto de 1851 y del Código francés.

El *CAPÍTULO CUARTO* está dedicado a la interpretación sistemática del artículo 464, pasando revista a los artículos del Código corrientemente manejados para inclinar la interpretación del precepto en un sentido o en otro, aunque lo hace convencido de antemano, casi tanto como VALLET, de que ninguno de los que se manejan es decisivo, resultando así escaso o nulo el valor de esta interpretación sistemática. Veamos la lista:

— El artículo 976. Imposible pensar en mejor terreno para que VALLET cierre el paso al argumento favorable a la tesis germanista basado en el distinto trato que se da a las enajenaciones de reservables según se trate de muebles o de inmuebles; pero CÁMARA no se amilana, aun reconociendo que el precepto no es sólido banco de prueba de tal tesis.

— En los artículos 1.160-2.º, 1.295-2.º, 1.473-1.º y 1.540 tampoco insiste CÁMARA mucho porque no los considera que valgan gran cosa para corroborar su tesis, coincidiendo en esto con MIQUEL y VALLET, lo que no quiere decir que coincida totalmente con éstos en muchas apreciaciones.

Respecto al artículo 1.765, maneja CÁMARA las interpretaciones de MELÓN INFANTE, MIQUEL, VALLET y HERNÁNDEZ GIL en torno a los varios problemas que el artículo plantea al ponerlo en relación con el 464. Pero tanto en este precepto como en el 1.778 nos parece un tanto pesimista para obtener de ellos apoyo a la tesis germanista. No obstante, en cuanto traducciones que son, respectivamente, de los artículos 1.926 y 1.935 del Code, yo creo que aunque sus disposiciones no corroboren directamente la norma que la tesis germanista pretende leer en el 464, sí dan por supuesto el mecanismo del artículo 2.279 del Code.

Más interés despierta, en cuanto a nuestro problema y en cuanto a otros, el artículo 1.897, también tomado del 1.380 del Código francés. La causa de no estimarle prueba concluyente de la tesis germanista está en que no distingue entre muebles e inmuebles, lo que le desconecta definitivamente del 464.

Los artículos 1.962, 1.955, 1.956 y 615 tienen gran interés para la interpretación sistemática del artículo 464 y son los que más han mortificado a los autores. CÁMARA, no obstante, les dedica pocas, aunque sustanciosas, páginas, haciendo una sintética exposición de las remisiones del 1.962 al 1.955 y de éste al 464, con referencia a las contradictorias opiniones de HERNÁNDEZ GIL y FUENTES PÉREZ en torno al rompecabezas que tales remisiones suponen. En definitiva, como HERNÁNDEZ GIL, concluye que la relación de todos estos preceptos no constituye una confirmación de la tesis germanista, pero tampoco es incompatible con la misma (6).

Y haciendo resumen del conjunto de la interpretación sistemática, se mantiene en la idea de su trabajo anterior de que ésta no contribuye a esclarecer el verdadero sentido del artículo 464, aunque concuerde mejor con la versión germanista que con la romanista.

(6) Tampoco CÁMARA hace referencia ninguna al artículo 102 del Código Penal, cuyo apartado tercero admite la posibilidad de que no proceda la restitución cuando la cosa se halle en poder de un tercero que la haya adquirido por un medio legal en la forma y con los requisitos establecidos por las Leyes para hacerla irreivindicable. Es frecuente que los Códigos y Leyes de cierta antigüedad respeten más las interconexiones entre las diversas ramas jurídicas que los tratadistas que por exceso de especialización han perdido últimamente gran parte de la visión de conjunto.

El *CAPITULO QUINTO*, dedicado al análisis lógico del artículo 464.1, parte de la existencia de una íntima relación entre las dos proposiciones distintas que contiene el primer apartado del artículo, relación que efectúan las palabras «sin embargo»; pero CÁMARA no acaba de estar conforme con HERNÁNDEZ GIL cuando ve entre ambas proposiciones una coordinación adversativa de sentido restrictivo (si la segunda dice cuándo se puede reivindicar, la primera ha de hacer referencia a supuestos en los que no se puede reivindicar), porque del contexto del artículo no se puede deducir que cuando se den las circunstancias de la segunda proposición, la posesión no equivalga al título, pues para llegar a esta conclusión habrá que probar antes cuál es el efecto de esa equivalencia. Pero en esta discordancia con HERNÁNDEZ GIL acaso haya muy poco más que un razonamiento más meticoloso, porque lo cierto es que HERNÁNDEZ GIL siempre ha partido de que el brocardo cuya traducción inicia el artículo es una forma compendiosa de decir que la posesión adquirida de buena fe por quien pretende adquirir el dominio equivale a adquisición de quien es dueño. También coincide con HERNÁNDEZ GIL en la clasificación tripartita de posiciones ante la interpretación del artículo 464.1. frente a VALLET y MIQUEL, que contemplan un cuadro más abundante en tesis distintas; pero afirma que la interpretación lógico-sintáctica debe centrarse preferentemente sobre la proposición primera y no sobre la segunda, para que no quede dependiendo de un factor tan incierto, ambiguo y enigmático como es la expresión privación ilegal.

En unas puntualizaciones previas sobre la proposición primera y no viendo dificultades en que la «posesión» ha de ser de buena fe y en concepto de dueño, y que el «título» ha de ser conforme al artículo 1.952, ve el nudo de la cuestión en la palabra «equivale», a la que pueden darse varias interpretaciones respecto a si puede sustituirse por presunción, al ámbito de lo presumido y a la fuerza de la presunción (*juris tantum* o *juris et de jure*).

El resto del capítulo, que acaso sea el fundamental de la monografía y en el que se concentra lo más decisivo de su enfrentamiento con las opiniones de VALLET y de MIQUEL, está dedicado al análisis de las tres posiciones básicas en el análisis lógico del precepto, haciendo la confrontación de las mismas con la proposición primera del apartado objeto de estudio, en relación con el artículo 448 del Código; después introduciendo en el análisis la expresión «privación ilegal» de la proposición segunda, y añadiendo al final el problema adicional derivado de la existencia del 463, que viene a amargar la vida a los defensores de la adquisición *a non domino* en el supuesto del abuso de confianza (H. w. H.).

a) Según CÁMARA, la *primera posición* cree que el artículo 464 establece una simple presunción de existencia de un título potencialmente apto para transmitir el dominio prescindiendo de que, de hecho, haya sido operativo, y la critica porque siendo así el precepto establecería una regla estéril, pues únicamente vendría a confirmar que la usucapión ordinaria de muebles no requiere título, como ya resulta del artículo 1.955-1.º, porque se presume (a pesar de lo dispuesto en los artículos 1.940 y 1.954). Se refiere a las varias explicaciones intentadas sobre la contradicción de estos artículos y el 1.957, desecha las teorías del título putativo y de la simple buena fe sin título en materia de usucapión, cree demasiado fácil salvar la contradicción recurriendo al 464.1.º sin determinar primero el verdadero significado de la frase inicial de éste y rechaza las afirmaciones de MIQUEL res-

pecto a si la equivalencia entre posesión de buena fe y título desaparece o no con la prueba de la pérdida o privación ilegal. Igualmente niega que la contradicción se salve viendo en el artículo 464 una presunción *juris et de jure* de que el título existe (en cierto sentido, VALLET y MANRESA) o recurriendo a otras soluciones a las contradicciones indicadas en relación con el precepto, y termina afirmando que el artículo 464-1.º responde a la función adquisitiva *a non domino* y no sirve para integrar la normativa de la usucapción ordinaria de muebles.

b) La *segunda posición* o teoría que llama *intermedia* o de la presunción de propiedad *juris tantum*, pero especialmente cualificada, estima que la equivalencia entre posesión y título puede servir de apoyo, tanto al demandante como al demandado, en la acción reivindicatoria. Dice que MIQUEL, y aún más VALLET, se resisten a aceptar que se trate de una presunción *juris tantum*, tal vez para desembarazarse del incómodo artículo 448, y polemiza con el segundo sobre el diverso sentido de ambos artículos, sobre el tipo de presunción que juega en cada uno (polémica en la que acaso no resultase inútil hacer referencia a la coexistencia en el B.G.B. del párrafo 1.006 con los párrafos 932 a 935), y concluye dando por demostrado que no es posible descubrir en el 464-1.º, proposición primera, una presunción *juris et de jure* sin entrar en la tesis germanista. Pasa a describir la situación de la carga de la prueba en el proceso reivindicatorio en general (después de superada la *probatio diabolica* y admitida la presunción de subsistencia del dominio con probada adquisición) y en el mobiliario, donde, según VALLET, la regla del artículo 464 actúa tanto a favor del demandante como del demandado al romper la presunción de subsistencia del dominio; niega esta ambivalencia, igual que HERNÁNDEZ GIL, y niega que el 464 sirva para eliminar esta presunción; tampoco estima correcto ver en el precepto el doble juego probatorio y sustantivo de la doctrina francesa sobre el 2.279 del Code, porque el requisito de la buena fe no se compagina con la función probatoria. Muestra CÁMARA su disconformidad con la forma en que los partidarios de la tesis intermedia tratan de apoyarse en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que estima poco coherente, tanto en materia de tercería de dominio, como en los casos en que la acción reivindicatoria se interpuso contra un tercero o cuando aborda el problema de poseedores sucesivos.

