

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LIX ◉ Marzo-Abril 1983 ◉ Núm. 555

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 Carifianos.

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

SUMARIO

Págs.

ESTUDIOS:

«Inscripción de bienes de ausentes, de los cónyuges y de la sociedad conyugal», por PEDRO AVILA ALVAREZ	273
«La publicidad inmobiliaria en la ordenación del territorio», por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS y JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ	313
«Aspectos registrales de las concesiones de puertos», por CAYETANO UTRERA RAVASSA	345
«Aspectos registrales de las parcelaciones y reparcelaciones», por EDUARDO PÉREZ PASCUAL	393

VIDA JURIDICA:

«Explotación familiar y agricultores jóvenes: Estudio de la Ley de 24-XII-81»	415
---	-----

JURISPRUDENCIA:

Resoluciones y Sentencias:

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por JUAN MANUEL REY PORTOLÉS	447
II. Sentencias del Tribunal Supremo:	
I. Jurisprudencia civil, por JORGE SALAZAR GARCÍA, CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ, JOSÉ CERDÁ GIMENO y FRANCISCO CASTRO LUCINI	469

LIBROS:

«Explotaciones familiares agrarias y agricultores jóvenes», de JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS y otros, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	527
«El derecho a la intimidad», de D. FERREIRA RUBIO, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ	531

«Derecho Administrativo. Aguas, montes, minas», de AURELIO GUAITA, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	534
«El nuevo Derecho de familia», de L. MARTÍNEZ CALCERRADA, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ	540
«Introduzione al Diritto della cività europea», de TITO RAVÀ, por JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ	542
«Transfer of Land in Victoria», de STANLEY ROBINSON, por ANTONIO MORO SERRANO	547

ESTUDIOS

Inscripción de bienes de ausentes, de los conyuges y de la sociedad conyugal ⁽¹⁾

La Reforma del Reglamento Hipotecario ha dejado intocado el epígrafe que encabeza los artículos 89 a 96, quizá porque a pesar de su escaso tecnicismo todos sabemos a qué se refiere. En efecto: se establecen en dicho articulado un conjunto de normas dedicadas a determinar la repercusión de la situación de ausencia en que puede encontrarse el titular registral, la influencia del estado matrimonial en las reglas generales que regulan la inscripción de bienes en el Registro, las reglas especiales que han de tenerse en cuenta cuando el acogido o que se acoge al Registro se halla sometido (por el matrimonio, como es natural) a un régimen económico matrimonial, y a desarrollar registralmente concretas normas civiles de tal régimen.

Los citados artículos han venido a sustituir, con muy diferente doctrina en algunos de ellos, a los artículos 91 a 96 de la redacción del Reglamento anterior a la Reforma que nos ocupa.

ARTICULO 89

Texto vigente

Los documentos inscribibles relativos a actos y contratos en que estén interesadas personas que hubiesen desaparecido de su domicilio o del lugar de su última residencia, sin saberse su paradero y sin dejar apoderado con facultad de administración de todos sus bienes, deberán otorgarse

(1) El presente trabajo forma parte de mi libro en preparación *Comentarios a la Reforma Hipotecaria de 1982*.

por el representante nombrado al efecto a instancia de parte legítima o del Ministerio Fiscal, con arreglo a los artículos 181 y siguientes del Código Civil.

En la inscripción de bienes que acrezcan a los coherederos o colegatarios de un ausente o que se practiquen a favor de persona con derecho a reclamar la parte de aquél, y en las de los bienes del declarado fallecido realizadas a favor de sus herederos, se hará constar que quedan sujetos a lo que disponen los artículos 191 y 192 del Código Civil o 196, 2, del mismo cuerpo legal, según proceda.

COMENTARIO

La regulación de la ausencia, mejor dicho, de las repercusiones registrales o hipotecarias de la ausencia, era en el Reglamento Hipotecario harto raquítica: el artículo 91 había olvidado la declaración de fallecimiento y había mezclado en el primer párrafo la ausencia de hecho o presunta con la ausencia legal, mediante una redacción ambigua y descomprometida.

A) El primer párrafo decía (y dice, puesto que en el nuevo art. 89 no se ha modificado) algo no rigurosamente exacto, a saber: que para que puedan inscribirse los documentos a que se refiere han de haber sido otorgados por el representante nombrado judicialmente al ausente, siendo así que también son inscribibles los otorgados por un apoderado singular del ausente o por este mismo antes o después de su desaparición, y que acaso no sean inscribibles siempre los otorgados por ese representante judicial si es el defensor a que se refiere el artículo 181 del Código Civil. Y decimos «acaso» porque nos parece aventurado, si consta ya en el Registro, por inscripciones anteriores, la desaparición del titular registral, admitir los actos realizados por el defensor judicial una vez transcurrido el plazo de tres años a que se refiere el artículo 183, en lugar de los realizados por el representante del artículo 184 del Código Civil.

El artículo 91 (antiguo) debió distinguir ambos períodos y los representantes del ausente en cada uno de ellos (el defensor en el primero, y el representante legítimo o el dativo en el segundo), pero se conformó con citar sin más distinciones los artículos 181 y siguientes. Uno y otro representantes tienen distintas facultades («los negocios que no admitan demora sin perjuicio grave», el primero, y las del art. 186, el segundo). Bien es verdad que en uno y otro caso el Registrador habrá de calificar no la urgencia ni la necesidad o utilidad, sino la congruencia del acto

con la resolución judicial que lo permita; pero el Reglamento podía haber dado un apoyo al Registrador para su calificación.

B) El párrafo 2.º del artículo 89 (que sustituye al párrafo 2.º del artículo 91) ha quedado más completo, pues el anterior no tenía en cuenta:

1.º Que en el mismo caso que los coherederos están los colegatarios del ausente.

2.º Que igualmente han de reservar los bienes que se les adjudiquen aquellas personas que tengan «derecho propio para reclamar» la parte hereditaria que correspondiera al ausente, que no serán otros que los que hubieran de heredar en representación (hereditaria) del ausente, cuya citación en el precepto reglamentario era más necesaria al no aludir a ellos el último párrafo del artículo 192 del Código Civil por un descuido inaplicable.

3.º Que los herederos del ausente no pueden disponer de los bienes a título gratuito hasta cinco años después de la declaración del fallecimiento, por decretarlo así el artículo 196 del Código Civil.

Bien es verdad que todas estas reservas y limitaciones tienen una publicidad legal que pudiera excusar la del Registro, puesto que en éste ya constaran las circunstancias de la adquisición; pero es evidente que haciendo constar en la inscripción unas y otras, aunque sólo sea mediante la cita de los artículos pertinentes del Código Civil, es más difícil que pasen inadvertidas (dado que se trata de situaciones más bien poco frecuentes) para el que consulte el Registro e incluso para el Registrador que haya de calificar los actos posteriores.

ARTICULO 90

Texto vigente

1. Los bienes que con arreglo al Derecho foral o especial aplicable correspondan a una comunidad matrimonial, se inscribirán a nombre del cónyuge o de los cónyuges adquirentes, expresándose, cuando proceda, el carácter común y, en su caso, la denominación que aquélla tenga.

Si los bienes estuvieren inscritos a favor de uno de los cónyuges y procediera legalmente, de acuerdo con la naturaleza del régimen matrimonial, la incorporación o integración de los mismos a la comunidad, podrá hacerse constar esta circunstancia por nota marginal.

2. Los bienes adquiridos por ambos cónyuges, sujetos a cualquier

régimen de separación o participación, se inscribirán a nombre de uno y otro, en la proporción indivisa en que adquieran conforme al artículo 54 de este Reglamento.

3. Si el régimen económico-matrimonial vigente fuera el de participación se hará constar el consentimiento del cónyuge del disponente si resultare del título y la disposición fuera a título gratuito.

COMENTARIO

Art. 90, 1

Este apartado viene a regular la forma de practicar dos clases de operaciones: 1.^a La inscripción de las adquisiciones de bienes que «correspondan a una comunidad matrimonial» regida por el Derecho foral o especial; 2.^a La constatación registral de la transformación en comunes de los bienes privativos de un cónyuge.

Esta distinción no aparecía clara en el artículo 92 antiguo, que en su párrafo 1 parecía permitir que bienes inscritos como comunes se inscribieran otra vez a nombre de ambos cónyuges como propios de ellos, y en el 2 no aclaraba cuál era esa circunstancia que había de hacerse constar por nota marginal. Nos parece que el nuevo artículo mejora considerablemente su precedente. Veamos aquellas dos clases de operaciones:

1) Inscripción de adquisiciones de bienes.

Parte el artículo de que los bienes que se adquieran por uno o por los dos cónyuges correspondan a una comunidad matrimonial en virtud de lo dispuesto en el Derecho foral o especial. Pero aquí habrá que incluir también las comunidades matrimoniales pactadas en territorios de Derecho común cuando los cónyuges o futuros cónyuges declaren aplicable a su matrimonio alguna comunidad foral e incluso cuando sin tal remisión establezcan una comunicación de bienes absoluta o al menos comprensiva de los bienes inmuebles. Y esto no ya por aplicación analógica del artículo 90. 1. sino también porque tal comunicación estará incluida en el inciso final del artículo 7 del Reglamento Hipotecario.

Y establece una norma análoga a la que luego aplica a la inscripción de los bienes gananciales: no se inscriben a nombre de la comunidad (que no tiene personalidad) ni a nombre de ambos cónyuges (uno de los cuales puede no ser parte en el contrato transmisivo), como indicaba el artículo 92 antiguo, sino a nombre del adquirente (o adquirentes, en su caso), pero con la indicación del carácter de comunes, cuya indicación permitirá al Registrador exigir en la posterior enajenación o grava-

men los consentimientos o requisitos establecidos en la Ley o pacto reguladores.

Ahora bien: esa indicación de que se trata de bienes comunes ha de hacerse —dice el precepto— «cuando proceda». ¿Es que, por definición, no procede siempre? Si se trata de bienes que corresponden a una comunidad es que son... comunes, por lo que no entendemos esa salvedad.

Sí entendemos la otra: la expresión «en su caso» de la denominación de la comunidad, porque puede suceder que se trate de una comunidad no acuñada por la Ley o costumbre.

2) Transformación del carácter de los bienes.

Aquí, en el segundo párrafo de este apartado 1 del artículo 90, a diferencia de lo que ocurría en el artículo 92 antiguo, está perfectamente claro el fenómeno que se produce o puede producirse (la incorporación o integración en la comunidad de los bienes inscritos como propios de un cónyuge) y el asiento practicable (nota marginal). Y no es necesario indicar que éste se practicará en virtud de haberse acreditado la aplicabilidad al caso de la Ley que regule la comunidad o la existencia del pacto o capitulación que la establezca entre los esposos.

Art. 90 (2 y 3)

A) A primera vista resulta chocante que el Reglamento Hipotecario solamente dedique una «mención» al régimen económico matrimonial de separación, precisamente en el artículo que ahora comentamos, frente a los diez que le dedica el Código Civil en su Título III del Libro IV. Pero la mención no es tan insignificante porque la cita del artículo 54 y... el silencio reglamentario pueden ayudarnos en la solución de algunos problemas que la regulación civil plantea.

Según el artículo 90, 2, las adquisiciones «por ambos conyuges (en)... régimen de separación... se inscribirán a nombre de uno y otro, en la proporción indivisa en que adquieran conforme al artículo 54 de este Reglamento». Pero dado el artículo 1.441 del Código Civil, ¿habrá de seguirse la regla del artículo 90, 2, aun en el caso de que no se acredite (ni siquiera se alegue) que el precio pertenece a ambos en la proporción en que adquieran? Creemos que sí, en primer lugar porque el artículo 90, 2, no establece excepción alguna; y en segundo lugar porque si la pertenencia del precio hubiera de determinar la titularidad del bien adquirido, el Reglamento Hipotecario habría distinguido, como en el régimen de la sociedad de gananciales, según que la desigual pertenencia

del precio fuera acreditada documentalmente por los cónyuges o fuese simplemente confesada por ellos.

Además, de no seguirse esta interpretación, en el caso de que uno de los cónyuges adquiriera la totalidad del bien, habría que seguir la misma tónica y no podría inscribirse la adquisición a su nombre exclusivamente mientras no acreditara la pertenencia privativa del dinero entregado como precio o el otro cónyuge no confesara tal pertenencia, y esto no tiene apoyo en precepto legal ni reglamentario alguno.

Es verdad que la confesión que regula el artículo 1.324 del Código Civil es aplicable a toda clase de regímenes conyugales y, por tanto, también al de separación; pero tal confesión sólo puede aplicarse a los bienes de que se carece de título (formal) y no al inmueble que se adquiere por uno de los cónyuges que pertenecerá a éste y se inscribirá a su nombre, sin perjuicio de que pueda discutirse la causa de que el precio entrara en su patrimonio para invertirlo en la adquisición del inmueble.

No sabemos si encajará en estos Comentarios comentar... el silencio de este artículo 90, 2, respecto al alcance hipotecario (es decir, los efectos respecto a tercero) de la presunción del artículo 1.442 del Código Civil de que en el régimen de separación los bienes adquiridos a título oneroso por un cónyuge en determinado tiempo han sido donados en su mitad por el otro cónyuge si éste es declarado en concurso o quiebra y salvo prueba en contrario. Tal silencio quizá sea intencionado, pues los aludidos efectos deben regirse por los principios generales hipotecarios: si se trata presuntivamente de una donación, el «donatario» (es decir, el cónyuge del concursado o quebrado) no está protegido por la fe pública registral frente a los acreedores del otro cónyuge; pero la acción rescisoria de la donación que ejerciten los acreedores se detendrá no ya ante el tercer adquirente inscrito del presunto donatario (que, téngase en cuenta, no es el declarado en concurso o quiebra), sino ante cualquier tercero en cuyo poder se halle el bien siempre que no hubiese procedido de mala fe (artículo 1.295 CC). Y esto ocurrirá así aunque el artículo 90 no lo diga.