Desarrolla a continuación los argumentos que opuso a la tesis intermedia en su anterior trabajo: el semántico, basado en que equivalencia no puede traducirse por presunción si no es *juris et de jure*, y el de que la teoría de presunción de propiedad debe exigir siempre la prueba de la pérdida o de la privación ilegal, y entonces el requisito de la buena fe queda desprovisto de sentido, porque si el demandante prueba alguna de ellas, el demandado pierde, aunque tenga buena fe, y si no, gana aun sin buena fe, salvo que pudiera hacerse la prueba aislada de la mala fe sin probar la pérdida ni la privación ilegal, lo que CÁMARA niega. Matiza ahora su anterior demostración de esta negativa con un planteamiento algo distinto para salir al paso de las objeciones que podían hacerse en ciertas hipótesis de mala fe por ignorancia negligente, para terminar afirmando, como en su trabajo anterior, que el requisito de la buena fe resulta estéril y superfluo si la función única del precepto es establecer una presunción de propiedad que otorga al poseedor una posición privilegiada dentro del proceso reivindicatorio.

c) Por todo lo anteriormente expuesto sigue considerando que *la teoría germanista* es la única que se acomoda al análisis lógico del artículo 464-1.º, la única que concuerda con el verdadero significado de la palabra equivale y la única que permite entender cabalmente que la buena fe sea un requisito para su aplicación. Y pasa a estudiar sucesivamente:

— Aunque la buena fe se presume, ante la dificultad de la prueba de la mala fe debe asimilarse a ésta la buena fe insuficiente derivada de actuación negligente (MENGONI).

— No es preciso que el demandado adquirente posea en concepto de dueño públicamente; el carácter equívoco o clandestino de la posesión, le obligará a probar su título, pero no impedirá el efecto adquisitivo. Quien debe poseer en concepto de dueño es el transmitente; la buena fe objetiva debe fundarse en la posesión en concepto de dueño del transmitente, aunque basta una situación posesoria mediata en éste.

— El problema de la necesidad de título válido, porque no es lo mismo que el título se presuma, que el adquirir la propiedad sólo en virtud de la buena fe si el título no existe (problema del título putativo) o es nulo. Estudia el problema en la doctrina francesa, italiana y alemana y en los dos supuestos de la reivindicación contra poseedor sucesivo o contra adquirente *a non domino*, probándose la inexistencia o nulidad del título.

d) Este tercer punto le conduce al estudio del artículo 448 en relación con el 464. El artículo 448, que dice no tener paralelo en el Derecho francés ni en el italiano, aunque sí en el parágrafo 1.006 del B.G.B. en materia de muebles, concede una presunción que ampara a todo el que posea como dueño, despliega todos sus efectos en el campo judicial y extrajudicial y actúa no sólo a favor, sino también en contra del poseedor (responsabilidad por daños, etc.). En el proceso reivindicatorio, respecto al demandante, le sirve para probar su adquisición si no puede probar su título directamente. La doctrina y la jurisprudencia en general entienden que el artículo 448 no actúa a favor del demandante, cuando lo que se discute es precisamente el dominio, aun cuando alegue una antigua posesión a título de dueño (así, Díez PICAZO, que critica, en cuanto mantiene lo contrario, la Sentencia de 12 de diciembre de 1966). CÁMARA se opone a Díez PICAZO y apoyado en el artículo viene a coincidir con los defensores de la teoría intermedia, aunque no apoyándose en el 464, como éstos hacen.

Desde la óptica del demandado, viene a exigir al demandante algo más que la prueba de su título de adquisición para que triunfe su reivindicación, porque destruye la presunción de continuidad del dominio adquirido, aunque la jurisprudencia en algún caso haya aplicado tal presunción incluso en muebles. Explica CÁMARA la insistencia de los defensores de la tesis intermedia en desembarazarse del artículo 488, porque si éste puede cumplir la función probatoria que la doctrina francesa atribuye a la máxima P. v. t., el 464 no cumpliría ninguna, puesto que le niegan la de adquisición *a non domino*. Para rechazar la afirmación de MIOQUEL de que el 448 no tiene trascendencia tratándose de la reivindicatoria, analiza el juego de la carga de la prueba en el Derecho común, el de las tres presunciones placentinas, y explica por qué el precepto no distingue entre muebles e inmuebles, sin perjuicio de no tener que aplicarse indiscriminadamente a unos y otros cuando existen normas que le dejen inaplicable.

e) Entrando en el análisis de la *proposición segunda del apartado pri-*

mero del artículo 464, cuya interpretación se mantiene tan polémica porque la doctrina española, al revés que la francesa, parte de la proposición segunda para puntualizar el verdadero sentido de la primera y de todo el apartado. Coincide con HERNÁNDEZ GIL en que la falta de uniformidad terminológica que lleva consigo la expresión «privación ilegal» produce esa consecuencia, y aunque afirma, de entrada, que dicha expresión no puede comprender todo supuesto de privación ilícita, pues entonces la excepción anularía absurdamente la regla general, cree que es conveniente estudiar el significado de la misma. Explica por qué descartó la interpretación penalista y la que restringe el concepto a robo y hurto basándose en el reenvío indirecto del artículo 1.962. Discute con VALLET sobre el paralelismo entre privación ilegal y «cosas perdidas y sustraídas», a que se refiere el apartado segundo, en relación con el supuesto de abuso de confianza; coincidiendo con HERNÁNDEZ GIL en que la privación ilegal hay que concretarla en un hecho anterior a la enajenación realizada por el *non domino*, por lo que no la hay en el abuso de confianza. Sobre si la privación ilegal hay que referirla a la posesión material o a la civil o a ambas, o al ejercicio de la propiedad, analiza las observaciones de SANZ, VALLET, MIQUEL y Díez del Corral en torno a la inversión del concepto posesorio que se da en el abuso de confianza, y termina manteniendo que la privación ilegal ha de referirse sólo a la posesión material, incluyendo, por tanto, el robo, el hurto, la estafa y algún supuesto atípico, como el de la Sentencia de 26 de junio de 1946; excluyendo el caso del abuso de confianza, porque los argumentos esgrimidos por los romanistas distan mucho de ser decisivos.

f) Termina el *CAPITULO QUINTO* insistiendo CÁMARA en su negativa a la objeción basada en el artículo 463, hecha por MIQUEL y VALLET. Alegan éstos que si no perjudican al dueño los actos ejecutados por el tenedor relativos a la posesión, menos podrán perjudicarles en cuanto al dominio. CÁMARA dice que es importante que el artículo hable precisamente de «los actos relativos a la posesión», porque demuestra estar pensado para los casos en que el tenedor, sin ocultar su condición de tal, actúa sin facultades; opone a los que traen a colación el 463 para rechazar la tesis germanista, que su argumentación conduciría al absurdo resultado de que el adquirente de un tenedor que hubiese incurrido en inversión del concepto posesorio no podría refugiarse tampoco en la usucapión extraordinaria. Después de detenido análisis de la inversión del concepto posesorio con referencias a HERNÁNDEZ GIL y PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, y de si tal inversión ha de ser recepticia, como parece resultar de la Sentencia de 12 de diciembre de 1966, en el caso Cambó contra Zuloaga, y CÁMARA niega, termina considerando inservible el artículo 463 para negar la tesis germanista, porque a las mismas consecuencias que con el 463 puede llegarse basándose en el artículo 460.4.º VALLET afirma que el mediador posesorio no puede transmitir al tercero la posesión en concepto de dueño, aunque invierta el concepto en que posee, mientras el poseedor no lo consienta o transcurra un año; pero la consecuencia de esta argumentación sería —prescindiendo de la anomalía de incluir el supuesto de la inversión del concepto posesorio en dos tan distintas normas— que el obstáculo resultante de la necesidad de que transcurra el plazo del año no sería sólo para la adquisición *a non domino*, que defiende la tesis germanista, sino también para la función probatoria en el proceso reivindicatorio, que mantiene la tesis intermedia.

Por todo ello, el mismo MIQUEL, padre del argumento basado en el ar-

título 463, duda si se pierde o no la posesión en el caso de entrega por el mediador posesorio, duda planteada en general por la doctrina al tratar de la legitimación pasiva en la acción interdictal, conforme al artículo 1.652 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y mayoritariamente resuelta en el sentido de tener dicha legitimación el heredero y el tercer adquirente a título singular de mala fe del autor de la perturbación o el despojo. CÁMARA, después de un detenido estudio del tema, aunque deja en pie el problema del interdicto contra el tercero de buena o mala fe, ve como solución dar vía libre a la acción interdictal contra el tercero sin perjuicio de que el de buena fe, amparado por el artículo 464-1.º, pueda plantear en juicio plenario el tema de la propiedad adquirida *a non domino*. No obstante, debo dejar constancia de que para los no iniciados, uno de los puntos en que nos dejan algo confusos todos cuantos discuten el sentido verdadero del artículo 464 es éste de las relaciones del precepto con la acción interdictal.