B) Al nuevo régimen de participación dedica el Reglamento la misma «mención» del artículo 90, 2, para el régimen de separación, y además el apartado 3 del mismo artículo, que por cierto parece redactado al revés, es decir, terminando por donde debía empezar, o al menos de forma imprecisa, porque no se sabe si se refiere al régimen matrimonial de los disponentes o al de los adquirentes, y sólo estando al tanto de lo dispuesto en el artículo 1.433 del Código Civil puede completarse el precepto reglamentario. Nosotros entendemos que lo que quiso y debió decir es lo siguiente:

En la inscripción de los actos de disposición efectuados a título gratuito por un cónyuge cuyo régimen económico matrimonial sea el de participación se hará constar el consentimiento del otro cónyuge para la disposición, si resultare del título. La falta de tal consentimiento, en su caso, no se hará constar en la inscripción.

Como es sabido, el Código Civil, ante la posibilidad de que un cónyuge vaya disminuyendo su patrimonio para impedir en su día la efectividad del crédito de participación contra él (2), permite que el otro cónyuge impugne las enajenaciones hechas a título gratuito, siempre que el cónyuge acreedor no hubiera prestado su consentimiento a la enajenación y no hubiese bienes en el patrimonio deudor. Esas acciones de impugnación no se dan «contra los adquirentes a título oneroso y de buena fe» (artículo 1.434 CC), y creemos que la buena fe no desaparece por el conocimiento que el adquirente del donatario tenga de que falta el consentimiento del cónyuge del donante, porque habrían de cumplirse otras dos condiciones para que naciera la facultad de impugnar: que no hubiera bienes en el patrimonio deudor y que no hubieran transcurrido dos años desde la extinción del régimen; y el Registro no puede informar al que pretenda adquirir durante la vigencia del régimen si en su día existirán o no bienes en el patrimonio deudor, y después de extinguido, si han transcurrido o no dichos dos años.

Por consiguiente, si en la donación por un cónyuge no consta el consentimiento del otro, ninguna finalidad tiene hacer constar en la inscripción tal falta. En cambio, si en la escritura de donación el cónyuge del donante presta, más que su consentimiento, su conformidad con que la donación se realice, ningún inconveniente hay en hacerlo constar así en la inscripción: al contrario, tal constancia puede evitar dificultades en su día.

A esta filosofía responde el artículo 90, 3, del Reglamento Hipotecario, en el que no hubiera sobrado, para su mejor inteligencia, una alusión al artículo 1.433 del Código Civil.

ARTICULO 91

Texto vigente

1. Cualquiera que sea el régimen económico del matrimonio para la inscripción del acto de disposición que recaiga sobre inmueble que constituya la vivienda habitual de la familia, deberá constar el consenti-

(2) O incluso sin esa finalidad.

miento del otro cónyuge, a no ser que se justifique que no tiene tal carácter o que el disponente lo manifestare así.

2. El posterior destino a vivienda familiar de la comprada a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad no alterará la inscripción a favor de éste, si bien en las notas marginales en las que se hagan constar con posterioridad los pagos a cuenta del precio aplazado se especificará el carácter ganancial o privativo del dinero entregado.

3. La determinación de la cuota indivisa de la vivienda familiar habitual que haya de tener carácter ganancial, en aplicación del artículo 1.357, 2, del Código Civil, requerirá el consentimiento de ambos cónyuges, y se practicará mediante nota marginal.

COMENTARIO

Art. 91, 1

A) Este precepto viene a «reglamentar» el artículo 1.320 del Código Civil, referente a la disposición del inmueble privativo de un cónyuge que constituya, mejor dicho, que pueda constituir (por sus condiciones físicas) la vivienda habitual de la familia del disponente. Y cabe anotar en su haber dos notas positivas:

1.^a El adquirente de un inmueble privativo de un cónyuge que pueda constituir vivienda habitual de la familia del disponente, si no exige y obtiene el consentimiento del otro cónyuge (o autorización judicial) para la disposición y el inmueble resulta ser efectivamente vivienda habitual familiar, puede ver anulada su adquisición por este otro cónyuge con arreglo al artículo 1.322 del Código Civil. Si no obtiene tal consentimiento (o autorización) sólo puede tener seguridad en la adquisición (supuesta su buena fe) mediante la declaración del transmitente de que no se trata de vivienda habitual familiar; y mediante tal declaración la seguridad es plena, puesto que el posible error o la posible falsedad de la declaración no le perjudican. Tal es la doctrina que se deriva del artículo 1.320, y ante ella el Reglamento Hipotecario, acertadamente, para impedir la inscripción de actos anulables, exige en el caso de que se trata: o el consentimiento del otro cónyuge o la manifestación del disponente de que el inmueble objeto de la disposición no constituye vivienda de la clase dicha y repetida.

2.^a Puede suceder que habiéndose omitido en el documento en que conste la disposición la declaración del disponente respecto al carácter del

inmueble, no sea posible, o al menos fácil, por ausencia o incapacidad sobrevenida o por cualquier otra causa, obtener tal declaración. Y ante esta posibilidad el precepto que comentamos permite la inscripción siempre que se justifique que el inmueble no tiene el carácter de que se trata.

B) Por lo demás, queda claro después de este precepto:

- Que quedan comprendidas en él la transmisión del usufructo, la de la nuda propiedad y la de una parte indivisa del inmueble.
- Que al exigirse que se demuestre o declare que el inmueble no es vivienda habitual de la familia no basta que el declarante consigne que el inmueble no es vivienda habitual *suya*, ni que declare como *suyo* otro domicilio distinto ni que se *deduzca* del documento que la familia habita en otro, ya que con cualquiera de estos subterfugios puede ocultarse la disposición de inmueble que verdaderamente sea vivienda familiar habitual.

C) Pero tanto la demostración o justificación como la declaración del disponente ofrecen unos problemas que queremos considerar:

a) Justificación.

a') No se señala por el artículo 91, 1, el medio o medios de prueba idóneos para esa justificación, por lo que creemos que siguiendo los principios generales deben rechazarse a estos efectos los documentos privados y las declaraciones testificales, debiendo en cambio admitirse el acta notarial de notoriedad, que en la mayoría de los casos será el medio más cómodo, práctico y fácil.

b') Tampoco se indica si el carácter de «no vivienda habitual familiar» ha de referirse al momento de la disposición o puede referirse al momento en que se hace la justificación (que pueden estar distanciados en el tiempo). Creemos que ha de excluirse esta segunda posibilidad porque aunque en este segundo momento el inmueble no fuera ya vivienda habitual de la familia, si lo era en el momento de la disposición ya se habría producido la causa de la nulidad y podría ejercitarse la acción por el cónyuge cuyo consentimiento se omitió (o sus herederos) mientras no haya transcurrido el plazo del artículo 1.301 del Código Civil.

b) Declaración del disponente.

Forma y tiempo son también aquí los puntos que quedan sin regular. En cuanto al tiempo, lo normal es que sea simultánea con la disposición, si bien nada obsta a que se produzca con posterioridad, pero referida, por

lo antes dicho, al momento de la disposición. En cuanto a la forma, ha de ser la pública, por aplicación de los principios generales y con el fin de comprometer más la responsabilidad del declarante: claro que si se trata de documento privado de disposición en el que consta la declaración, con la elevación de aquél a escritura pública ya se llena la forma pública sin necesidad de reiteración, a menos que ésta venga exigida por la separación temporal de ambas formas documentales de la disposición.

D) Por último, cabe señalar en el precepto que comentamos algunos defectos de redacción que pueden, no obstante, salvarse con buena voluntad. Por ejemplo:

1) Habla de «consentimiento del otro cónyuge» cuando no ha hablado de la disposición del «uno».

2) Se refiere a inmueble que «*constituya* vivienda habitual de la familia» y, sin embargo, permite declarar o justificar que no tiene tal carácter.

3) No dice que el inmueble haya de ser privativo, con lo cual parece que también se refiere a inmueble ganancial. Es decir, que en los casos de los artículos 1.387 a 1.389 también se necesitaría el consentimiento del cónyuge del disponente.

4) Omite la posibilidad de que este consentimiento sea suplido por la autorización judicial.

Estos defectos habrá que corregirlos, según nuestro criterio, así:

El primero, sustituyendo la expresión «otro cónyuge» por la de «cónyuge del disponente».

El segundo, entendiendo que el precepto es aplicable cuando el inmueble «*pueda constituir* la vivienda habitual de la familia» (por no ser solar, ni finca rústica sin casa, ni local de negocio, etc.), porque si efectivamente lo constituyera no cabría más que obtener el consentimiento del cónyuge.

Y el tercero y cuarto, dando por supuesto que el precepto no es aplicable más que a los bienes privativos y que el consentimiento del cónyuge podrá ser suplido por la autorización judicial al amparo del artículo 1.320 del Código Civil.

Art. 91 (2 y 3)

Nuestra inteligencia de estos dos apartados se deduce de lo que exponemos a continuación:

En la Reforma del Código Civil de 1981 vino a establecerse que el inmueble adquirido por uno de los cónyuges (antes o después del matrimonio, pero antes del comienzo de la sociedad de gananciales) que se dedique posteriormente a vivienda de la familia del adquirente *corresponderá*, si el precio aplazado se paga con dinero ganancial en parte, a la sociedad de gananciales en una cuota indivisa proporcional a la aportación de ésta.

Ante esta doctrina, en que condensamos a los efectos que ahora interesan, el contenido del artículo 1.357, apartado 2, en relación con el 1.354 del Código Civil, nos planteamos, a raíz de la publicación de dicha Reforma, el problema de si ese artículo 1.357, 2, que determina la «ganancialización» parcial de la vivienda familiar (es decir, del inmueble, piso, casa, chalet, etc., que sirva de sede a la familia) que fue adquirida como privativa, es una norma para la liquidación en su día de la sociedad de gananciales o es una norma para el tráfico que obliga desde ahora a dar a esa vivienda el tratamiento no del artículo 1.320, sino del 1.375 (y concordantes) del Código Civil. Y nos inclinábamos por la primera solución. Si se aceptara la segunda se daría el absurdo de que los posibles cambios de domicilio familiar irían convirtiendo en parcialmente gananciales todos los pisos (o, en general, inmuebles) adquiridos a plazos antes del nacimiento de la sociedad de gananciales y pagados después de este nacimiento, según fueran siendo ocupados por la familia, con lo cual se desbordaría la finalidad de la Reforma:

«Si lo que ésta pretende —decíamos— es evitar que el cónyuge propietario deje en la calle al otro mediante la enajenación a sus espaldas de la vivienda familiar, ya tenemos para impedirlo el artículo 1.320; y si lo que se quiere es proteger al viudo o viuda (suponiendo que la disolución se produce por muerte) contra los herederos del otro cónyuge, basta que se considere parcialmente ganancial, en su caso, en la liquidación de la sociedad el piso que en ese momento sea hogar familiar, sin necesidad de ir «afectando» todos los pisos que vaya ocupando la familia, sin más resultado práctico que evitar la administración unilateral (la disposición unilateral ya está impedida, por el art. 1.320) por el cónyuge adquirente.»

Pues bien: el nuevo artículo 91 parece que admite también esta solución, puesto que si la destinación del inmueble a vivienda familiar no altera la inscripción a favor del adquirente es que de momento no se produce la ganancialización parcial de aquél y que, por consiguiente, el adquirente conserva, sin compartirlas, sus facultades administrativas y dispositivas, sin perjuicio de tener que cumplir en su caso lo dispuesto en el artículo 1.320 del Código Civil.

Se preguntará entonces a qué vienen esas notas marginales con especificación del carácter ganancial o privativo del dinero entregado, si el que entre en relación con el cónyuge no ha de tenerlas en cuenta, ya que sólo tratan de facilitar la futura liquidación de la sociedad de gananciales. Sí; ciertamente, esta consideración puede llevar a hacer dudar de la utilidad de tales notas marginales, pero no a darles mayor trascendencia, porque:

1.º Si el Reglamento pretendiera darles más alcance no empezaría por negar («no alterará») el efecto característico de la nota marginal: el de modificación del derecho inscrito por la consignación del hecho extrarregistral que la produce.

2.º El apartado 2 de este artículo 91 hay que interpretarlo independientemente del apartado 3, y una cosa es determinar la cuota indivisa que pasa a ser ganancial (ap. 3) y otra muy distinta reconocerse un cónyuge deudor a la sociedad de la cantidad con que ésta ha contribuido al pago del precio.

3.º La carta de pago del precio aplazado puede y suele otorgarse solamente por el acreedor-vendedor, por lo que para «velar» por el cumplimiento de este artículo 91, 2, el Registrador tendría que exigir siempre una serie de declaraciones para saber que el adquirente no ha cambiado de estado civil (de soltero a casado) ni de régimen económico matrimonial (de separación a sociedad de gananciales) o que el inmueble no ha pasado a ser vivienda familiar y no parece que el Reglamento haya querido encomendar al Registrador esa polícíaca labor...

4.º Si la especificación de que habla el artículo 91, 2, hubiera de tener trascendencia real habría que exigir que se precisara en caso de precio privativo si este carácter se había demostrado o resultaba solamente de la confesión del cónyuge del adquirente, puesto que las consecuencias, a efectos dispositivos, serían distintas.