El *SEXTO CAPITULO* está dedicado a valorar la interpretación germanista, en la que continúa firmemente encastillado, desde el punto de vista de la justicia, teniendo en cuenta que el conflicto de intereses, que la adquisición *a non domino* suscita, presenta connotaciones de carácter socioeconómico. No se trata de subvertir la regla general *nemo dat quod non habet*, sino de ponerse de acuerdo sobre las excepciones que indudablemente debe tener. Tercia en las diferencias entre HERNÁNDEZ GIL y VALLET, en trance de intentar colocarse en un plano finalista imparcial, entre las posiciones favorables y adversas respecto a la adquisición *a non domino*, y se inclina a favor del primero, considerando también conservadora la posición intermedia del segundo, aunque dejando bien sentado que la calificación conservadora no implica connotación peyorativa.

Al plantearse la cuestión de las particularidades que la problemática de la adquisición *a non domino* presenta en los bienes muebles, encontramos, en una interesante nota al pie, una breve defensa de la institución registral muy digna de tener en cuenta y de agradecer por cuantos deben considerarse paladines de la misma. Presentando varios ejemplos (la enemiga exagerada al negocio inmobiliario abstracto, la excesiva importancia concedida a la tradición, la infravaloración de la protección registral en el tema de la usucapión —artículo 36 de la ley—, el supuesto de las servidumbres aparentes frente al Registro) deja constancia del hecho de que cierto sector de la doctrina, que en ocasiones ha conseguido imponer su criterio al legislador, no ha vacilado en minimizar la eficacia del Registro como instrumento de seguridad del tráfico inmobiliario. Aunque dice que el objeto de esa nota no es tomar partido en una posible polémica sobre tal tendencia a restringir la eficacia de la publicidad registral, y que el intérprete tendrá que acatar las restricciones a tal eficacia cuando el Derecho positivo las impone, sin perjuicio de propugnar *de jure condendo* otras soluciones, no ofrece duda que el espíritu de la nota al pie, a que me refiero, es una sincera defensa de la institución registral. Por mi parte, debo añadir que el intérprete tendrá que acatar las restricciones y limitaciones impuestas por la ley a la eficacia de la publicidad registral, pero siempre después de interpretar la ley en sí misma, porque la mayor parte de las veces, las minusvalías sufridas por la legislación hipotecaria proceden de una doctrina errónea e incluso dolosamente conformada. En relación con el punto esencial de la supervaloración de la tradición que hace cierto

sector doctrinal frente al principio de publicidad registral, afirma CÁMARA en el texto que el Registro cumple respecto a los inmuebles una función que no puede ser reemplazada por la posesión, o sólo puede serlo de forma limitada o incompleta.

Reconoce CÁMARA algunos duros ataques a la adquisición *a non domino* en los últimos tiempos (opiniones de REBE en Alemania y de MENGONI en Italia —explicable porque el Código italiano se ha excedido—, y de la jurisprudencia penal francesa), pero dice que esto no es suficiente para creer que se está de vuelta del «sarampión progresista de las tesis germanistas», como cree VALLET; destaca la opinión de la doctrina y jurisprudencia civil francesas; dice que no sabe que se hayan derogado ni el parágrafo 932 del B.G.B. ni el artículo 1.153 del Código italiano, ni conoce ningún texto posterior al de 1974 del Proyecto de Ley uniforme sobre adquisición de muebles corporales que modifique éste, el cual recoge la extrema posición del Código italiano, muy próxima a la regla del Commonn Law.

El acudir a la seguridad del tráfico para justificar la adquisición *a non domino* no puede impugnarse alegando que el destino último de los bienes no es ser objeto de tráfico, sino de disfrute: precisamente por esto el adquirente para disfrute o consumo no debe verse obligado al adquirir, a una *probatio diabolica* al revés. Analiza CÁMARA el principio de seguridad del tráfico en muebles y en inmuebles (haciendo la certera observación de que en esto el Registro ofrece la solución, a condición de que los supuestos de discordancia entre Registro y realidad jurídica sean excepcionales); critica la separación entre el tráfico civil y mercantil en esta materia; reconoce que no puede equipararse la publicidad registral y la posesoria, pero ésta puede cumplir función análoga a la registral respecto a la adquisición *a non domino* en base a la apariencia derivada de la posesión, que no es un hecho de estructura tan opaca como pretende cierto sector doctrinal.

De todas maneras, CÁMARA no está muy conforme con defender la tesis germanista basándose en el principio de seguridad del tráfico porque el artículo 464-1, reducido al supuesto del abuso de confianza (H.w.H.), contribuye a tal seguridad en muy corta medida. Prefiere enfocarlo como un conflicto interpersonal de intereses, en el que la situación de apariencia es en alguna medida imputable al propietario, por lo que debe sufrir las consecuencias (culpa *in eligendo* o *in vigilando*). Rechaza la posición de MENGONI —que ve aquí un caso del moderno «travestimiento» de la culpa del propietario en el criterio de la autorresponsabilidad objetiva— y la inclinación a la solución anglosajona de la *estoppel rule* que mantiene MIQUEL, y pretende introducir a través de la prohibición del *venire contra factum proprium*, porque, como dice DÍEZ PICAZO, es poco seguro que este confuso brocardo sea otra cosa que un residuo histórico que hoy se mantiene por obra de la inercia y de la pereza mental.

Por último, y a pesar de exponer un caso real en el que la teoría anglosajona de la *estoppel rule* hubiese conducido a una solución injusta, mantiene la esperanza de que las opuestas tesis puedan encontrar un punto de coincidencia y no entiende cómo VALLET —que no es ciertamente un positivista— niegue la posibilidad de una relativa aproximación entre las tesis de MIQUEL y CÁMARA.

* * *

Sin duda alguna, la monografía de CÁMARA es una obra meritoria e importante. No obstante, repito que no es conveniente aislarla ni de su ante-

rior trabajo, publicado en la *Revista de Derecho Notarial*, ni del conjunto de los estudios más recientes en torno al artículo 464, y especialmente de los de MIQUEL y VALLET. Si algún reparo cabe oponer al estudio que hemos recensionado es el prurito acaso excesivo de no dejar sin respuesta o contraataque todas y cada una de las argumentaciones de sus contrarios. Este ir cerrando el paso a todos los reparos puestos por MIQUEL y VALLET a la tesis germanista le hace incurrir en el fallo de no buscar la importante ayuda del Derecho comparado o buscarla precisamente en los terrenos que sus contradictores eligieron. Estimamos escaso el apoyo que CÁMARA busca en el Derecho comparado en defensa de su tesis. La fuerza del mismo en la dirección interpretativa propugnada por CÁMARA no se agota con la traída a colación del artículo 2.279 del Code, y menos si las citas de la doctrina francesa e italiana se centran precisamente en las argumentaciones y autores elegidos por MIQUEL, quien en sus salidas al Derecho comparado sabe evitar los terrenos peligrosos para sus posiciones. Tengo la sospecha de que toda la doctrina italiana no estará conforme con ciertas afirmaciones de MENGONI, pero aunque lo estuviese no hay que olvidar que es posible que el 1.153 del Código italiano se haya excedido al regular la adquisición *a non domino*, prescindiendo de los distinguos de la vieja regla H.w.H. Creo que los tres renglones que, en la página 305, dedica CÁMARA a alegar, en defensa de la tesis germanista, que ni el artículo 1.153 del Código italiano ni los párrafos 932 a 935 del B.G.B. han sido derogados, pueden convertirse en un capítulo entero dedicado a desarrollar estos preceptos, las complacencias o rechazos que las respectivas jurisprudencias y doctrinas hayan tenido con los mismos, etc. O es que CÁMARA, como tantos otros, desconfía incomprendiblemente del valor del Derecho comparado como elemento de comprensión y desarrollo del Derecho español o se ha dejado llevar a los terrenos de sus propios contradictores. Si no quiero terciar en la polémica sobre el artículo 464, porque sería un peligroso atrevimiento, menos procede hacer aquí ninguna valoración de la obra de MIQUEL; pero sí quiero destacar que sus referencias a las legislaciones foráneas, prescindiendo del Code, son mínimas, y algunas tan inexplicables como la de estimar innecesario traer a colación el B.G.B., porque no pudo ser tenido en cuenta por nuestro legislador, y el Código italiano actual, por no formular la regla P. V. t., silenciando que no la formula por haberla transformado de brocardo en norma concreta, aclarándola y ampliándola acaso demasiado.

En cuanto al B.G.B., es frecuente olvidar que vino a ser la consagración legislativa de la colosal obra de los pandectistas, que se esforzaron en legitimar la recepción con adornos germánicos, ajustando el Derecho romano a la realidad de la época. Ahora bien, todo comparatismo debe buscar ámbitos más amplios de los que a primera vista parecen necesarios, y así para nuestro tema no es suficiente el análisis de los párrafos 1.006 y 932 a 935, sino que hace falta un ámbito de comparación mayor y, desde luego, toda la normativa de la reivindicatoria, y el párrafo 1.007, que a pesar de sus antecedentes germánicos presenta correlación sistemática con la acción publiciana.

Termino disculpándome por haberme salido en lugar de recensión un largo, monótono y frío resumen del estudio de CÁMARA, quien, insisto, no tiene derecho a abstenerse, en lo sucesivo, en nada referente al artículo 464 y concordantes.

TIRSO CARRETERO

ESPÍN CÁNOVAS, D.; DE LA CÁMARA ALVAREZ, M.; DE PRADA GONZÁLEZ, J. M.²; GARRIDO PALMA, V.; VEGA SALA, F. y CASTAN VÁZQUEZ, J. M.^a: *El nuevo derecho de familia español*. Reus, S. A., Madrid, 1982.

He dicho algunas veces que en las recensiones juegan diversos factores, como pueden ser la importancia del libro, su contenido, la novedad, la autoría, la actualidad del tema, etc. Pues bien, en el presente se conjugan muchos de estos factores, pero quiero destacar ahora el de la actualidad del tema. Dos acontecimientos importantes ha vivido España en el tiempo en que estoy redactando estas notas: las elecciones políticas y la visita del Santo Padre. En las dos ha sido protagonista la familia (no la tribu, ni el clan, ni otros núcleos humanos), utilizándose su conformación y estructura futura como uno de los puntos de los programas electorales y siendo uno de los ejes en los que el Papa se ha apoyado para ejercer su apostolado.

A las puertas de la familia española —como a las de otros países— habían llegado los cuatro jinetes y cada uno quería descargar su fuerza destructiva en forma de nueva legislación: el divorcio, la educación de la prole, el aborto y los hijos extramatrimoniales. La voz del Santo Padre ha debido poner temblores en la conciencia de los que fueron «padres putativos» de la legislación del divorcio, en los que propenden la educación «nacional única» y en aquellos que quieren cometer la cobardía de matar al estilo «etarra» a quien no se puede defender. El cuarto jinete se sentirá menos culpable al lograr un tratamiento igualitario, sobre la base de actos extramatrimoniales.

Hay una serie de consignas en el mundo destinadas al «asalto» de ciertas instituciones tradicionales que suponen impedimentos para logros de mayores y altos vuelos, y es preciso —vistiendo bien el mono— minar, socavar los pilares en que se asientan para que poco a poco vaya desmoronándose. Una de estas instituciones, quizá la más importante, es la familia. Y así como algunos se dedican a asaltar Congresos, otros lo hacen jurídicamente con las instituciones.

De algunas de las materias enunciadas trata la publicación que recensionamos y en la cual aportan sus estudios autores diversos, pero conocidos, muy conocidos de todos, que abren ante nosotros el nuevo panorama creado por la nueva legislación. El principio de igualdad entre cónyuges, ese tuteo jurídico existente entre marido y mujer, junto con el aspecto económico y las bases o principios rectores, suponen diversos estudios que se agrupan en la publicación. La filiación, la patria potestad y los nuevos Juzgados de Familia son los restantes temas que se abordan. Por ello, más que ir desmenuzando, autor por autor, los trabajos de cada uno, creo que podríamos agruparlos por materias y así ofrecérselos al lector.

A. *El régimen económico y el principio de igualdad*

Hemos apuntado que son tres los trabajos que singularmente se refieren al tema señalado, y cuyos autores son ESPÍN CÁNOVAS, GARRIDO DE PALMA y VEGA SALA. Bien es verdad que el primero de ellos enfoca el principio de igualdad no sólo en relación con el régimen económico del matrimonio, sino que le da la gran amplitud que el Código recoge en su reforma de

13 de mayo y 7 de julio de 1981, esto es, en las relaciones personales de los cónyuges, en las relaciones paterno-filiales, en las parentales y en las relaciones tutelares. Con ello, ESPÍN CÁNOVAS ofrece el panorama entero del principio arrancado con la evolución del mismo, las declaraciones universales y los convenios internacionales, así como con la Constitución española.

GARRIDO DE PALMA aborda el tema del régimen económico del matrimonio, demostrando previamente su necesidad, así como planteándose el interrogante del que resulte adecuado de entre los que el legislador brinda. Abre marcha la sociedad de gananciales, con los tres puntos claves del concepto de ganancia, dinámica de la sociedad y las fuentes de la ganancialidad. Con el entramado de derechos y obligaciones que genera el sistema de separación de bienes, se expone el mismo, terminando con el régimen de participación en su problemática general, en su regulación legal y en el juicio crítico que al autor le merece. El estudio termina con uno especial destinado al principio de autonomía de la voluntad y su juego en las capitulaciones matrimoniales y el régimen y relaciones económicas.

Aunque hemos incluido el trabajo de VEGA SALA en este grupo, lo cierto es que su aportación se aparta del aspecto económico, para centrarse en el sistema que adopta nuestro Código, después de la reforma, en orden a la regulación del matrimonio, con sus tres grandes temas de nulidad, separación y disolución. El estudio, que comienza con la promesa del matrimonio, va recorriendo luego los requisitos de capacidad, consentimiento, formas y efectos del matrimonio, y desemboca en los puntos que hemos citado.

B. Filiación, patria potestad y Juzgados de Familia

Los temas citados corren a cargo de MANUEL DE LA CÁMARA, JOSÉ MARÍA PRADA y JOSÉ MARÍA CASTÁN VÁZQUEZ, los cuales, con sus diversos estilos, profundizan en la materia y ofrecen grandes proyecciones en sus diversos enfoques.

La filiación ha sido el tema preferido por DE LA CÁMARA desde su conocido discurso de recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Arranca de la necesidad de la reforma y de los principios que han inspirado la misma en materia de filiación: la distinción entre la matrimonial y la no matrimonial, basándose la determinación de la primera en el principio de la veracidad biológica, y la segunda, en el principio de la investigación de la paternidad. Destacan el principio de la posesión de estado y la supresión del llamado principio de jerarquía entre las filiaciones, poniendo de relieve la discordancia entre el proyecto del Gobierno y el anteproyecto elaborado por la Comisión en materia de adopción. El trabajo, por lo demás, se centra en los criterios legales para la determinación de ambas filiaciones y los efectos que las mismas producen una vez determinadas.

JOSÉ MARÍA PRADA trae a su estudio la patria potestad en la nueva proyección que la reforma impone. A cuatro reduce los principios que «subyacen» en la regulación legal: la patria potestad como consecuencia de la filiación, el principio de igualdad de los padres en su ejercicio, la intervención del hijo en las cuestiones que le afectan y la atribución al Juez de amplias facultades. Expuestos estos principios fundamentales, los temas que se

desarrollan se circunscriben a tres: la titularidad de quien ostenta la patria potestad, según los diversos casos que ofrece (que los padres vivan o no separados); la proyección que la patria potestad tiene en el ámbito patrimonial (representación, administración y disposición de bienes), y los casos y supuestos de extinción de la misma.

Hay en el último tema que cierra la obra toda la gran proyección que la familia ofrece en su problemática ante el campo judicial. JOSÉ MARÍA CASTÁN, con esa tremenda devoción a los temas familiares, aporta un gran trabajo, en el que nos descubre los antecedentes de esta «jurisdicción especializada» del Derecho de familia y su implantación en España. El estudio no sólo destaca la fundamentación de dichos órganos judiciales, sino que se examinan en su naturaleza, organización y competencia (matrimonio, filiación, patria potestad, adopción, tutela y alimentos). Concluye su trabajo con los posibles «medios futuros» a implantar, la especial vocación del Juez de familia (servir a la familia debe ser su función) y unas consideraciones finales. Hay que saludar, en justicia y en humanidad, a estos servidores, que tienen en sus manos problemas tan sensibles que exigen no sólo normativas, sino comprensiones.

La obra se completa con un apéndice, en el que se recoge todo aquello que la Constitución contiene referente a la familia y el texto de reforma del Código Civil, además de la Circular de 2 de junio de 1981 sobre problemas registrales y el proyecto de reforma del Código Civil en materia de tutela.

A los que hemos estudiado mucho sobre el Código Civil en su primitiva versión, se nos hace muy cuesta arriba manejar los nuevos preceptos, que no encajan en aquellas frases y términos tradicionales; de ahí que a esta publicación la encuentre de una gran utilidad para satisfacer esta necesidad imperiosa de «familiarizarnos» con la reforma.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

FRANCO GARCÍA, JOSÉ MARÍA: *El derecho y la reforma agraria*. Universidad de los Andes. Mérida (Venezuela), 1981. Un tomo de 357 páginas.

Bajo el subtítulo de «Ensayos de interpretación jurídico-social del régimen y aprovechamiento de la tierra en América», el autor, profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la citada Universidad venezolana, recopila en este libro diversos trabajos que antes vieron la luz en varias publicaciones o revistas o que fueron presentados en reuniones de estudios profesionales.