A pesar de lo indicado, cabe que los cónyuges convengan en que la aportación de la sociedad de gananciales al pago del precio tenga trascendencia real e inmediata, es decir, se traduzca en la atribución a una cuota indivisa del bien adquirido por uno de los cónyuges del carácter de ganancial, con la consiguiente entrada de la misma en la órbita de la administración conjunta. Esto es lo que prevé y regula el apartado 3 de este artículo 91, estableciendo como asiento adecuado para hacer constar la indivisión naciente la nota marginal.

Resumiendo: que según se deduce del artículo 91, apartados 2 y 3, la contribución de la sociedad de gananciales al pago del precio aplazado (en el supuesto que venimos estudiando) puede determinar, según la vo-

luntad de los cónyuges, el nacimiento de un crédito de la sociedad contra el adquirente o la transformación de una cuota indivisa privativa en ganancial.

No prevé el artículo 91, 3 (a diferencia del Código Civil), que la contribución de la sociedad de gananciales sea total, por haberse aplazado todo el precio y ser éste satisfecho posteriormente con dinero ganancial. Entonces no podrá hablarse de indivisión, como hace dicho precepto, sino de cambio de carácter del inmueble-vivienda que ingresó en el patrimonio de un cónyuge como privativo y adquiere el carácter de ganancial, supuesto, claro está, el consentimiento de ambos cónyuges en dicho cambio.

Por último, conviene destacar aquí la diferencia entre los dos apartados que consideramos del artículo 91: en uno se habla de vivienda familiar; en el otro, de vivienda familiar habitual. Creemos que no se trata de dos supuestos distintos y que tanto aquí como en el artículo 1.357, 2, del Código Civil se tiene en cuenta solamente la vivienda familiar habitual: vivienda familiar sólo hay una, la que sirve de asentamiento a la familia, aquella en que ésta se desarrolla y cumple su misión, en la que la familia «vive», no la que sirve para pasar las vacaciones estivales o los fines de semana. Si hubieran de comprenderse en estos preceptos más de una vivienda, es decir, alguna más que la habitual, los textos legales hablarían de viviendas familiares, cosa que no hacen.

ARTICULO 92

Texto vigente

Cuando el régimen económico-matrimonial del adquirente o adquirentes casados estuviere sometido a legislación extranjera, la inscripción se practicará a favor de aquél o aquéllos, haciéndose constar en ella que se verifica con sujeción a su régimen matrimonial, con indicación de éste, si constare.

COMENTARIO

En el examen de este precepto, que regula la inscripción de bienes adquiridos por personas casadas, en un supuesto especial, hay que distinguir tres partes;

- Supuesto de aplicación del precepto.
- Determinación de la titularidad registral.
- Modalidad de la inscripción.

A) Supuesto de aplicación.

En su primera parte, este precepto quiere concretar cuándo se aplica, pero con la expresión «cuando el régimen económico matrimonial... estuviera sometido a legislación extranjera», en realidad no concreta nada, porque cuándo está sometido a una legislación extranjera?, ¿qué credibilidad hay que conceder a las manifestaciones de los cónyuges? ¿qué presunciones pueden establecerse ante el silencio de éstos sobre el particular?

Las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, en caso de conflicto de leyes, se rigen, como es sabido: 1.ª por lo pactado; 2.º por la última ley nacional común; 3.º por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración del matrimonio. Ante esto: ¿cuándo ha de empezar a «sospechar» el Registrador que la legislación aplicable no es la española?; ¿solamente cuando uno de los cónyuges sea extranjero?; ¿y si sólo parece uno de ellos, que es español y no manifiesta nada, como es lo usual, sobre la nacionalidad de su cónyuge, extranjero?

Queremos decir con todos estos interrogantes que es fácil que el Registrador no tenga datos suficientes para calificar acertadamente, pues puede suponer que es aplicable la ley extranjera cuando en realidad la aplicable sea la española (vgr.: cuando un cónyuge sea español y el otro haya adquirido después del matrimonio otra nacionalidad) o viceversa (verbigracia: cuando la mujer española casada con extranjero comparezca sola).

Pero a pesar de estas dificultades teóricas es posible que no sean grandes los problemas en la práctica, al menos donde rija como supletorio de primer grado el régimen de la sociedad de gananciales, porque no es fácil que en las legislaciones extranjeras se conceda mayor «protección» al cónyuge no interviniente que en el Código Civil. Por ello no es demasiado trascendente que equivocadamente se inscriba la adquisición como ganancial siendo aplicable la legislación extranjera: si intervienen en la adquisición los dos cónyuges no hay peligro para ninguno; y si interviniendo uno solo el régimen extranjero es, vgr., el de separación, ya se apresurará el cónyuge adquirente a demostrar que es aplicable la legislación extranjera y no el Código Civil.

B) Determinación del titular registral.

Para el supuesto dicho (de régimen económico matrimonial regulado por ley extranjera) el precepto que examinamos ordena que la inscrip-

ción de la adquisición se verifique a nombre del adquirente o adquirentes. En este último caso, ¿habrá de cumplirse el artículo 54, 1, del Reglamento Hipotecario? Con tal cumplimiento parece que se deshace la conjunción que acaso imponga la legislación extranjera; pero si no se señalan partes y el régimen económico matrimonial extranjero... no existe, es decir, no influye el matrimonio en el régimen de los bienes (como de hecho ocurre en algunos países), o simplemente el régimen es el de separación, no deja de haber una indeterminación cuyas consecuencias se padecerán en una posterior enajenación (gravamen o embargo) de la «parte» de uno solo de los cónyuges.

C) Modalidad de la inscripción.

Obliga este precepto a hacer en la inscripción indicación del régimen matrimonial «si constare» (entendemos que será en el título que se inscriba). Pero ¿cuándo puede decirse que consta: cuando se declare por el adquirente o adquirentes o cuando se acredite debidamente? Y ¿cómo se indicará el régimen matrimonial: por su sola denominación, si es que la tiene, o por su contenido? En este punto nos remitimos a nuestro comentario a la regla 9.^a del artículo 51 del Reglamento Hipotecario, añadiendo ahora que será conveniente indicar en la nota al pie del título esta modalidad de la inscripción.

ARTICULO 93

Texto vigente

1. Se inscribirán a nombre de marido y mujer, con carácter ganancial, los bienes adquiridos a título oneroso y a costa del caudal común por ambos cónyuges para la comunidad o atribuyéndoles de común acuerdo tal condición o adquiriéndolos en forma conjunta y sin atribución de cuotas. En la misma forma se inscribirán los bienes donados o dejados en testamento a los cónyuges conjuntamente y sin especial designación de partes, constante la sociedad, siempre que la liberalidad fuere aceptada por ambos y el donante o testador no hubiere dispuesto lo contrario.

2. Para la inscripción de los actos de administración o de disposición, a título oneroso, de estos bienes será preciso que se hayan realizado conjuntamente por ambos cónyuges, o por uno cualquiera de ellos, con el consentimiento del otro o con la autorización judicial supletoria.

3. Los actos de disposición a título gratuito de estos bienes se inscribirán cuando fueren realizados por ambos cónyuges conjuntamente, o por uno de ellos concurriendo el consentimiento del otro,

4. Los bienes adquiridos a título oneroso por uno solo de los cónyuges para la sociedad de gananciales se inscribirán, con esta indicación, a nombre del cónyuge adquirente. Para la inscripción de los actos de disposición de estos bienes se estará a lo dispuesto en los apartados 2 y 3 de este artículo, y para la de los actos enumerados en el apartado 2 del artículo siguiente, se estará a lo que en él se dispone.

ARTICULO 94

Texto vigente

1. Los bienes adquiridos a título oneroso por uno solo de los cónyuges, sin expresar que adquiere para la sociedad de gananciales, se inscribirán a nombre del cónyuge adquirente con carácter presuntivamente ganancial.

2. Serán inscribibles las agrupaciones, segregaciones o divisiones de estas fincas, las declaraciones de obra nueva sobre ellas, la constitución de sus edificios en régimen de propiedad horizontal y cualesquiera otros actos análogos realizados por sí solo por el titular registral.

3. Para la inscripción de los actos de disposición a título oneroso de los bienes inscritos conforme al apartado 1 de este artículo será necesario que hayan sido otorgados por el titular registral con el consentimiento de su consorte o, en su defecto, con autorización judicial.

4. Los actos a título gratuito se registrarán por lo dispuesto en el apartado 3 del artículo anterior.

ARTICULO 95

Texto vigente

1. Se inscribirán como bienes privativos del cónyuge adquirente los adquiridos durante la sociedad de gananciales que legalmente tengan tal carácter.

2. El carácter privativo del precio o de la contraprestación del bien adquirido deberá justificarse mediante prueba documental pública.

3. Todos los actos inscribibles relativos a estos bienes se llevarán a cabo exclusivamente por el cónyuge adquirente aun antes de proceder a la liquidación de la sociedad conyugal disuelta.

4. Si la privatividad resultare sólo de la confesión del consorte, se expresará dicha circunstancia en la inscripción y ésta se practicará a nom-

bre del cónyuge a cuyo favor se haga aquélla. Todos los actos inscribibles relativos a estos bienes se realizarán exclusivamente por el cónyuge a cuyo favor se haya hecho la confesión, quien no obstante necesitará para los actos de disposición realizados después del fallecimiento del cónyuge confesante el consentimiento de los herederos forzosos de éste, si los tuviere, salvo que el carácter privativo del bien resultare de la partición de la herencia.

5. Si la justificación o confesión de privatividad se refiriese solamente a una parte del precio o contraprestación, la inscripción se practicará a nombre del cónyuge a cuyo favor se haga aquélla en la participación indivisa que se indique en el título y a nombre de uno o ambos cónyuges, según proceda, para su sociedad de gananciales, en la participación indivisa restante del bien adquirido.

6. La justificación o confesión de la privatividad hechas con posterioridad a la inscripción se harán constar por nota marginal. No se consignará la confesión contraria a una aseveración o a otra confesión previamente registrada de la misma persona.

COMENTARIO A LOS ARTICULOS 93, 94 Y 95

Agrupamos estos tres artículos porque su estudio debemos hacerlo no por orden correlativo, sino distinguiendo tres materias y considerando en cada una los apartados y párrafos que a ellos se refieran, cualquiera que sea el artículo de que formen parte. Tales materias son: inscripción de actos adquisitivos de los cónyuges cuando rige entre ellos la sociedad de gananciales, inscripción de actos de disposición por ellos e inscripción de los actos de administración en el mismo supuesto.

I. Inscripción de actos adquisitivos de los cónyuges

En este punto hay que distinguir, a su vez: inscripción de bienes que en su adquisición no tomen el carácter de privativos de alguno de los cónyuges (o de ambos proindiviso) e inscripción de los bienes como privativos.

A) INSCRIPCION DE BIENES QUE NO TOMEN EL CARACTER DE PRIVATIVOS

Los distintos supuestos se regulan en los artículos 93 (aps. 1 y 4) y 94 (apartado 1). Estos son los preceptos que contemplamos en esta parte, sin perjuicio de hacer las necesarias incursiones en otras normas.

a) El primer apartado del artículo 93 dedica un primer párrafo a las adquisiciones onerosas. Y el primer problema que plantea este párrafo es el de precisar los distintos casos a que se refiere, más concretamente si al ir unidos por la conjunción «y» los requisitos de «a título oneroso» y «a costa del caudal común» son un solo requisito que ha de estar presente siempre (puesto que todo este primer párrafo parte de la base de la onerosidad en la adquisición) o son dos requisitos de los cuales el primero, pero no el segundo, ha de concurrir siempre. Creemos esto último como creemos que sobra la copulativa «y». A nuestro juicio, el requisito de «a costa del caudal común» no es necesario más que en uno de los supuestos de adquisición que establece este párrafo, y que son:

1.º A título oneroso, a costa del caudal común, por ambos cónyuges para la comunidad ganancial. Pero ¿por qué «por ambos cónyuges para la comunidad» y «a costa del caudal común»? ¿Es que cabe que ambos cónyuges adquieran para uno y menos a costa del caudal común? Cabe, es cierto, que uno de los cónyuges declare que, a pesar del artículo 1.361 del Código Civil, el dinero con que se paga la adquisición es privativo del otro cónyuge que adquiere, pero entonces ni adquieren ambos cónyuges, ni se adquiere para la comunidad, ni la adquisición se hace a costa del caudal común, sino del que parecía común y no lo es.

Aquí parece que hay una incorrecta «traducción» del artículo 1.347. 3. del Código Civil. Este quiere decir, a nuestro juicio: «bien se haga la adquisición por ambos cónyuges, bien por uno solo de los cónyuges». En ambos casos los bienes adquiridos son gananciales. Pero el Reglamento, al juntar ambas expresiones «por ambos cónyuges» y «para la comunidad», incurre en redundancia que viene a confundir más que a aclarar. En efecto: podría parecer que si ambos cónyuges adquieren a costa del caudal común, pero sin expresar que lo hacen para la comunidad ganancial, no podría inscribirse en la forma que indica este artículo 93, 1; y, sin embargo, nada más lejos de ser esto cierto, porque tal adquisición, evidentemente ganancial, no podría buscar amparo en ningún otro precepto reglamentario (aparte de que entraría en el supuesto de adquisición conjunta y sin cuotas).