Aquí aparecen agrupados tales ensayos en dos grandes partes, que titula «Estudios», unos de Derecho agrario y los otros de Reforma Agraria. En todos ellos late una elevada preocupación social, muy justificada por el entorno suramericano en que el autor se desenvuelve; sabido es que varios países iberoamericanos, en la década de los sesenta, incorporaron a su legislación los principios de la función social de la propiedad, promulgando leyes de Reforma Agraria. Así, Venezuela en 1960, Colombia en 1961 y Brasil, Ecuador y Perú en 1964 han venido a añadirse a otras naciones del con-

tinente que ya mantenían igual ideario, desde que se iniciase en Méjico con la Constitución de Querétaro de 1917.

Vamos a resumir las ideas del profesor FRANCO GARCÍA, aunque advirtiendo de nuevo que algunas de ellas se emiten desde su peculiar óptica, no siempre acomodada al modo de contemplar estos problemas desde Europa.

PRIMERA PARTE: ESTUDIOS DE DERECHO AGRARIO

1. *Definición, autonomía y contenido del Derecho agrario.*—Considerándolo como el conjunto de normas que regulan las relaciones surgidas con motivo del proceso de producción y primera transformación de los bienes vegetales y animales destinados al consumo humano, entiende que el Derecho agrario comprende también la transformación de la propiedad, tenencia y explotación de la tierra. De este modo, el agricultor, convertido en empresario, cumple su función social, que será conducir una explotación eficiente mediante el aprovechamiento de los factores de producción, llevando la gestión empresarial del fundo, con lo que se aumenta la producción y el bienestar social.

El Derecho agrario se encuentra todavía en formación, es nuevo, dinámico y cambiante y, por tanto, complejo. Es síntesis de numerosas normas civiles, administrativas, forestales, fiscales y procesales; es un Derecho proteccionista y tutelar, eminentemente social, cuya autonomía científica es discutida. El Derecho agrario es, según FRANCO GARCÍA, un *ius proprium* que tiene unos principios especiales, aunque éstos no justifican un tratamiento científico autónomo.

En cuanto a su contenido, comprende las normas relativas a la actuación del Estado y de los particulares en materia de desarrollo, aprovechamiento y conservación de los recursos naturales renovados; producción de alimentos y materias primas, con las necesarias transformaciones; el bienestar del habitante rural, y la resolución de los conflictos de los agricultores entre sí y de éstos con el Estado.

2. *La ordenación del territorio y del medio ambiente en el Derecho agrario venezolano.*—Contiene el texto de la comunicación que el autor presentó a las Jornadas Iberoamericanas y Europeas de Derecho Agrario celebradas en Jaca en 1976, que en otra ocasión hemos comentado en estas páginas. En ella se explica la normativa de Venezuela sobre la materia, en especial la conservación de suelos, aguas y especies animales y vegetales, así como la lucha contra la contaminación.

3. *La legalidad de la ocupación de baldíos en Venezuela* es uno de los trabajos en los que trasluce la preocupación social del autor, que antes señalábamos. Comienza diciendo que en varias declaraciones de la FAO (órgano de la ONU para la Agricultura y la Alimentación), se reitera que en Hispanoamérica se da el mayor porcentaje de tierras baldías útiles para la agricultura que actualmente existen en nuestro planeta. O sea, que la mayor parte de las tierras de América del Sur son baldías; por ello urge un régimen jurídico que permita la ocupación y aprovechamiento de las mismas, con lo que se crearía riqueza y prosperidad. El caso venezolano es idéntico y por ello se trata de corregir con dos leyes, la de Tierras Baldías de 1936 y la de Reforma Agraria de 1960, cuyos contenidos al respecto se resumen en este trabajo.

4. *La importancia de las instituciones jurídicas en el desarrollo agrario.*—Para FRANCO GARCÍA, el término desarrollo tiene el triple significado de crecimiento económico, progreso social y estabilidad política. ¿Cuál es el papel de la ley en este desarrollo agrícola? Si responde a satisfacer las necesidades sociales, la ley tiene por objeto facilitar el disfrute humano de los bienes de la existencia.

Y dentro de este marco legal de referencia, se trata de explicar la propiedad privada como institución social. Para ello, sabido es que hay varias teorías: Según el Derecho natural, se deriva de la misma naturaleza de las cosas; según las teorías metafísicas, deriva del ejercicio de la voluntad como acto jurídico que delimita lo mío y lo tuyo; las teorías históricas basan la propiedad en una evolución que arranca de la posesión de las cosas (*corpus*), a la que se une después el *animus*, protegidos por la ley. Finalmente, las teorías sociológicas tratan de demostrar que el derecho de propiedad se ha ido socializando, lo que no quiere decir que se colectivice. Según DUGUIT, esto significa que se deja de pensar en términos de Derecho privado para pensar en términos de función social; que hay una subordinación de los derechos personales individuales y de propiedad a los intereses colectivos; que las limitaciones sociales impedirán que perjudiquen el derecho de los otros que tienen uno similar a disfrutar de la propiedad. De este modo, la propiedad se convierte en una institución social basada en una necesidad económica, dentro de una sociedad organizada según la división de trabajo.

Tras esbozar los diversos caracteres históricos de la tenencia de la tierra en América del Norte y del Sur, tan distintos, enfoca el estudio de las reformas agrarias como expresión de las nuevas tendencias precisas para solucionar los problemas de Hispanoamérica.

Los cambios en las relaciones de tenencia de la tierra han sido facilitados después de la adopción del principio de la función social de la propiedad. Los dogmas económicos sobre productividad y eficiencia y la propaganda política sobre la distribución de la tierra, concentración parcelaria, agricultura individual o de grupo, modificación de la contratación agrícola, etcétera, se han acomodado a los nuevos conceptos que prevalecen en la teoría del Derecho. Así, dice el autor que la verdad es que el primer objetivo de las reformas agrarias en Hispanoamérica no es económico, sino que se han subordinado a los objetivos políticos y sociales.

Dice también FRANCO GARCÍA que a pesar del esfuerzo de los pensadores de la reforma agraria, del continuo conflicto de clases, de las crecientes reclamaciones ante la desigualdad y la concentración de riquezas, es escaso, en general, el cambio obtenido en la distribución de la tierra y cada vez hay más evidencias de lo poco que se ha conseguido.

5. *La titulación jurídica de la propiedad y la reforma agraria.*—Todas las leyes de ámbito social agrario incluyen en su articulado disposiciones concernientes a los títulos de propiedad que los organismos competentes expiden a los nuevos sujetos titulares de este derecho. El autor repasa la Ley de Reforma Agraria de Venezuela enfocando la cuestión de la inscripción de dichos títulos en el Registro de la Propiedad, como institución necesaria para llevarla a cabo y consolidar sus resultados. Así, dice que al Registro debe acudir ante la necesidad previa de conocer con la mayor exactitud la cantidad y calidad de los recursos naturales en tierras con los que cuenta la nación. Dado que el Registro venezolano no es tan efectivo

como el español, el autor lo estudia en relación con el Catastro y pasa revista a los distintos sistemas registrales y a los principios hipotecarios.

Afirma que el Registro de la Propiedad es la máxima institución jurídica para la publicidad, seguridad, garantía y movilidad de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre inmuebles. Dicha institución existe con más o menos rigor en todo el mundo, pudiéndose medir el valor y eficacia de los actos y contratos registrados según se aplique una serie de principios, los hipotecarios, que son el resultado de la sintetización técnica de los ordenamientos jurídicos inmobiliarios.

Termina lamentándose de que en Venezuela no pueda acogerse, como se hace en la mayoría de los países, la nueva resultante de una reforma agraria al Registro de la Propiedad, lo que comportaría una situación de derechos definitivos, ya que en una inscripción de los títulos se proporcionarían las máximas garantías con el mínimo de riesgos.

6. *La agricultura de grupo* es una expresión que viene gozando de éxito creciente. Según el autor, es la actividad agrícola desarrollada colectivamente a través de asociaciones, cooperativas, empresas agrarias y otras formas de explotación en común de la tierra, en gestión predominantemente empresarial, es decir, como actividad económica organizada con la finalidad de actuar en el mercado de bienes y servicios.

Sus ventajas económicas son múltiples: posibilidad de mano de obra especializada, de compras y ventas al por mayor, reducción de gastos, administración más racional, mayor facilidad para obtener créditos, empleo de nuevos métodos de cultivo y posibilidad de organizar la rotación de cosechas para eliminar paros estacionales. Desde el punto de vista jurídico, el autor estudia las clases de empresas de carácter asociativo y sus distintas organizaciones posibles, desde la socialista en sus diversos grados a las fórmulas de los países occidentales o las mixtas, para acabar contemplando especialmente la agricultura de grupo en Venezuela.

La primera parte del libro termina con dos trabajos de ámbito más localizado al referirse casi exclusivamente a cuestiones privativas de la América hispana. El primero, a la Reunión Iberoamericana de Especialistas en Derecho Agrario de Mérida, 1974, trata de la empresa agraria del sector reformado y la nueva estructura jurídica de la agricultura, contemplando el colectivismo agrario en las comunidades tradicionales y en las nuevas. En el último estudio de esta parte, dedicado al Catastro y desarrollo rural, defiende que el Catastro debe constituir el mejor inventario de bienes de la nación si está complementado por el Registro de la Propiedad; el principio inmobiliario de la especialidad, por el que cada finca tiene un folio donde se recoge todo su historial jurídico, exige su actuación en función del Catastro parcelario que describa las características físicas de la finca.