2.º A título oneroso por ambos cónyuges, atribuyendo de común acuerdo al bien adquirido la condición de ganancial. Aquí será indiferente que la adquisición se haga o no a costa del caudal común, puesto que el Reglamento viene a dar cauce registral al artículo 1.355, 1, del Código Civil, que bien claramente permite la atribución del carácter ganancial, «cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación»,

3.º A título oneroso por ambos cónyuges, en forma conjunta y sin atribución de cuotas. En la adquisición en esta forma, el Reglamento Hipotecario, siguiendo, como es natural, al Código Civil (art. 1.355, 2), presume la existencia de ese acuerdo entre los cónyuges antes dicho y da el mismo tratamiento al acuerdo expreso que al presunto. Podría decirse que tratándose de presunciones debería darse a la adquisición, en su inscripción, el carácter de presuntivamente ganancial, como se da a la adquisición cuya ganancialidad se apoya únicamente en el carácter ganancial de la contraprestación por la presunción del artículo 1.361 del Código Civil. Pero es que entre ambos artículos, 1.361 y 1.355 (2), existe una notable diferencia: aquél presume una cualidad, un carácter, que puede no darse en la realidad, por lo que la presunción puede destruirse; éste, en cambio, deduce de la actuación de los cónyuges (adquisición conjunta, no atribución de cuotas) y de su silencio respecto al carácter del bien la existencia de un acuerdo tácito para dar a la adquisición el carácter ganancial, y a este «acuerdo tácito» ha de atenerse el Registrador en la inscripción.

La expresión civil y reglamentaria plantea la cuestión de determinar el significado de la expresión «sin atribución de cuotas». A ella volveremos más adelante. Aquí baste indicar que para que no haya atribución de cuotas basta que... no haya atribución de cuotas. es decir que no es necesario que el título exprese que no la hay.

Pues bien: en estos tres supuestos considerados la inscripción de los bienes adquiridos se practicará, por prescripción reglamentaria, «a nombre de los cónyuges don ... y doña ... con carácter ganancial».

Pero a pesar del casuismo del artículo 93, 1, queda sin regular un caso, a saber: el de la adquisición a título oneroso sin afirmación ni demostración sobre el carácter del precio o contraprestación, conjuntamente por ambos cónyuges, con atribución de cuotas. Este caso no encaja en ninguno de los supuestos del artículo 93, 1. antes vistos: en el segundo, porque no existe acuerdo expreso; en el tercero, porque no cabe la presunción del artículo 1.355 (2) del Código Civil; y en el primero, porque al no haber demostración del carácter ganancial del precio sólo cabe la presunción del 1.361 (por lo que el carácter de la adquisición sería el de presuntivamente ganancial, según la terminología del art. 94, 1).

Cabe que en el caso que consideramos la contraprestación (vgr.: en permuta) sea un bien adquirido con carácter inequívocamente ganancial (verbigracia: por ambos cónyuges con acuerdo de ganancialidad), y entonces la ganancialidad del bien adquirido en la permuta no sería simplemente presuntiva y sería aplicable este artículo 93, 1. Pero si esto no

ocurre y adquieren, por ejemplo, ambos cónyuges por mitad, ¿habrá de inscribirse cada mitad a nombre de un cónyuge con carácter presuntivamente ganancial (por el art. 94, 1), a pesar de que adquieren ambos cónyuges, o el todo a nombre de ambos cónyuges con carácter ganancial, a pesar de que no tenemos para ello más apoyo que la presunción del artículo 1.361, o, en fin, cada mitad a nombre de un cónyuge con carácter ganancial, es decir, no presuntiva, sino rigurosamente ganancial, dada la intervención de ambos cónyuges? La cuestión no es baladí. Piénsese que si se inscribe cada mitad a nombre de un cónyuge y éste posteriormente, por otro título, inmediata o mediatamente, adquiere la otra mitad, podrá realizar por sí solo los actos de administración a que se refiere el artículo 94, 2, cosa que no sucedería si la inscripción se hubiera hecho del todo a nombre de ambos cónyuges.

Estas dudas hacen aconsejable que en la escritura en que se formalice la adquisición que haya de inscribirse se haga constar la voluntad de los interesados acerca de la titularidad registral de cada parte indivisa, es decir, se determine claramente el adquirente de cada parte.

Hemos puesto el ejemplo de la adquisición de ambos cónyuges «por mitad». Pero la frase «por mitad» o «por partes iguales», ¿significa atribución de cuotas? Quizá haya que traer aquí a colación el artículo 983 a efectos interpretativos y entender que «la frase *por mitad* o *por partes iguales* u otras que aunque designen parte alícuota no fijan ésta numéricamente o por señales que hagan a cada uno» de los cónyuges, adquirente «de un cuerpo de bienes separado», no excluyen la conjunción, base de la ganancialidad rigurosa.

b) El segundo párrafo de este apartado 1 del artículo 93 se dedica a otros bienes adquiridos conjuntamente por ambos cónyuges que han de inscribirse a nombre de ambos con carácter ganancial, pero para ello es preciso que concurran los siguientes requisitos:

1) Que se adquieran por donación o testamento. El Reglamento (como el Código Civil) habla de bienes «donados o dejados». Este «dejados», ¿equivale a «legados» o se hallarán también comprendidos todos los bienes que se adjudiquen a ambos cónyuges por haber sido instituidos herederos ambos, o al menos los que el testador haya ordenado que se adjudiquen conjuntamente? Creemos que el «dejados» no se limita sólo a los bienes legados, pero también que la conjunción debe proceder del testador y no de quien practique la partición. Y téngase en cuenta que en el legado de un padre a su hijo y a su nuera, mientras aquél no tenga cubierta la legítima, no podrá imponérsele la ganancialidad de una mitad ni aun con la compensación del legado de la otra mitad a la nuera: sería

como gravar la legítima con una prohibición de disponer sin intervención de un tercero (aquí, la esposa del legatario).

2) Que se adquieran sin especial designación de partes. Y aquí entendemos que lo que impide la ganancialización no son las partes (cuotas), sino las partes especiales (es decir, las cuotas desiguales, puesto que con éstas se establece una cuota «especial» para cada cónyuge, vgr.: tres cuartas partes para uno y una cuarta parte para otro, y sería contradictorio que se quisiera el reparto por mitad el día de mañana) o las partes materiales (vgr.: la mitad del norte para uno y la mitad del sur para el otro), puesto que con éstas se deshace la conjunción.

3) Que la liberalidad sea aceptada por ambos cónyuges, porque si lo fuera por uno solo, el aceptante adquiriría la totalidad por derecho de acrecer (arts. 637 y 982 y 987 CC), salvo disposición contraria del donante o testador, y con carácter privativo.

4) Que «el donante o testador no hubiere dispuesto lo contrario», según dice el texto reglamentario, copiando la redacción del artículo correspondiente (1.353) del Código Civil. Pero ¿lo contrario a qué? En el Código Civil está claro que lo contrario es que los bienes no se consideren gananciales; en cambio, el Reglamento interpretado literalmente se refiere a lo contrario a la inscripción con carácter ganancial. Pero lo normal será que el donante o testador no se preocupe de cómo ha de inscribirse la liberalidad; y, por tanto, «lo contrario» que puede disponer es —entendemos— que el bien se adquiera por los cónyuges con carácter privativo o que no se adquiera con carácter ganancial. Claro que a esta disposición habrá de añadir la indicación de las cuotas iguales (si son desiguales no se necesitará, por lo antes dicho, disposición en contrario) para que pueda cumplirse en la inscripción el artículo 54, 1, del Reglamento Hipotecario.

Pues bien: cumpliéndose estos cuatro requisitos, tendremos otro grupo que añadir a los tres que hemos señalado antes, que exigen la inscripción a nombre de ambos cónyuges con carácter ganancial.

c) Frente al apartado 1 del artículo 93, que contempla las adquisiciones por ambos cónyuges, el apartado 4 se ocupa de la inscripción de las adquisiciones que verifique uno solo de los cónyuges. Para la aplicación del precepto se exige:

1) Que la adquisición sea a título oneroso. Esto no ofrece problema alguno, puesto que del documento en que conste la adquisición ha de resultar la onerosidad del acto o contrato.

2) Que se adquiera para la sociedad de gananciales. ¿Bastará la simple manifestación del adquirente al respecto? Parece que sí, puesto que si el único perjudicado en que se considerara ganancial lo que en realidad fuera propio (por adquirirlo, vgr., con dinero heredado), que es el cónyuge adquirente, manifiesta la ganancialidad, no tiene por qué oponerse el Registrador. Pero ¿y los acreedores particulares del cónyuge adquirente, que ven así «semiburlados» sus derechos? Sería excesivo que el Registro vigilara la inversión que un cónyuge haga de su dinero propio. Podrá ser cauteloso en cuanto al paso de los inmuebles de una masa patrimonial a otra (que puede hacerse con el fin de defraudar a los acreedores), pero no puede impedir que el cónyuge invierta su dinero como quiera... o lo dilapide.

Si en la adquisición por el cónyuge se cumplen esos dos requisitos, el Reglamento ordena que la inscripción del bien adquirido se practique «con esta indicación a nombre del cónyuge adquirente».

¿Qué indicación es ésta, es decir, qué es lo que hay que indicar? No que la adquisición es a título oneroso, ni que el adquirente es un solo cónyuge (como pudiera deducirse del precepto), puesto que esto es obvio y resultará necesariamente del texto de la inscripción, como resultaba de la redacción del título, sino simplemente «para la sociedad de gananciales», si bien anteponiendo, para una mejor redacción, el nombre del adquirente a la «indicada» indicación.

¿Qué trascendencia tiene esta indicación? Por un lado, no destruye la unicidad de la titularidad registral, es decir, que el bien de que se trate ha de considerarse que figura a nombre de un cónyuge a los efectos del artículo 1.384 del Código Civil (a diferencia de lo que ocurre con los gananciales de los cuatro grupos del art. 93, 1), y el Reglamento se ocupa de sacar las consecuencias de ello en el párrafo 2 de este apartado 4 del artículo 93. Pero, por otro lado, atribuye al otro cónyuge la intervención en los actos de disposición del bien (aunque esto es una manera de hablar, porque en puridad tal intervención se la conceden las normas sustantivas), aparte de que impedirá una posterior confesión de privatividad del cónyuge adquirente a favor del otro (art. 95, 6, pár. 2, RH).

¿Cabrá aplicar este artículo 93, 4, en el caso de que el cónyuge adquirente no indique que adquiere para la sociedad de gananciales, pero sí que adquiere a costa del caudal común? Creemos que hay que contestar afirmativamente por inaplicabilidad de los demás preceptos. En efecto: el bien así adquirido no puede inscribirse a nombre de los dos cónyuges, porque sólo adquiere uno (y no vamos a incurrir en el error a que obligaba el derogado art. 95, 1.^a, RH), y no puede inscribirse con carácter

privativo porque al adquirirse con dinero ganancial (o al menos presuntamente ganancial) es también ganancial con arreglo al artículo 1.347, 3, del Código Civil.

Se dirá que podría inscribirse el bien con carácter presuntivamente ganancial con arreglo al artículo 94, 1, puesto que no hay prueba de que el dinero del precio fuera ganancial y el adquirente no expresa que adquiere para la sociedad de gananciales. A esto objetamos que si el régimen de disposición y administración es el mismo para el bien inscrito con arreglo al artículo 93, 4, y el inscrito con arreglo al 94, 1, y la única diferencia es que la inscripción de aquél no admite (y la de éste sí) la confesión contraria, parece que el cónyuge que adquiriera «a costa del caudal común», según su propia declaración, no podrá luego aseverar la privatividad del precio sin ir contra sus propios actos.

d) Por último, se ocupa el Reglamento, en el artículo 94, 1, del caso de la adquisición a título oneroso también (como en el caso anterior) e igualmente por uno solo de los cónyuges, pero ahora «sin expresar que adquiere para la sociedad de gananciales» y —añadimos nosotros— sin decir tampoco que lo hace «a costal del caudal común», «a expensas de la sociedad conyugal», «con dinero ganancial» u otra expresión análoga. Y señala como forma, y casi fórmula, de inscripción «a nombre del cónyuge adquirente con carácter presuntivamente ganancial». Con esta fórmula se da intervención al otro cónyuge en los actos de disposición del bien de que se trate (al menos, provisionalmente, es decir, mientras no se destruya la presunción de ganancialidad) y se deja abierta la posibilidad de esa destrucción registralmente. ¿Cómo? Según el artículo 95, 6, por cualquiera de estos dos medios:

1.º Por justificación (mediante prueba documental pública, por exigencia del art. 95, 2) del carácter privativo del precio o contraprestación de la adquisición. Si esta justificación se hace con intervención del otro cónyuge no habrá problema, porque si la confesión produce la privatividad, con mayor razón la producirá la justificación con aquiescencia del otro cónyuge, ya que los posibles acreedores o herederos forzosos perjudicados, mientras no haya terceros, podrán impugnar tanto la prueba como la confesión, y cuando existan terceros no podrán impugnar —a nuestro juicio— ni en caso de justificación ni en caso de confesión.

Pero el problema surge cuando la justificación pretenda hacerse unilateralmente, sin intervención del otro cónyuge, porque entonces cabría con una escritura de partición en que se adjudicase a un cónyuge una determinada cantidad de dinero, justificar la no ganancialidad de todas las fincas, una a una, que hubiera adquirido con carácter presuntivamente

ganancial y cuyo precio individual no fuera superior a esa cantidad heredada. Añádase a esto la posibilidad, en la justificación *a posteriori*, de justificar o no el carácter privativo de la adquisición, según haya resultado o no ventajosa, y se verán los peligros de fraude para el otro cónyuge.

Se dirá que correspondiendo hoy la administración a ambos cónyuges, si uno de ellos dispone por sí solo de un dinero ganancial será por la confianza depositada en él por el otro, y según el conocido aforismo germánico «allí donde has puesto tu confianza, allí debes buscarla». Pero, por un lado, hay casos en que la administración corresponde de hecho e incluso de derecho a uno solo de los cónyuges, y por otro, siempre resultará difícil impedir a tiempo las «distracciones unilaterales».

2.º Por confesión del otro cónyuge de que el dinero o contraprestación de la adquisición era privativo del cónyuge adquirente. No es éste el momento de indicar el efecto o trascendencia de la confesión. Baste decir que como aquí tratamos de la justificación o confesión posteriores en su producción, o al menos en su presentación en el Registro, a la inscripción de la adquisición, el cambio del carácter registral del bien (que pasa de presuntivamente ganancial a privativo) ha de hacerse por nota al margen de la inscripción (art. 95, 6, pár. 1, RH).

e) Y aquí hay que traer a colación (precisamente para rechazar que su supuesto constituya un grupo especial) el artículo 95, 5, porque pudiera dudarse si puede constituir una excepción al artículo 94, 1, o, dicho de otra forma, si en el supuesto que contempla (adquisición con precio o contraprestación solamente privativa en una parte) queda excluida siempre la inscripción con carácter presuntivamente ganancial (en la parte no privativa). Creemos que no, a pesar de la dicción literal que ordena la inscripción para la sociedad de gananciales:

Supongamos que en la adquisición del inmueble interviene uno solo de los cónyuges y que la contraprestación consiste, en dos terceras partes, en una finca adquirida por herencia, y en la tercera parte restante, en dinero respecto a cuyo carácter no se hace declaración alguna (sin indicarse tampoco que se adquiere para la sociedad de gananciales). La inscripción respecto a las dos terceras partes se hará con carácter privativo, pero en cuanto a la otra tercera parte, ¿qué razón hay para romper los esquemas expuestos y no inscribir con carácter presuntivamente ganancial? Así se inscribiría esa tercera parte si se adquiriese aisladamente, ¿y por qué el hecho de adquirirse al mismo tiempo otra participación indivisa del mismo bien ha de alterar esa regla?

Creemos que aquí hay una imprecisión del Reglamento y que la par-

ticipación indivisa no privativa habrá de inscribirse conforme a lo que venimos exponiendo, es decir: a nombre de ambos cónyuges con carácter ganancial, a nombre del cónyuge adquirente para la sociedad de gananciales o a nombre del adquirente con carácter presuntivamente ganancial, según los casos.

* * *

Sintetizando lo hasta aquí expuesto, podríamos decir que, con arreglo al Reglamento reformado, según nuestra interpretación de sus preceptos, la inscripción de los bienes gananciales deberá hacerse de la forma que resulta del siguiente cuadro:

<i>Particularidades de la adquisición</i>	<i>Fórmula de inscripción</i>
A) Gananciales confirmados (por Ley o voluntad), o sea, bienes adquiridos por ambos cónyuges: a) A costa del caudal común, o b) Con acuerdo sobre la ganancialidad, o c) Conjuntamente sin cuotas, o d) Conjuntamente sin partes, por donación o testamento.	«A nombre de los cónyuges D. ... y D. ^a ... con carácter ganancial.»
B) Gananciales declarados, es decir, adquiridos por un cónyuge (onerosamente): a) Para la sociedad de gananciales, o b) A costa del caudal común.	«A nombre de D. ... para la sociedad de gananciales con su esposo/a.»
C) Gananciales presuntos, adquiridos por un cónyuge, onerosamente, sin más datos a favor de su ganancialidad que la presunción del artículo 1.361 del Código Civil respecto al precio o contraprestación.	«A nombre de D. ^a ... con carácter presuntivamente ganancial.»

B) INSCRIPCION DE BIENES COMO PRIVATIVOS DE LOS CONYUGES

A esta materia dedica el Reglamento Hipotecario los apartados 1, 2 y 4 (éste, en su primer párrafo) del nuevo artículo 95. De la lectura de los mismos parece deducirse, interpretando algunos con buena voluntad, que el Reglamento Hipotecario quiere ahora distinguir:

- 1) Bienes privativos por declaración legal.
- 2) Bienes privativos por serlo el precio o contraprestación de su adquisición.

3) Bienes privativos por confesar el cónyuge del adquirente la privatividad del precio o contraprestación.

Examinemos los citados preceptos para comprobar esa tripartición.

a) Art. 95, 1

A primera vista, parece que este precepto incurre en tautología, porque en resumen, y un poco caricaturescamente, puede reducirse a esto: «Se inscribirán como bienes privativos los que legalmente sean privativos.» Pero es que a segunda vista... parece inútil, porque ¿es posible que se necesite algo más que un precepto legal para inscribir como privativo un bien?

De todos modos, el precepto reglamentario sería aprovechable si se entendiera que se refiere a los bienes que son privativos por declaración legal inmediata, es decir, sin necesidad de acreditar el carácter del precio o contraprestación o por hallarse comprendidos en el número 2 del artículo 1.346 del Código Civil.

A nuestro juicio, sería, pues, más completo este artículo 95, 1 (y, sobre todo, menos confuso en su relación con el 95, 2) si terminase así: «que legalmente tengan tal carácter con independencia del carácter del precio o contraprestación o por haberse adquirido a título gratuito». Con esta redacción quedarían incluidos aquí (y, lo que es más importante, claramente excluidos del 95, 2) los bienes comprendidos en los números 2 (adquiridos a título gratuito) y 4 (adquiridos por derecho de retracto privativo) del artículo 1.346, aunque aún quedaran fuera (y sin regulación reglamentaria) los bienes que pertenecieran a un cónyuge al comenzar la sociedad de gananciales, cuya inscripción como privativos no necesita tampoco requisito especial alguno.

b) Art. 95, 2

De ningún modo debe interpretarse este precepto como un complemento o corolario (como parece) del apartado 1, sino que ha de entenderse que se refiere a otros bienes, a saber, a aquellos en que la privatividad no se deriva directamente de la ley, sino del carácter privativo del precio o contraprestación. No entenderlo así sería grave: el precepto sería ilegal, ya que no podría inscribirse como privativo el bien adquirido por retracto privativo por un cónyuge con fondos comunes, a pesar de lo dispuesto en el último apartado del artículo 1.346 del Código Civil.

En resumen: el artículo 95, 2, a nuestro juicio, no puede entenderse

en su generalidad, sino como si dijera: «Cuando la privatividad de la adquisición dependa de la privatividad del precio o contraprestación esta (privatividad) habrá de acreditarse mediante prueba documental pública.»

Quizá se haya ido demasiado lejos exigiendo en todo caso documentación de tal carácter. Bien es verdad que en compensación se ha dado por el Código Civil a la confesión de un cónyuge un valor que antes no tenía; pero el cónyuge abandonado que no dispone para probar su adquisición anterior a la vigencia de la sociedad de gananciales más que de un documento privado (aun con fecha auténtica) no encontrará mucho consuelo en el hecho de que en otros matrimonios la confesión de privatividad funciona regularmente. Nosotros creemos que cuando lo decisivo para juzgar sea una fecha debiera admitirse el documento privado de fecha fehaciente.

Por lo demás, ya hemos aludido antes a los peligros que llevan consigo las justificaciones de privatividad sin intervención del cónyuge del que justifica, cuando ello se hace con posterioridad a la adquisición; y pocos menos se dan en las justificaciones simultáneas. Pero tales peligros muchas veces no se evitan ni con la documentación pública. Piénsese en la posibilidad de donaciones simuladas de dinero en escritura pública al cónyuge adquirente de un inmueble, en la de valorar excesivamente el bien que se vende en escritura pública y con cuyo producto se adquiere otro, o en la de alegar como invertido en una adquisición un dinero gastado con persona... «torpe». Sí; se dan tales peligros, pero no cabe duda de que en algunos casos la verdad y la justicia están de parte del cónyuge adquirente. De ahí lo delicado de la decisión registral al respecto.

c) Art. 95, 4

Este precepto se refiere a otra clase de bienes, mejor dicho, de adquisiciones, a saber: aquellas que se verifican por un cónyuge con intervención del otro que confiesa la pertenencia privativa a aquél del dinero invertido en la adquisición. Aquí tenemos que tratar del aspecto registral de la confesión, que plantea, entre otros, estos problemas:

1) ¿Exige este precepto alguna fórmula sacramental para la confesión (y perdónese la confusión con la confesión-sacramento), por ejemplo, que aparezca esta misma palabra, o equivalen a ella las de aseveración, declaración o afirmación? Creemos que esto último es lo exacto. Es verdad que el artículo 95, 6, contrapone aseveración a confesión, pero creemos que esta contraposición sólo obedece al deseo de no llamar confesión a la declaración del mismo cónyuge adquirente. Es decir, que la asevera-

ción de éste no es confesión, pero la confesión del otro cónyuge es intercambiable con su simple aseveración.

2) ¿Es cierto que la aseveración y la confesión son inamovibles? El párrafo 2 del apartado 6 del artículo 95 del Reglamento Hipotecario prohíbe consignar en el Registro la confesión de una persona contraria a la aseveración o confesión que ella misma hubiere hecho con anterioridad. Pero ello no impide, a nuestro juicio, hacer constar la confesión contraria, no por nota marginal, sino por vía de rectificación de la inscripción en que conste la primitiva confesión (o aseveración) mediante la previa rectificación del título que produjo aquélla: porque no hay que excluir la posibilidad de que la primera confesión fuera errónea.

3) ¿Cuál es la fórmula adecuada para la inscripción en el supuesto que consideramos? Sabido es que la confesión, según el artículo 1.324 del Código Civil, no perjudica a los herederos forzosos del confesante ni a los acreedores de la comunidad o de los cónyuges; y comentando este precepto a raíz de la aparición de la reforma del Código Civil, decíamos (3): «¿Será menester que se haga (en la inscripción) alguna referencia a la inmunidad de herederos forzosos y acreedores? Entendemos que no, porque si después no surge el tercero hipotecario habrá sido inútil tal referencia, y si surge, como según lo antes dicho, no se verá afectado por ella, ésta sólo serviría para enturbiar el Registro y confundir al tercero. Lo que sí debe quedar claro para conocimiento de herederos (forzosos) y acreedores es que la privatización no tiene más prueba que la confesión». Hoy el Reglamento Hipotecario, en el artículo que nos ocupa, viene a sentar la misma doctrina.

Del examen de estos tres apartados del artículo 95 podemos concluir que la inscripción de los bienes privativos se practica a nombre del adquirente sin modalización alguna, pero indicando en el cuerpo de la inscripción si la privatividad se debe a la declaración inmediata de la Ley, a la prueba documental de la privatividad del precio o a la confesión del otro cónyuge.

Pero queda por resolver otro caso del que no se ocupa el Reglamento a pesar de su casuismo: el de adquisición por un solo cónyuge a título oneroso, mediante precio o contraprestación cuya pertenencia no consta y con simple declaración de privatividad por dicho cónyuge.

(3) En nuestro trabajo «El régimen económico matrimonial en la reforma del Código Civil», en esta misma Revista, núm. 547 (noviembre-diciembre 1981), página 1388.

Ante este supuesto la actuación del Registrador puede ser:

1) No inscribir en tanto no se acredite la privatividad del precio o contraprestación o se produzca la sucedánea confesión del cónyuge del adquirente.

2) Inscribir teniendo por no puesta la declaración de privatividad y, por aplicación de los artículos 1.361 del Código Civil y 94, 1, del Reglamento Hipotecario, ante el supuesto silencio del cónyuge adquirente, considerar la adquisición como presuntivamente ganancial.

Creemos que la solución acertada es la segunda siempre que:

- Se obtenga, por aplicación del artículo 429 del Reglamento Hipotecario, la conformidad del presentante o del interesado «a la extensión del asiento con el alcance y contenido» dichos. Y
- Se haga constar en la nota de despacho del título, a tenor del artículo 434, 5, del Reglamento Hipotecario, para evitar dudas sobre la calificación registral, «la modalidad del asiento practicado», por diferir «de lo solicitado o pretendido en el título».

Por cierto que en toda esta materia de inscripción de gananciales o privativos, dada la complejidad de los textos legales y reglamentarios, el laconismo que puede haber en los títulos, la posibilidad de interpretaciones contrarias, la incertidumbre que puede quedar sobre si el Registrador ha aceptado o no la prueba o confesión, etc., es aconsejable que aquella «modalidad del asiento practicado» se exprese en la nota de despacho, aunque no difiera de lo solicitado o pretendido en el título, cosa esta última que no siempre será clara.

II. Inscripción de actos referentes a gananciales o privativos

Con arreglo a los artículos 93 y 94 del Reglamento Hipotecario hay que distinguir los siguientes supuestos:

A) BIENES INSCRITOS A NOMBRE DE AMBOS CONYUGES, CON CARACTER GANANCIAL, AL AMPARO DEL ARTICULO 93, 1

a) Disposición onerosa.

El artículo 93, 2, viene a indicar cuándo podrán inscribirse los actos de disposición de estos bienes, supuesta la concurrencia de los requisitos

generales para toda disposición de bienes inmuebles, exigiendo como requisito especial que la disposición se haya verificado:

- 1) «Conjuntamente por ambos cónyuges»;
- 2) «por uno cualquiera de ellos con el consentimiento del otro», o
- 3) por uno cualquiera de ellos «con la autorización judicial supletoria».

En este precepto quizá sobre algo y desde luego falta bastante, si bien es verdad que mucho de lo que falta puede cubrirse con la aplicación directa del Código Civil.