SEGUNDA PARTE: ESTUDIOS DE REFORMA AGRARIA

«*Recursos humanos y desarrollo agrícola*» titula el primer trabajo, en el que se estudia el desarrollo, entendiendo por tal el aumento de todos los recursos disponibles, expresados éstos en términos superiores a los del crecimiento de la población. En el desarrollo agrícola, los términos de población, cantidad y calidad son determinantes del proceso. Según él, la baja productividad, los bajos niveles de empleo y de vida en la agricultura, son

inversamente proporcionales a la calidad de la población campesina y directamente a su cantidad, en la mayor parte del mundo. Para completar su teoría pasa revista a la situación de Europa, donde las aspiraciones del agricultor en materia de ingresos crecen sin que puedan ser satisfechas con un simple aumento de la superficie agrícola, pues no se contenta con más grandes explotaciones, sino que aspira a una paridad de ingresos con otros sectores.

En Hispanoamérica, la distribución de tierra es extremadamente desigual. FRANCO GARCÍA estudia la situación actual agrícola y las reformas agrarias de Venezuela, donde si bien el 20 por 100 de la población activa se dedica a la agricultura, estadísticamente hablando, la verdad es que casi el 40 por 100 es marginal. Para resolver estos problemas se dictó la Ley de Reforma Agraria, que el propio autor califica de utópica, y trata de demostrar su aserto con amplias razones y cuadros estadísticos que muestran sus escasos resultados. Animosamente, dice que el reto de la reforma agraria no ha desaparecido; aunque hayan transcurrido quince años sin cumplirse los objetivos de la ley, no hay que dejarlos de lado, mientras siga habiendo marginalidad en el campo; aunque la ley venezolana sea utópica, de utopías se ha nutrido la historia.

Como complemento del anterior, a continuación se presentan tres trabajos sobre las reformas agrarias de México, Ecuador y Chile; en ellas han influido diversos avatares políticos, que uniéndose a la indudable complejidad del tema han dado al traste casi siempre con los propósitos iniciales.

De las agriculturas económicamente débiles, el autor pasa al polo opuesto al estudiar la tenencia de la tierra y cuestiones agrarias en Estados Unidos. El rápido avance, en la época colonizadora, de la agricultura norteamericana hacia el Oeste no dejó de producir serios efectos en el Este, al quedar vacíos espacios de terreno en Virginia, Pennsylvania y Nueva York, donde centenares de miles de hectáreas de tierras abandonadas sólo se recuperarían al recibir otros destinos. El Derecho agrario en Estados Unidos puede emanar de tres fuentes: las leyes federales, las leyes de cada Estado y las locales, lo que da lugar a una variada y a veces contradictoria normativa. Tras contemplar los que llama contratos de integración vertical en la agricultura, que son atípicos, el autor expone un trabajo empírico llevado a cabo en la Universidad de Wisconsin, llamado «derecho en acción», que propugna la idea de abandonar las bibliotecas y dedicarse al trabajo de recoger datos y evaluar la norma legal en la vida práctica, para saber lo que funciona y lo que no y proceder en consecuencia; debe abandonarse el aislamiento del Derecho para unirse en el trabajo con los científicos sociales.

Como epílogo, se recogen en el libro las *conclusiones sobre propiedad, contratos y reforma agraria* de la Reunión Iberoamericana de Especialistas en Derecho Agrario, celebrada en Mérida el año 1974, bajo los auspicios de la Universidad de los Andes:

— Sobre la propiedad de la tierra, el nuevo concepto comprende limitaciones, derechos y deberes, y se define a través de una serie de principios y normas jurídicas establecidas en las diferentes leyes de reforma agraria.

— Los contratos agrarios deben regularse por el Derecho agrario en función del interés público para proteger a los agricultores, los recursos naturales y la actividad agraria en general, a fin de garantizar el desarrollo.

— De la Administración del Estado y de la Justicia depende que el De-

recho agrario pase a la realidad y se ejecuten efectivamente las ordenaciones de transformación legislativas.

El autor, tal como se proponía, ha conseguido en este libro construir un cuerpo de doctrina coherente en torno al tema de las reformas agrarias en Hispanoamérica, y en especial en Venezuela. Lo jurídico, nos dice, no se ha estudiado mucho últimamente; es necesario ir abriendo brecha sobre la legalidad agraria y en la aplicación práctica de sus enunciados jurídicos, tal como requiere la justicia social en el campo, para la adecuada realización del Derecho.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

GARCÍA GARCÍA, J. M.: *Sentencias comentadas del Tribunal Supremo (Derechos reales e Hipotecario)*. Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Hipotecarios. Madrid, 1982.

El contenido del volumen que recensiono en estas notas es el producto de una constante colaboración comentando, en períodos más o menos fijos, sentencias que van apareciendo en el campo jurídico. Esta labor, que aisladamente tiene el interés del comentario actualizado, cobra dimensión y trascendencia cuando se reúne y con todos los trabajos de varios años —el autor confiesa que diez— se forma un volumen. Me imagino que el primer sorprendido de esa labor es el propio autor al ver cómo ha «cundido» la misma al formar obra y volumen. Utilizo el término «cundir» por ser una expresión muy de ama de casa en ésa su labor de aprovechar el tiempo y administrar el dinero. Y como el autor dedica su obra a su esposa por esas «horas de soledad» a causa de la formación del libro, habrá que aplicar a las mismas la expresión dicha: esas horas de soledad han «cundido» y de ellas ha salido el libro.

La labor del jurista en sus trabajos de investigación y aplicación del Derecho se hace cada vez más difícil, pues aparte del material legislativo que sobre el mismo se vuelca en forma despiadada (como si fuera una excavadora a la que se le abre la boca dentada y deja caer su carga), son muchas las revistas, las publicaciones y los trabajos que es preciso consultar para estar más o menos al día. Si uno se descuida y se sienta en el camino a leer algo que no sea jurídico, corre el gran riesgo de seguir creyendo, pongo por ejemplo, que «la violencia ejercida por un cónyuge sobre otro para obligarle a cambiar de religión» es causa de separación. En auxilio del jurista que trata de ponerse al día o mantenerse al día, la informática va a ser una posible solución; pero como todo adelanto técnico supone siempre un retroceso, según decía DELIBES en su conocido discurso de recepción de la Academia comparando la evolución con el culatazo de la escopeta, vamos a seguir utilizando por ahora los métodos tradicionales. Entre ellos, y ahí es donde reside el valor de esta obra, está la reunión, el compendio, la sistematización y la rápida localización de una materia que uno busca, y que de otra forma exigiría «echar abajo» parte de la biblioteca para buscar el número y la página donde venía el comentario. Ya sé que con unos buenos ficheros se soluciona todo, pero si yo tuviera que hacer ficheros de todo lo que tengo y leo tendría que salir de mi despacho para meter tanta caja. Creo que en eso las revistas (y llamo la

atención a la nuestra) deberían tener sumo cuidado de poner al día, cada cierto número de años, sus índices actualizados. Algunas lo hacen, otras no.

He dicho que el valor de la publicación está en la reunión, y no solamente está ahí, sino al lado de ese valor práctico y de facilidad de manejo en el trabajo, la obra tiene la aportación de unos comentarios críticos que engrandecen el contenido de la sentencia, pues en ellos, aparte del encuadramiento legal de la doctrina que emana de la misma, se aportan orientaciones, confirmaciones o desvíos jurisprudenciales y trabajos doctrinales que brindan nuevas posibilidades al lector para su estructuración jurídica y guía constructiva. Se respetan los «considerandos», se resumen los hechos y se ofrece una cabecera que en forma de resumen engloba el contenido fundamental de la sentencia.

No es éste el lugar para descender al comentario crítico de alguno de los criterios que el autor mantiene en sus trabajos, pues eso nos llevaría a otro volumen y confundiría al lector, al que sólo le basta saber que se le está brindando un elemento de trabajo de primera calidad que será un gran auxilio en su diario decidir. La obra tiene 27 capítulos y dos más en los que se incluyen los últimos comentarios que el autor ha hecho de dos resoluciones de la Dirección General. Los 11 primeros capítulos se están refiriendo a la materia de derechos reales, entre los cuales se tocan las materias de donación, tradición, bienes vacantes, accesión, posesión, propiedad horizontal (quizá la parte más numerosa en sentencia), aguas, comunidad, prodiviso, censos, servidumbres y retractos.

Los capítulos que van desde el 12 al 27 tocan ya problemas de Derecho hipotecario, como son los del urbanismo, fincas, segregación, legitimación, interpretación de inscripciones, certificación registral, fe pública, prescripción, asiento de presentación y recurso gubernativo, hipoteca, prelación de créditos, doble inmatriculación, nulidad de inscripciones, interpretación de poder, bienes privativos, y los dos problemas de las resoluciones citadas.