¿Sobra el adverbio «conjuntamente»? Sobra si se entiende como contrapuesto a «separadamente», pero no sobra si lo que quiere decir el Reglamento Hipotecario es que a la formación del consentimiento dual no pueden concurrir vgr. un cónyuge y el apoderado del otro, sino que en caso de no conjunción de ambos cónyuges, a menos que uno actúe también como apoderado del otro, la fórmula es la del apartado siguiente: un cónyuge con consentimiento del otro (prestado por apoderado extraño).

Falta en el precepto distinguir netamente el primer requisito del segundo, porque la disposición con el consentimiento de ambos y la disposición con el consentimiento de uno y otro cónyuge parecen idénticas. Pudo destacarse la distinción sin más que cambiar el «conjuntamente por» por el gerundio «actuando»: con esta variación el precepto vendría a decir que la disposición puede llevarse a cabo disponiendo ambos cónyuges o disponiendo uno solo, no ya sin oposición, sino con asentimiento del otro, distinción que repercute en el régimen de responsabilidades y obligaciones.

Y falta indicar que ese doble consentimiento de que habla el artículo 93, 2, es preciso, pero no siempre suficiente. En caso de minoría de edad de ambos cónyuges, a pesar del silencio del Reglamento Hipotecario (porque el art. 96 alude a los supuestos especiales, de que luego hablaremos) y a pesar de que el menor de edad emancipado puede prestar consentimiento, habrán de prestar el suyo los padres o tutores de uno y otro cónyuge según el artículo 324 del Código Civil o —añadimos— el defensor judicial en su caso.

En cambio, quizá no falte, porque sea más propio de la doctrina y de la jurisprudencia, la declaración de que ese consentimiento del otro cónyuge puede ser previo, simultáneo o posterior a la actuación del cónyuge que lo necesita.

En cuanto a la autorización judicial supletoria, de la que con tanta generalidad habla el Reglamento, ha de entenderse limitada a los dos casos a que se refiere el artículo 1.377, 2, primer párrafo (negativa o imposibilidad) y por los posibles acuerdos del Juez (a tenor del párrafo 2).

b) Disposición gratuita.

Como es sabido, el Código Civil, en su artículo 1.378, proclama que son nulos los actos a título gratuito *si no concurre* el consentimiento de ambos cónyuges, a diferencia de lo que ocurre en los actos a título oneroso, en los cuales la falta de consentimiento de uno de los cónyuges solamente determina la anulabilidad del acto.

Ese «si no concurre» se ha querido interpretar en el sentido de que es necesaria la conjunción de ámbos cónyuges, porque si ésta no existe, el consentimiento del segundo de éstos al recaer sobre un acto nulo (el realizado por un cónyuge solo) no sería eficaz para darle valor. ¿Facilita esta interpretación el nuevo texto reglamentario?

No lo sabemos porque la dicción reglamentaria parece una cortina de humo para ocultar ese problema hermenéutico. En efecto: si en el artículo 93, 3, suprimimos el «concurriendo», el precepto seguirá diciendo lo mismo que ahora y lo mismo que el 93, 2 (para los actos onerosos)..., a menos que el gerundio quiera aludir a la simultaneidad o conjunción de los consentimientos; pero para esto bastaba con el primer término de la alternativa: por ambos cónyuges conjuntamente. Así, pues, a nuestro juicio, queda en pie el problema, como queda (quizá por no ser materia reglamentaria) el de si cabrá que el Juez supla el consentimiento de un cónyuge para los actos de este tipo en los casos de transferencia legal o judicial de la administración a un cónyuge con arreglo a los artículos 1.387 a 1.389 del Código Civil.

c) Administración.

Nada hay que añadir a lo dicho en el apartado *a)*, puesto que los actos de administración de los bienes inscritos a nombre de ambos cónyuges siguen el mismo régimen que los actos de disposición.

Y no es necesario indicar que aquí habrá que incluir todos los que luego llamaremos «actos registrales», que quedan, por tanto, también excluidos de la actuación unilateral de un cónyuge.

B) BIENES INSCRITOS A NOMBRE DE UN CONYUGE PARA LA SOCIEDAD DE GANANCIALES O CON CARACTER PRESUNTIVAMENTE GANANCIAL

Los artículos 93, 4 (segundo párrafo), y 94 (apartados 2 a 4) regulan esta materia con un loable pragmatismo porque se limitan a distinguir los actos de disposición y una serie de actos (agrupaciones, segregaciones, etcétera) que se abstienen de calificar y que nosotros llamaríamos «registrales o meramente «tabulares», que conviene excluir claramente de la necesidad de conjunción conyugal como lo hacen dichos preceptos basándose —sin duda— en el artículo 1.384 del Código Civil y —creemos nosotros— en la intrascendencia de esos actos. Queremos decir: en una agrupación o una segregación realizada por el titular registral solamente, como autoriza el artículo 94, 2, del Reglamento Hipotecario, no habrá perjuicio para el otro cónyuge, y si lo hubiera siempre cabría la impugnación, ya que el tercero no surgiría hasta la posterior disposición en la que ya habría que haber contado con ese otro cónyuge.

Pero es lástima que la redacción de esos preceptos resulte tan poco elegante con un entrecruce de repeticiones y remisiones hacia atrás y hacia delante que hacen al lector añorar una fórmula más general y comprensiva.

También es criticable la omisión en la serie de actos aludida, de la agregación, a la que ya se refiere el Reglamento Hipotecario en el artículo 48, y el no concretar qué se entiende por constitución en régimen de propiedad horizontal, queremos decir si se comprenderá el caso de que tal propiedad surja *ab initio* entre varios propietarios con asignación de propiedad privativa a cada uno, o este caso se asimilará al de división de edificio común, como permite el artículo 401 del Código Civil, mediante la adjudicación de pisos o locales independientes que exige sin duda el consentimiento dual.

En cuanto a lo primero carece de trascendencia la omisión porque la agregación siempre estará entre los «actos análogos» a que se refiere el artículo 94, 2. Y en cuanto a lo segundo creemos que habrá que distinguir si la adquisición que hace entrar una cuota del solar en el patrimonio ganancial y la constitución por todos los adquirentes del régimen especial de propiedad forman un acto complejo (como consecuencia del cual el cónyuge adquirente adquiere ya en propiedad horizontal) o constituyen dos actos separados, el segundo de los cuales tiene lugar cuando

ya el solar ha entrado en la esfera de codisposición del otro cónyuge, para exigir en este último supuesto y no en el primero el consentimiento dual.

Y aquí hay que traer a colación otro precepto alejado en la ubicación en el Registro Hipotecario, pero muy cercano en el tratamiento. Nos referimos al nuevo artículo 178, 3, que permite al cónyuge titular registral de un crédito hipotecario ganancial la cancelación por pago, sin necesidad del consentimiento del otro cónyuge, de la hipoteca constituida en garantía de ese crédito. Se trata de una aplicación del artículo 1.385 del Código Civil: si según éste el derecho de crédito, *cualquiera que sea su naturaleza*, puede ser reclamado por el «cónyuge adquirente», no se puede obligar al deudor a pagar sin que el cobrador le cancele la garantía, por lo cual la cancelación de hipoteca se equipara a los que hemos llamado «actos registrales».

Volviendo a los actos de disposición, el Reglamento Hipotecario, directamente para los bienes inscritos a nombre de un cónyuge con carácter presuntivamente ganancial y por remisión para los inscritos a nombre de un cónyuge para la sociedad de gananciales, faculta a realizarlos al cónyuge titular registral (es decir, al adquirente de los bienes) con el consentimiento del otro (o, en su defecto, autorización judicial). Con ello viene a hacer perfecta aplicación del principio de tracto sucesivo. Pero ¿cierra el paso a la inscripción de la disposición del cónyuge no adquirente aunque sea con consentimiento del titular registral? Creemos que no, bien por aplicación de la teoría de la convalecencia, bien porque el Código Civil coloca a ambos cónyuges (adquirente y no adquirente) en pie de igualdad o al menos no hace distinción entre ellos, bien porque la diferencia del régimen de obligaciones y responsabilidades entre la disposición de uno y la de otro no tiene relevancia para el Registro de la Propiedad.

Lo expuesto en este apartado II queda resumido en el siguiente cuadro:

<i>Fórmula de inscripción</i>	<i>Actos de disposición</i>	<i>Actos «registrales». Por:</i>
«A nombre de los cónyuges D. ... y D.ª ... con carácter ganancial.»	Título oneroso: Conjuntamente por ambos cónyuges o por uno con consentimiento del otro (o autorización judicial).	Ambos cónyuges conjuntamente, o Uno con consentimiento del otro o autorización judicial.
	Título gratuito: Conjuntamente por ambos o Por uno, <i>concurriendo</i> el consentimiento del otro.	
«A nombre de D. ... para la sociedad de gananciales con su esposo/a.»	Título oneroso: Conjuntamente por ambos cónyuges o por uno con consentimiento del otro (o autorización judicial).	El cónyuge titular registral.
	Título gratuito: Conjuntamente por ambos o Por uno, <i>concurriendo</i> el consentimiento del otro.	
«A nombre de D.ª ... con carácter presuntivamente ganancial.»	Título oneroso: Cónyuge titular registral con consentimiento del otro o autorización judicial.	
	Título gratuito: Conjuntamente ambos o uno, <i>concurriendo</i> el consentimiento del otro.	

C) BIENES INSCRITOS A NOMBRE DE UNO DE LOS CONYUGES (COMO PRIVATIVO)

Aquí tenemos que distinguir dos grupos: uno al que se dedica por el Reglamento Hipotecario el apartado 3 del artículo 95, y otro al que dicho Reglamento Hipotecario dedica el segundo párrafo del apartado 4 del mismo artículo. Estos dos grupos son:

a) Bienes inscritos a nombre de uno de los cónyuges por ser privativos por declaración legal o por serlo, según prueba documental pública, el precio o contraprestación de su adquisición.

El artículo 95, 3, es un precepto un tanto extraño porque constituye

una amalgama de un precepto general innecesario y excesivo y un precepto particular ¿conveniente?

Consideramos innecesario el precepto general («Todos los actos inscribibles relativos a estos bienes se llevarán a cabo exclusivamente por el cónyuge adquirente») porque si los bienes son privativos, el cónyuge propietario puede por Ley realizar toda clase de actos, inscribibles o no, referentes a aquéllos; pero además el precepto ha de entenderse referido a los «actos inscribibles» (actos de disposición y «actos registrales») posteriores a la inscripción de los bienes como privativos; es decir, no puede entenderse incluido en él (a pesar de la dicción literal reglamentaria) el acto inscribible por el que el bien entra en el patrimonio del cónyuge adquirente, ya que en este acto puede y aun debe en ocasiones intervenir el otro cónyuge.

El precepto particular hace referencia a un caso concreto: el de que se haya disuelto la sociedad de gananciales y aun no se haya liquidado tal sociedad. Y viene a declarar que en él no se alteran las facultades del cónyuge adquirente. Dicho de otro modo: las facultades dispositivas, administrativas, etc., de un cónyuge sobre sus propios bienes no se suspenden a la disolución de la sociedad.

Este precepto tiene su precedente en el artículo 93 de la anterior redacción, al que amplía en un doble sentido: en el de incluir todos los actos inscribibles (no sólo los de disposición) y en el de no limitar su norma a la disolución de la sociedad por muerte.

No sabemos si habrá sido conveniente introducir en este artículo 95, 3, el supuesto concreto dicho para que no pudiera entenderse que se trataba de derogar la doctrina del artículo 93 anterior. Pero desde luego no era necesario porque la única fundamentación de la tesis contraria a su doctrina sería la necesidad de proteger frente a los actos dispositivos de los cónyuges a los acreedores de la sociedad conyugal; y a estas alturas no va a esperarse que el legislador bloquee una masa de bienes (los inmuebles de los cónyuges) para impedir que se transformen en dinero, por la única razón de que éste es más fácilmente escamoteable a la acción de los acreedores que no se han preocupado de garantizar sus créditos.

b) Bienes inscritos a nombre de uno de los cónyuges en virtud de la confesión de privatividad hecha por el otro.

A los actos inscribibles referentes a estos bienes se dedica, como hemos dicho, el artículo 95, 4, párrafo 2. Y este precepto viene a distinguir dos períodos de tiempo:

1.º Desde la confesión hasta el fallecimiento del confesante. En este período el cónyuge «beneficiario» de la confesión podrá realizar por sí

solo toda clase de actos. Después de lo dispuesto en el artículo 1.324 del Código Civil, el Reglamento Hipotecario no podía exigir la intervención del confesante para cada uno de los actos que el cónyuge «confesado» pretendiese llevar a cabo, siendo así que el confesante había manifestado expresamente que «pasaba» de estos bienes.

2.º Desde el fallecimiento del confesante... en adelante. Los actos que no sean de disposición podrá seguir verificándolos el cónyuge confesado por sí solo. Pero a fin de proteger a los herederos forzosos del confesante (que en vida de éste no han tenido posibilidad de «protesta» alguna) de las confesiones hechas por su causante, el artículo que comentamos exige en caso de existencia de tales herederos alternativamente el consentimiento de ellos o la confirmación en la partición de la herencia del confesante, del carácter privativo del bien, cuando se trate de actos de disposición. Veamos esas dos posibilidades:

a') El consentimiento de los herederos forzosos. Es decir, que el cónyuge confesado puede, el día antes del fallecimiento del confesante, desprenderse del bien de que se trate, sin trabas y con plenitud de efectos. Pero al día siguiente del fallecimiento, si no ha tomado aquella precaución, quedará a merced de tales herederos, acaso hijos del confesante y no del confesado. Para la disposición el cónyuge confesado, ahora viudo, tendrá que acreditar la inexistencia de herederos forzosos (¿obtener la declaración de herederos del difunto que murió intestado, de la que resulte tal inexistencia?) o si los hubiere, obtener su consentimiento, que no siempre será fácil... ni gratuito. Creemos que aquí el Reglamento Hipotecario, preocupado con el «perjuicio» que la disposición pueda ocasionar a los herederos forzosos, se ha excedido tratando con más rigor al cónyuge confesado (que acaso no deba nada a la liberalidad del confesante) que al cónyuge donatario (que ciertamente debe todo a la liberalidad del donante), que puede disponer libremente, antes o después de la muerte del donante.

El Reglamento Hipotecario parece tener en cuenta un acto dispositivo que hace salir el bien del patrimonio del cónyuge confesado. Pero si no fuera ese el caso, si el consentimiento de los herederos forzosos se obtuviera no para la enajenación total, sino para una enajenación parcial o gravamen, ¿podría entenderse (dado que el Reglamento Hipotecario lo que pretende es que los herederos forzosos tengan ocasión de oponerse antes de la enajenación del bien a la confesión realizada por su causante) que el aludido consentimiento significa el reconocimiento de la privatividad del bien que exime del consentimiento para los actos dispositivos posteriores? Creemos que el Reglamento Hipotecario debió tener en cuen-

ta otros datos, circunstancias y situaciones en que pudiera obviarse el consentimiento de los herederos forzosos.

b') Partición de herencia de la que resulte el carácter privativo del bien. Se tratará, claro está, de la partición de la herencia del confesante y su admisión a estos efectos puede aliviar un tanto la situación del cónyuge confesado, porque en algunos casos no será necesario la intervención de los herederos forzosos. Sí lo será cuando la partición hayan de practicarla los herederos, puesto que será preciso que éstos reconozcan el carácter privativo del bien (con lo cual el cónyuge confesado «recuperará» la facultad dispositiva del bien). Pero puede suceder que exista nombrado Contador partidor, y como el precepto que comentamos no excluye ninguna clase de partición, cabe —creemos— que aquél, sin necesidad de concurrencia de los herederos, reconozca el carácter privativo del bien en la partición que practique: también en este caso el cónyuge confesado «recuperará» la libre disposición del bien, sin que las posibles acciones de impugnación de los herederos afecten a la disposición efectuada. Y como nada obsta a que sea el propio confesante quien en la partición de su herencia haya reconocido el carácter privativo del bien, resultará (¡extraña conclusión a que nos lleva la interpretación del precepto!) que la confesión de privatividad sólo será plenamente eficaz si el confesante la ratifica en la partición que practique de su herencia... (sin perjuicio, claro está, de la posibilidad de impugnación *a posteriori* por los herederos forzosos en caso de lesión a su legítima).

No prevé el Reglamento Hipotecario el supuesto de que la sociedad de gananciales se extinga no por el fallecimiento del confesante, sino en vida de él, bien por convenio con el confesado, bien por fallecimiento de éste. Cuando posteriormente fallezca el confesante después de haber liquidado aquella sociedad con el otro cónyuge o sus herederos, ¿también sufrirán éstos o aquél la merma de sus facultades dispositivas del bien a que se refirió la confesión, de manera que uno u otros en lugar de esperar a la posible reclamación de los herederos forzosos hayan de ir en busca de ellos para obtener el consentimiento para la disposición? Si contestamos afirmativamente resultará que es peor la condición del cónyuge a cuyo favor se confiesa por el otro la privatividad de un bien que la del cónyuge a quien en la liquidación de la sociedad de gananciales se le adjudique en pago de supuestas o reales aportaciones, el bien en cuestión, porque este adjudicatario tendrá facultad dispositiva incluso después del fallecimiento de su consorte. Y si contestamos negativamente hacemos una distinción que el texto reglamentario no autoriza.

ARTICULO 96**Texto vigente**

1. Lo dispuesto en los artículos 93, 94 y 95 se entiende sin perjuicio de lo establecido por la Ley para casos especiales y de lo válidamente pactado en capitulaciones matrimoniales.

2. Las resoluciones judiciales que afecten a la administración o disposición de los bienes de los cónyuges se harán constar por nota marginal.

COMENTARIO**Art. 96, 1**

Este apartado primero del artículo 96, por un lado, peca de inconcreto, puesto que viene a decir que los artículos 93 a 95 se aplican siempre salvo cuando no deban aplicarse, sin darnos una pista para averiguar esos «casos especiales»; y, por otro, parece que puede quedar en suspenso el total contenido de esos artículos cuando en realidad sólo varía en esos casos el régimen de administración y disposición (no las reglas para la inscripción de adquisiciones).

Completando el texto de este apartado del artículo, podemos citar como «casos especiales»:

1.º El de transferencia de las facultades de administración y disposición de los bienes gananciales a uno de los cónyuges por ser tutor del otro o representante legal del mismo, expresión esta última que alude al supuesto de ausencia del cónyuge (art. 1.387 del Código Civil).

2.º El de transferencia de dichas facultades a un cónyuge por imposibilidad del otro, abandono de familia o separación de hecho (artículo 1.388 del Código Civil).

3.º El de seguirse pleito sobre la concurrencia de una causa de disolución de la sociedad de gananciales (art. 1.394 del Código Civil).

4.º El de haberse admitido demanda de separación o divorcio de los cónyuges o de nulidad del matrimonio (art. 103, 4.ª y 5.ª, del Código Civil).

En todos estos casos habrá que acudir a las normas citadas y concordantes del Código Civil, que para estos supuestos carece de «normas reglamentarias».

Finalmente, el precepto deja a salvo lo «pactado en capitulaciones matrimoniales», a cuya expresión antepone muy cautamente el adverbio «válidamente» por si lo pactado no cabe dentro de los límites del artículo 1.328 del Código Civil. Pero nos deja sin saber quién ha de calificar si lo pactado es válido o no, es decir, si el Registrador de la Propiedad ha de admitir cualquier capitulación matrimonial con tal de que haya sido inscrita en el Registro Civil.

Art. 96, 2

No es fácil determinar el alcance de este precepto a pesar de su aparente sencillez. ¿Pretende que sea la nota marginal el molde donde se encajen las resoluciones judiciales a que se refiere el artículo 1.393 del Código Civil, las de admisión de las demandas de nulidad de matrimonio o de separación o divorcio y las sentencias que recaigan en estos procedimientos? Porque no cabe duda que todas estas resoluciones afectan «a la administración y disposición de los bienes de los cónyuges»; pero ¿es posible que el precepto reglamentario haya querido (y podido) deshacer el montaje actual de los artículos 2 (4.º), 42 (5.º) de la Ley Hipotecaria y 10, 386 y concordantes del Reglamento Hipotecario (anotación de la demanda, inscripción de la resolución judicial definitiva, asiento en el Libro de incapacitados, inclusión de todos los bienes, ampliación a las nuevas adquisiciones, etc.) para sustituir todo ello por una simple nota marginal? No nos atrevemos a creerlo así, sino que pensamos que este precepto se refiere, como los tres anteriores, al caso de vigencia de la sociedad de gananciales y en concreto a los tres supuestos especiales antes contemplados de los artículos 1.387, 1.388 y 1.394. Bien claramente indica la Disposición Adicional 9.ª de la Ley de 7 de julio de 1981 que las demandas y las sentencias de separación, divorcio o nulidad podrán ser *anotadas* o *inscritas*, respectivamente, en el Registro de la Propiedad, para que estos dos adjetivos puedan traducirse por «nota marginal».

Si esto es así, si el artículo 96, 2, tiene el alcance limitado que hemos dicho, habrá que entender:

- Que la nota marginal procederá a petición de parte, es decir, sin necesidad de mandamiento judicial.
- Que se practicará sobre los bienes concretos y determinados que se señalen por el petitionerario sin facultad ni obligación del Registrador de extenderla respecto a otros bienes ya inscritos o que se inscriban con posterioridad (como ocurre en los supuestos de los artículos 72, apartado 2, de la Ley Hipotecaria y 391 del Reglamento Hipotecario).

- Que la nota tendrá una duración indefinida a diferencia de lo que ocurrirá respecto a la anotación de las demandas antes aludidas.

Ahora bien: ¿qué se entenderá a estos efectos por «bienes de los cónyuges», que es la expresión que utiliza el precepto comentado? Este debió emplear alguna otra más concreta, por ejemplo, «bienes comunes de los cónyuges», si quería excluir los privativos, o «bienes privativos o comunes de los cónyuges», si quería comprender aquéllos. Pero a pesar del laconismo reglamentario creemos que sólo debe referirse a los bienes gananciales, que son los únicos a que pueden afectar las resoluciones judiciales dichas, quedando, por tanto, excluidos los inscritos como privativos de cualquiera de los cónyuges (incluso los que lo hayan sido en virtud solamente de la confesión de privatividad del otro), ya que si bien es cierto que en el supuesto especial primero de los antes contemplados (tutela o ausencia) la resolución afectará también a los bienes privativos, tal resolución tendrá reflejo registral por el régimen general de anotación o inscripción de resoluciones judiciales de incapacidad al amparo de los artículos antes citados 2 (núm. 4) y 42 (núm. 5) de la Ley Hipotecaria (4).

PEDRO AVILA ALVAREZ

(4) Hallándose en prensa este trabajo nos enteramos de la conferencia pronunciada el 9 de junio por el Profesor LACRUZ BERDEJO sobre «Los bienes conyugales en el nuevo Reglamento Hipotecario» en la A. M. del Notariado. No conocemos su texto, pero sin duda será muy interesante para el que se ocupe de estos problemas.

La publicidad inmobiliaria en la ordenación del territorio

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *La ordenación del territorio y del medio ambiente. Aportaciones del sistema de publicidad inmobiliaria.*—III. *Motivos que imponen la ordenación:* A) El aumento de la población y la escasez de suelo. B) La fijación de un modelo de desarrollo territorial. C) La creación de equipamientos. D) Las nuevas concepciones sobre la propiedad. E) La deficiencia de las estructuras agrarias.—IV. *Funciones de la ordenación del territorio:* A) Disposiciones constitucionales y legales en que se basa. B) Actuaciones urbanísticas. C) Planificación agraria. D) Defensa de los recursos naturales renovables.—V. *Medidas de colaboración del sistema de publicidad inmobiliaria a la ordenación del territorio:* A) Como medio de publicidad de las limitaciones y deberes del dominio. B) Como garantía de los compromisos impuestos por la planificación. C) Como instrumento de cooperación en la disciplina y corrección de actuaciones contrarias al interés público. D) Como instrumento de seguridad en el tráfico jurídico. E) Como medio para conservar y consolidar las mejoras obtenidas.—VI. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCION

Las instituciones reguladoras de la publicidad inmobiliaria fueron concebidas como un instrumento de control de la legalidad de los actos jurídicos, acaecidos predominantemente en el ámbito del derecho privado, y que en su proyección se referían a bienes inmuebles.

Esto significa que cuantos fenómenos han aparecido en el siglo presente producto de un intervencionismo creciente del Estado sobre los bienes de los particulares, han tenido que desembocar, necesariamente, en aquel instrumento ideado para la configuración y publicidad de los derechos privados.

No es concebible ninguna acción pública propia de un Estado de Derecho, con aspiraciones de estar sometidas a la ley, que no tenga necesariamente como última finalidad la de llegar a las instituciones del Estado determinantes del régimen jurídico de los bienes inmuebles, con carácter general.

La acción del Estado sobre el suelo, ya sea éste concebido bajo su utilización agraria o como formando parte de la ciudad, en un sistema político de reconocimiento de los derechos patrimoniales, convierte a los aspectos registrales de aquella acción pública en elemento fundamental para el buen éxito de la operación. En razón de ello el Registro de la Propiedad, órgano en el que cristaliza en España el sistema de publicidad inmobiliaria, tiene que adecuar su estructura sin desnaturalizarse; es decir, ha de servir fielmente a las necesidades sociales, pero sin perder nunca de vista la raíz fundamental de su constitución, que no es otra que la de una institución jurídica auténtica, controladora de la validez de los actos, y no de un mero aparato administrativo sometido a las fluctuaciones políticas o a modernismos puramente coyunturales.

Así la utilidad que ha de prestar la institución reside en su propia objetividad, imparcial, de control de la legalidad de los actos y al mismo tiempo de fiel colaboración a la línea política fundamental del Estado, sin constituir barrera ni tampoco medio arbitrario para el emplazamiento de los derechos de los particulares.

Si tales ideas son fundamentales, con mayor razón allí donde la configuración del derecho de la propiedad ha venido a ser determinada, hasta su raíz, como consecuencia de la aparición del fenómeno de la planificación.

Basta con la lectura del artículo 76 de la Ley del Suelo para advertir el progreso habido entre la formulación dada por el artículo 348 del Código Civil y el concepto actual del urbanismo moderno. Las limitaciones excepcionales del dominio, amparadas por el artículo 348 del Código Civil, pasan a ser limitaciones nacidas de los propios actos de la Administración, como lo revela el hecho de que el artículo 76 configura los límites del derecho de propiedad no sólo para el cumplimiento de los deberes establecidos por la ley, sino también para los deberes resultantes de los Planes de Ordenación.

Una modificación tan sustancial tenía que trascender a la institución hipotecaria, porque si bien la propiedad se recibe por el urbanismo y por el Registro, teniendo en cuenta los legítimos modos de adquirir previstos por el Código, lo cierto es que su verdadero contenido, es decir, el ámbito de las facultades, su efectiva utilización e incluso la oportunidad para su ejercicio quedan definitivamente marcadas por los Planes de Ordenación.