Creemos que es una buena selección de materias, que el autor irá aumentando a medida que vaya acumulando más comentarios en sucesivos años. La obra, aparte de un índice estructurado de capítulos o sumarial, lleva un índice cronológico de sentencias y otro de conceptos, que facilitan enormemente el manejo de la misma.

Creo, y ya lo he dicho en otras ocasiones, que ofrecer estos trabajos reunidos, aparte de las ventajas que he apuntado, tiene otra trascendencia importante, pues con ellos se prestigia la labor que silenciosamente se realiza dentro del Cuerpo Nacional de Registradores a través de los seminarios, las calificaciones y sus dos grandes portillos publicitarios: la *Revista* y el *Boletín*. Potenciar todo esto es el gran acierto de quien puede y debe hacerlo.

ISÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

RIVOLTA, GIAN-CARLO, M.: *La Società a Responsabilità Limitata*. Vol. XXX, t. I, del «Tratatto di Do. Civile e Commerciale» de Cicu-Messineo-Mengoni. Milàn, Ed. Giuffrè, 1982.

Italia disponía ya de importantes estudios sobre la materia. Destacan nombres como los de NAVARRINI, DE SEMO, ASCARELLI, CASICCIA, CAGNASSO y, sobre todo, el de SANTINI, en su aportación a los *Comentarios al Código*

Civil, de SCIALOJA-BRANCA. Pero la obra que acaba de aparecer merece una especial atención, ya que se trata de la absoluta antítesis de un indigesto estudio repleto de erudición, pero escaso de sistema, directrices, metodología e ideas luminosas. Y en su aspecto comparatista es la viva expresión de lo que debe ser tal ciencia y, a la vez, arte.

El Derecho comercial, sin duda, se encuadra en su configuración genérica en la dimensión del *ius gentium*; pero en el concreto punto de la Sociedad Limitada, institución moderna que usos y legislaciones han hecho objeto de trasplantes permanentes, la manifestación es singularísima. Las rigideces nacionalistas, los *ghetos* jurídicos, la desmoralizadora feudalización, quedan totalmente apartadas, y por ello, aunque la obra de RIVOLTA tiene, como es natural, su constante enfoque en el Derecho positivo de su patria, su estudio se extiende permanentemente a las secundarias variantes que el mismo ofrece en los diversos países inmersos en la denominada civilización occidental, en la que el instrumento es esencialmente único.

Incluso en el ámbito del Registro Mercantil, objeto en España de tensos y baldíos debates en seminarios especializados, que en muchos casos no tienen en cuenta el origen ni la finalidad de la institución, sus consideraciones hacen recordar a ALFRED JAUFFRET y su ponencia sobre *Le Rôle du Droit Comparé en matière de Registre du Commerce* (homenaje a MARC ANGEL, 1975) o a MARIO ROTONDI, que ya en 1932 (II Congreso de Derecho Comparado) proponía un Registro Internacional de Sociedades. Son los orientadores y precursores, con GADEBOIS, DE LA HAYE, COUHIN, WIENER, WEGHMANN, RAULT, THIBIERGE, PISIER y otros, del mundo supranacional que se está tratando de construir paralelamente a la CEE.

El nombre «Sociedad Limitada» es plástico y está consagrado por el uso, pero no resulta expresivo de su característica individualizadora. Más se aproximan a ello, aunque no lo consiguen absolutamente, la denominación portuguesa-brasileña de «Sociedade per quotas de R.L.», la belga de «Société de personnes a R.L.» o la que se propuso en Italia y no prevaleció: «Anonime per quote».

Realmente, la sociedad responde ilimitadamente con su patrimonio; los socios no se ven afectados por responsabilidad alguna; la suya se limita a los bienes aportados o en vías de aportación y a los de sus consocios en méritos de la responsabilidad solidaria que normalmente se establece.

Su origen enlaza con la «private company» inglesa. En ella, la limitación de responsabilidad se alcanza por privilegio o patente real (*chartered company*) o por Ley del Parlamento (*statutory company*), pero con la «Companies Act» de 1844 y su reforma de 1856, cualquier *registered company* disfruta del citado beneficio. La vigente normativa inglesa tiene fecha muy reciente: 1980. Capital mínimo: 50.000 libras.

En Alemania existían singulares entidades de este tipo en el pasado siglo; las sociedades de armadores o *Reederei* y las mineras o *Gewerkschaft* y alguna otra eran de características esencialmente idénticas. Su regulación se va completando y queda perfeccionada en el propio año 1980 con una Novela, que empieza a surtir efectos el primero del siguiente enero, cuyos trazos esenciales merece la pena resaltar: elevación del capital mínimo a 50.000 marcos; posibilidad de que el Juez del Registro examine cantidad y calidad de las aportaciones en orden al objeto social; expreso reconocimiento de la sociedad fundada por una sola persona, lo que permite a cualquier empresario individual limitar su responsabilidad a deter-

minada fracción de su patrimonio; concesión de un amplio e inmediato derecho de información al socio en orden a documentación y marcha de los negocios sociales; regulación detallada de fusiones, absorciones y transformaciones; disciplina especial de la contabilidad.

Austria sigue la pauta que Alemania trazó en 1892 y publica su Ley en 1906. El Imperio comprende las Provincias Vénetas, que posteriormente pasaron a ser italianas y que conocieron antes de 1942 estas sociedades. Algo parecido ocurrió en Francia con Alsacia y Lorena, pues Francia no las reguló hasta 1922, aunque se habla de una opaca y transitoria disposición de 1863. La gran Ley de Sociedades francesa de 1966, las estructura en forma ejemplar. Portugal copió a Alemania en 1901; el Código Civil soviético de 1922 también las reconoce, pero el de 1964 ya ni las menciona.

España, después de una dilatada práctica sin norma, las regula en 1953, y las disposiciones de Holanda y Dinamarca son todavía posteriores: 1971 y 1973. No las conocen Noruega ni Suecia, y aunque ello se dice igualmente de Estados Unidos, no se salvan adecuadamente las diferencias estructurales de índole jurídica.

En Italia aparecen con el Código Mussolini en 1942, cristalización de varios proyectos cuidadosamente elaborados en años anteriores. Tiene en su *constitución* la matriz contractual, a diferencia de lo regulado para otras entidades mercantiles en Alemania, Liechtenstein o la mayor parte de los Estados de EE. UU., tema éste que han expuesto con mucho detalle GRI-SOLI, en obra vertida al español hace pocos años, y algunos de los notables trabajos agrupados bajo el epígrafe *I grandi problemi delle s.p.a. nelle legislazioni vigenti*, que apareció en 1976 bajo el patrocinio de MARTO ROTONDI.

Pero el contrato patrón de la sociedad no es el típico de cambio, considerado durante siglos como el prototipo, sino el plurilateral asociativo, cuyo eje es la finalidad común, y que aunque no considerado por el Código Civil italiano por razón de fechas, tiene tan ilustres doctrinarios como ASCARELLI, SALANDRA, MESSINEO, FERRI, CARLO, AMATUCCI o AULETTA, que señalan las escasas coincidencias disciplinarias entre los citados tipos contractuales.

Un recuerdo a OPPO basta para tener presentes las discusiones sobre si las sociedades capitalistas pueden ser socios de las personalistas. En las limitadas, de naturaleza mixta normalmente, por lo menos en Italia no hay problema. Cualquier entidad, incluso el Estado u otras públicas, puede formar parte de ellas.

El acento personalista no es óbice a la posibilidad de un considerable *poder económico*. Cuando la regulación es adecuada, se prefieren las limitaciones por su mayor intimidad, más fácil vinculación de participaciones, agilidad en convocatorias y asambleas y, como ha destacado SOPRANO, el contacto más directo, personal, entre socios y terceros. Por ello, en Alemania, frente a unas 2.300 anónimas, en la actualidad, aparecen unas 200.000 limitadas. Ello no ocurre en países latinos, meridionales, en los que la ostentación es un factor importante para la elección del tipo anónima.

En la mayoría de las legislaciones se establece *capital* mínimo. En Suiza, mínimo y máximo; en España, sólo este último. Pero el capital, que es el que interesa distinguir a terceros y cuyas alteraciones o indicios de anormalidades son perfectamente publicables en el Registro Mercantil como publicidad-noticia, es valor abstracto, cuya fundamental importancia apa-

rece en la delimitación de los derechos de los socios. Por ello, ciertas normativas tratan de evitar fraudes en las aportaciones; controlan las realizadas en efectivo; imponen solidaridades y mediante revisiones o peritaciones procuran eliminar en las *in natura* las hipervaloraciones, las aportaciones de cielo azul. Ciertamente es que los controles exteriores son escasos y la efectividad siempre mínima.

Con muchos otros países, Italia no reconoce validez a las aportaciones de servicios o técnicas, *know-how*, y otros conceptos que, como dice RIVOLTA, aparecen expresados en el artículo 2.345 del Código Civil con *pignoleria*, o sea, avaricia; el precepto, propio de anónimas, se aplica supletoriamente a las limitadas. No obstante, tales prestaciones accesorias pueden incorporarse a títulos sin relación con el capital social.

La *forma* fue tema objeto de controversias. La solemnidad, el acto público, notarial, parecía oponerse al documento privado, legitimado o ratificado, que admiten varias legislaciones. Pero a partir de la modificación del Código Civil de 1969, las dudas han desaparecido y la forma solemne ha prevalecido. Y aunque se acostumbra a distinguir entre acto constitutivo y normas de la institución, escritura y estatutos, lo cierto es que se reputa un conjunto acoplado, un todo unitario.

En cuanto al *objeto*, como dice AULETTA, hay que distinguir el objeto del contrato social; este último es la causa, no el objeto del contrato. El objeto de la sociedad sirve para determinar los actos que comprende el giro y tráfico, o sea, las facultades de los administradores, pero siempre en el orden interno; frente a terceros no procede la excepción de excedencia del objeto, salvo mala fe manifiesta. Las tendencias a eliminar limitaciones estatutarias, enmarcándolas en simples responsabilidades de la administración frente a los socios, son muy fuertes. La directiva de la CEE, primera en orden relativa a sociedades, es el máximo exponente de ella. El cambio de objeto puede dar lugar a la separación, a la reducción por exuberancia de capital o a la disolución de la sociedad por imposibilidad de alcanzarlo. Pero, hay que resaltarlo, es elemento interior, juega sólo entre socios.

El símbolo *cuota* o participación no coincide exactamente con la condición de socio; más bien es la medida de sus aspectos positivo y negativo. Aunque los Estatutos pueden imponerla, no es preceptiva la igualdad de las participaciones, que además son susceptibles de fraccionamiento, sobre todo en casos de enajenación *inter vivos* o *mortis causa*, siendo de advertir que en Italia no hay número máximo de socios en esta clase de sociedades. Más discutible es la posibilidad de cuotas privilegiadas, que RIVOLTA estima inconcebibles sin las correspondientes Asambleas especiales, pero que admiten varios estudiosos. Lo propio ocurre con las «cuotas de goce».

El concepto y *naturaleza jurídica* de la cuota es tema cardinal en comunidades, sean o no de índole sucesoria. Se efectúa un análisis profundo, casi apasionado, del tema, examinándose con detalle si la cuota es expresión numérica de la participación de un socio; su contenido activo y pasivo; si es determinativa de la parte correspondiente en el patrimonio de liquidación o representativa de la posición jurídica del titular en relación con otros socios; si es derecho real, personal, bien inmaterial, derecho corporativo o posición contractual.

El artículo 14 de nuestra Ley de S. A. contiene una disposición no reproducida en la de Limitadas: la prohibición de transmitir acciones antes

de terminar el proceso constitucional, o sea, la inscripción en el Registro. Pero muchos son los autores italianos que aplican como supletoria a las Limitadas tal criterio, extensión que fundan en la analogía. SALANDRA, GRAZIANI, BRUNETTI, OPPO, GIANASTASIO y otros reputan debilísimos los argumentos que propugnan la asimilación; a su juicio, no existen obstáculos de orden lógico ni sistemático para impedir tal transmisión en una legislación que admite sin dificultades la transferencia de bienes futuros. La cuota social podrá no ser tal antes de la inscripción registral, pero es «algo» sustantivo. La sanción de nulidad parece lógica al ser referida a unos títulos originariamente programados para ser al portador, aunque posteriormente tal naturaleza haya quedado desvirtuada; pero parece ilógico aplicarla a bienes cuya titularidad consta perfectamente determinada.

No es cuestión pacífica el que la transmisión de la cuota pueda englobarse en la figura denominada «cesión del contrato». Si este aspecto del contrato plurilateral tiene algo de sinalagmático, siempre es muy diverso del sinalagma corriente.

No se establecen *formalidades* especiales para la transmisión de cuotas; puede presentarse el oportuno contrato a la sociedad para que lo registre en el Libro Social, pero basta una simple instancia no justificada para efectuar en el mismo la oportuna alteración.

Las participaciones, que pueden ser o no totalmente desembolsadas, no son transmisibles tampoco en Derecho italiano hasta que no se haya practicado la oportuna revisión del valor de las aportaciones *in natura* que han motivado la adjudicación. Pero el punto candente es la posibilidad de *prohibir absolutamente su transmisión «inter vivos»*, salvo aprobación unánime. La norma permite la transmisibilidad «salvo pacto contrario», y en esto se basa la interpretación referida. Pero son muchos los tratadistas, capitaneados por GALGANO, que dirigen las más acerbas críticas a la tesis: el participe queda convertido en un virtual prisionero de su cuota y ni siquiera le queda el recurso de liberarse de tal servidumbre perpetua —en el caso de sociedades sin plazo— ejercitando la oportuna denuncia o derecho de separación que se concede a los titulares de derechos sociales en sociedades personalistas. Es indudable que las tendencias son opuestas al criterio prohibitivo.

Anotemos que en Italia las Limitadas no pueden *emitir obligaciones*.

Por lo que se refiere a *órganos*, son indispensables Asamblea y Administración, pero no Colegio Sindical, obligatorio en Anónimas. La convocatoria de Asambleas se regula supletoriamente: cartas certificadas con acuse de recibo expedidas, por lo menos, con ocho días de antelación a la fecha de su celebración y recibidas cinco días antes. El contenido de la convocatoria debe indicar, como mínimo, día, hora y lugar de la celebración y orden del día. No hay quórums de asistencia o constitución, pero los acuerdos en las ordinarias requieren mayoría de capital y dos tercios las extraordinarias.

La Administración tiene práctica libertad de modalidades, pero los administradores iniciales no pueden tener una duración superior a tres años.

Sin duda alguna podrían detallarse otras disposiciones algo diversas de las españolas, pero carecen de excesivo interés. En muchos casos se efectúan remisiones a las normas de las sociedades por acciones como supletorias.

Digamos, para terminar, que la *constitución* es un procedimiento integrado por diversos momentos o actos que difieren bastante de los nuestros.

De entre ellos merece destacarse la homologación, control judicial equivalente a la calificación, que en España corre a cargo de los Registradores Mercantiles; que, con sus criterios fundamentalmente hipotecarios, no distinguen excesivamente la publicidad constitutiva, la declarativa o frente a terceros y la simple publicidad-noticia que para los terceros puede ser fundamental. La relación de préstamos obtenidos por una entidad puede evitar que muchas personas pasen a integrar una masa concursal; la relación de un patrimonio es indicio de solvencia; en transformaciones y fusiones parece esencial el conocimiento de balances y relaciones valorativas y no simples «resultados» de balances, como preceptúa nuestro Reglamento registral.

En Italia se han discutido mucho los *límites de la calificación*: si se trata de un control meramente formal o sustantivo, y dentro de cada grupo las interpretaciones en orden a la extensión son muy dispares. La casi única conclusión unánime es la de que el Tribunal puede conceder o rechazar la homologación, y en el primer caso ordenar la registración, pero no imponer modificaciones al acto fundacional. En caso de modificación estatutaria, aunque hay homologación, el asiento registral ya no es constitutivo, sino simplemente oponible a terceros, a los que frecuentemente su contenido carece de interés.

Como es natural, en materia de homologación Italia cuenta con prestigiosísimos tratadistas, que compensaban las deficiencias de su registro, actualmente en estadio de total modernización. Los nombres de GIACCARDI MARMO, ABGELICI, BOCCHINI, BORGIOI y PAVONE LA ROSA, autor de un monumental estudio en 1954, desbordado, en parte, por nuevas orientaciones, son vivo ejemplo de ello.

* * *

Una acotación marginal merece la nueva fórmula social que se está planteando en Inglaterra para los «Small Business», que se centra entre la *partnership* y la *limited private company*, con socios cuyo número no podrá exceder de 20 y todos ellos participando en la administración, con capital mínimo, pero todavía sin aceptar la fundación unipersonal. Se las quiere aproximar a la «Company Limited by Guarantee».

* * *

Al concluir estas notas acuden a la mente un tropel de evocaciones y recuerdos, deseos y aspiraciones. Pero hay que limitarse a contrastar los juristas que aun siendo expertos profesionales no consiguen elevarse del estricto ámbito exegético y viven prisioneros de aduanas reglamentarias y aquellos que, con especial sensibilidad, han comprendido la grandeza de su misión en este mundo pluralista, pero con necesidades y soluciones fundamentalmente unitarias.

Reflejo de ello, y contraste, es el constante movimiento unitario, y no sólo en la esfera de las Convenciones internacionales, sino en el ambiente universitario, que, como en el medioevo, comprende la unidad del Derecho privado, ciencia y norma común, frente a la multiplicidad de la ley local. No son sólo instituciones, como el Unidroit o el Instituto Europeo de la Abadía de Fiesole, sino las constantes actuaciones de Universidades, como

las de Florencia, Roma, Sassari, Lovaina, Bruselas, Luxemburgo, Estrasburgo o Sarrebruck. Frente a ello nuestro panorama nacional es, más que desolador, deprimente. La proliferación de órganos legislativos amenaza con provocar una verdadera orgía normativa. Un festival de «rock-jurídico».

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