Continúa así la legislación hipotecaria prestando un relevante servicio a la sociedad. De igual modo que en el momento de su creación fue el instrumento para hacer frente a las cargas ocultas que minaban el crédito territorial, favoreciendo los préstamos usurarios, pasó después a ser el medio vigoroso para hacer frente al desarrollo económico del país, pro-

porcionando una estructura suficiente para permitir la instauración gigantesca del moderno crédito territorial. Por ello, en la actualidad, frente a situaciones nuevas caracterizadas por el predominio de los problemas colectivos paralelos a la penetración creciente de la propiedad privada por los poderes públicos, está en condiciones de ofrecer también una estructura válida, creíble y asimilada en la conciencia social española que permita su aplicación a la ordenación del territorio en los ámbitos agrario, urbanístico y de protección del medio ambiente.

Se cumplen así las previsoras palabras de la exposición de motivos de la reforma de la Ley Hipotecaria de 30 de diciembre de 1944, cuando afirman que «la *fides públicas*, base y fundamento de todo sistema hipotecario, lo mismo sirve para dar una mayor movilidad a la tierra que para vincularla en lo menester al cumplimiento de los fines mencionados».

II. LA ORDENACION DEL TERRITORIO Y DEL MEDIO AMBIENTE. APORTACIONES DEL SISTEMA DE PUBLICIDAD INMOBILIARIA

Dentro de la sistemática protectora del medio ambiente, ocupa lugar prioritario la planificación ordenadora del territorio, no sólo por ser éste el bien natural primario, sino también por su indudable vinculación con la mayoría de los fenómenos ambientales con clara incidencia social. El suelo, el agua y el aire, la tríada de los clásicos, se muestran cada vez más escasos a medida que crece la población y sus necesidades, por lo que se hace precisa una regulación que evite las catastróficas consecuencias que se derivarían de persistir su despilfarro.

La llamada ordenación del territorio es una actuación jurídico-administrativa que pretende configurar el espacio en función de las necesidades sociales de la humanidad. Tomando como base diversas aportaciones científicas (tales como la geografía, la agronomía, la ecología y diversos principios económicos) ha venido a dar forma a un concepto nuevo del territorio que supera antiguas concepciones individualistas, hoy inaplicables. El aumento de la población, relacionado con la escasez del suelo, el desarrollo territorial y la creación de equipamientos, en unión de las nuevas ideas sobre la propiedad y la deficiencia de las estructuras agrarias son motivos más que suficientes para llamar la atención sobre la necesidad de abordar estos problemas inaplazables.

En consecuencia se hace preciso disciplinar los factores que gravitan sobre nuestro mundo. La ordenación del territorio, como advierte BAS-

SOLS (1), no es sólo un modelo abstracto o racionalista de organización del espacio, sino el resultado de una acción voluntarista de estructuración territorial protagonizada por los poderes públicos y también por los agentes privados, aunque éstos sometidos al control de la Administración.

Considerando, pues, la ordenación del territorio como una aportación sustancial y decisiva para el amparo del medio ambiente, sus funciones principales deben dirigirse tanto a la planificación urbanística como a la agraria y a la defensa de los recursos naturales. Respecto al urbanismo, los problemas deben abordarse en los distintos planes, sean generales, parciales o sectoriales, valorando preventivamente el impacto que las obras pueden ocasionar sobre el ambiente y las condiciones de vida. En cuanto al territorio rústico, base de nuestra alimentación, hay que defenderlo del deterioro originado por las actividades que lo degradan, sean externas o internas al sector. Finalmente, es obvio decir que el agua y los montes también deben ser protegidos, pues su conservación y renovación es vital para todos.

Nuestro trabajo concluye con la idea de resaltar que si en la ordenación racional del territorio deben conjugarse el reconocimiento a la iniciativa privada con el sentido social del dominio, consideramos imprescindible contar con un sistema de publicidad que refleje claramente el contenido y los deberes específicos de la propiedad ordenada.

Aparte las razones de ineludible seguridad jurídica en el tráfico de los inmuebles, con esta publicidad se hará posible el control social al conocer todos el conjunto de limitaciones y deberes que recaen sobre las fincas afectadas como consecuencia de la ordenación. Así, veremos que el Registro de la Propiedad, que ya viene demostrando su eficacia y aptitud al ser soporte de actuaciones planificadoras del suelo, contiene aún inéditas posibilidades para cooperar en cuantas regulaciones generales puedan producirse.

En general, las nociones anteriores, aun cuando han alcanzado un grado de precisión técnica indudable en el ámbito de la planificación urbanística, son, sin embargo, igualmente predicables con carácter general para todo el campo de la ordenación del territorio, puesto que, en definitiva, en este caso también lo que se está haciendo es elegir un modelo de desarrollo territorial en función de una planificación previa.

Pues bien, a partir de este planteamiento general, las aportaciones de

(1) MARTÍN BASSOLS COMA en su trabajo «Consideraciones sobre el agua y la ordenación del territorio», comunicación al I Congreso Nacional de Derecho de Aguas, Murcia, mayo de 1982. Ver también, del mismo autor, «El medio ambiente y la ordenación del territorio», en la revista *Documentación Administrativa*, número 190, abril-junio 1981, págs. 408 y ss.

los sistemas de publicidad inmobiliaria alcanzan su desarrollo fundamentalmente en aspectos como los siguientes:

a) La publicidad de sus determinaciones con efectos respecto de terceros, los cuales, aun cuando quedan directamente vinculados por la publicidad ordinaria derivada de la ordenación del territorio, verían reforzada su posición también con la publicidad registral.

b) La publicidad de los compromisos contraídos por los particulares en la ejecución de la ordenación del territorio y las garantías asumidas en tal sentido.

c) Cuantos pronunciamientos se deriven del planeamiento en cuanto sean exigibles a los particulares o a la propia Administración.

d) La publicidad de las vinculaciones impuestas también por el planeamiento, tanto en lo que se refiere a la ordenación de las fincas rústicas como respecto del suelo urbano o urbanizable.

e) La instrumentación de los distintos medios de ejecución del planeamiento que, por definición, producen un desencadenamiento de medidas jurídicas que desembocan fundamentalmente en el tránsito del dominio privado al dominio público mediante la expropiación o en el reparto de las cargas, mediante la reparcelación o la nueva organización de la propiedad agraria, como es el caso de la concentración parcelaria.

f) El señalamiento temporal del cumplimiento del Plan con las consecuencias derivadas de su incumplimiento, igualmente afectantes a terceros y que a través de la publicidad inmobiliaria permitirían evitar la aparición de ulteriores adquirentes de buena fe desconocedores de los compromisos contraídos.

g) Cuanto se refiere a la cooperación en la disciplina y corrección de actuaciones contrarias al interés público, dimanante de la planificación.

Esta sucinta enumeración sirve, pues, para enunciar los aspectos fundamentales en los que se puede producir una aportación del sistema inmobiliario respecto del proceso de ordenación del territorio.

III. MOTIVOS QUE IMPONEN LA ORDENACION

A) EL AUMENTO DE LA POBLACIÓN Y LA ESCASEZ DE SUELO

La combinación contrapuesta de estos dos factores constituye, sin duda, una gran preocupación, pues mientras la humanidad crece y necesita cada vez mayor número de bienes a consumir, las fuentes de la natu-

raleza no son ilimitadas por desgracia. Las estadísticas son tan elocuentes que de verdad impresionan (2).

Hace diez años que el Club de Roma publicó un trabajo, tachado de excesivamente pesimista y que produjo un gran impacto en la opinión pública mundial, titulado «Los límites del crecimiento». Elaborado por el Instituto Tecnológico de Massachusetts, en él se ponía en relación las variables exponenciales del crecimiento, teniendo en cuenta que todo incremento en una de ellas supone un cambio en todo el sistema. Así, se decía, la población no puede aumentar sin alimentos; la producción alimenticia crece con una mayor inversión de capital; a más capital se requieren más recursos naturales; éstos, desechados, se convierten en contaminación, y la contaminación, a su vez, interfiere en el crecimiento de la población y de los alimentos.

El tema del suelo es simplemente un problema de escasez de espacio. Históricamente la contraposición se establecía en el binomio agricultor-naturaleza; la tierra de cultivo era preciso rescatarla del monte a base de roturaciones y acaso habría que tropezar con los intereses de la ganadería, pero nada más. Hoy, frente al suelo agrario, plantean su lucha las superficies urbanas, industriales, turísticas y las comunicaciones, que son abiertamente contradictorias con la agricultura y los espacios naturales. no ya solo porque merman su suelo, sino porque ven dañado su ambiente y sus productos por las inevitables contaminaciones y residuos en el aire y en las aguas.

Los usos competitivos del espacio pueden plantear serios problemas; se ha dicho (3) que el crecimiento urbano de algunas grandes poblaciones españolas, con sus vías de comunicación anejas, han absorbido, destruyéndolas, grandes zonas de regadío; las ciudades se han comido su propio suelo y, si se sigue así, podría producirse un grave déficit de alimentos. Por otro lado, el deseo de producir más, que va implícito en la filosofía del desarrollismo, propicia el agotamiento si no se respeta debidamente la tierra como productora de alimentos. Por ello debe considerarse al

(2) En España, en diez años, la población ha crecido en tres millones y medio de habitantes y el abandono del campo por parte de la población activa ha hecho descender el índice de ocupación del sector agrario de un 28 por 100 en 1970 a un 16 por 100 en 1980. Los recursos naturales, en cambio, descendieron en España en estos diez años cuantiosamente: en los renovables (forestal y suelo), la repoblación fue en 1970 de 70.000 Has. En los no renovables o minería, el índice aumentó de 100 a 250 en minerales radiactivos, de 100 a 110 en minerales metálicos y de 100 a 115 en carbón. Y la producción industrial pasó en diez años del índice 100 al 135.

Traemos a colación estos datos, como los más recientes que conocemos, tomados del trabajo «Los ochenta, la década decisiva». Conversación con el doctor PECCEI, presidente del Club de Roma. *ABC de Madrid*, 13 febrero 1983.

(3) MARIO GAVIRIA LABARTA en su conferencia «La competencia rural-urbana por el uso de la tierra», publicada en la *Revista Agricultura y Sociedad*, núm. 7, abril-junio 1978, págs. 245 y ss.

suelo rústico como un valor insustituible y único y no puede quedar relegado a simple valor de cambio a merced del que mejor pague; de no respetarse este punto de vista, la producción alimentaria se verá perjudicada gravemente y las generaciones venideras, cada vez más numerosas, echarán inevitablemente de menos esas hectáreas del mejor regadío que fueron convertidas en suelo industrial o urbano.

Esta preocupación a escala mundial ha tenido su declaración formal en varias conferencias internacionales, a partir de la del Medio Humano, celebrada por la ONU en Estocolmo en 1972, en la cual se recomendó la conclusión de acuerdos internacionales para planificar y ordenar la tierra como productora de recursos vitales y se encargó a la FAO y otros organismos internacionales que incluyan en sus programas estas cuestiones referentes a la ordenación y aprovechamiento del territorio en relación con la política del medio humano.

La doctrina ha recogido estas inquietudes, deseando se plasmen en las debidas ordenanzas que se esperan. En general se aboga por una política de ordenación del espacio, cuyos puntos principales se concretan en procurar el crecimiento mínimo de las grandes ciudades, delimitación clara de los campos respecto a los núcleos urbanos o industriales, a base de montar las fábricas en lo posible de modo disperso y sobre ejes de comunicación y, por último, regular el armónico desarrollo de las regiones y comarcas (4).

B) LA FIJACIÓN DE UN MODELO DE DESARROLLO TERRITORIAL

La aplicación de la planificación al ámbito de la ordenación del territorio es una consecuencia más del intervencionismo general de la Administración, que encontró en la planificación su última etapa. Sin embargo, en relación con la ordenación del territorio, a partir de la formulación específica contenida en los Planes de Ordenación Urbana, el fenómeno de la planificación llegó a adquirir su mayor grado de precisión.

La vieja polémica sobre la aceptación o renuncia de la planificación, como expresión de una concepción política de la sociedad, dentro del ámbito de la ordenación del territorio no se ha cuestionado y se ha trasladado, como afirma MARTÍN RETORTILLO (5), a la alternativa entre buena o mala planificación.

(4) Puede verse, en este sentido, ALBERTO BALLARÍN MARCIAL en «La reforma de la Agricultura en España», trabajo incluido en *Estudios de Derecho Agrario y Política Agraria*, Madrid, 1975, pág. 986.

(5) MARTÍN RETORTILLO, Sebastián: «Antecedentes del concepto de Plan y referencia a la legislación de fomento del siglo XIX», en *Revista de Administración Pública*, núm. 66, pág. 40.

En el ámbito urbanístico, pionero de la ordenación del territorio, la cuestión se plantea sin vacilaciones a favor de la planificación. La razón de ello es clara y puede fundarse en dos puntos esencialmente:

- 1.º La definición del modelo de ordenación del territorio es función privativa de la sociedad a través de sus órganos de representación, mediante su participación pública y aunque la propuesta inicial proceda de los particulares. La definición última del modelo más adecuado está sustraída a la autonomía de la voluntad, ya que de otro modo estaríamos de nuevo ante una expresión de la propiedad feudal.
- 2.º Es decir, constituyendo el territorio una parte irrenunciable del Estado y estando al propio tiempo emplazado en el ámbito de cada uno de los términos municipales en que aquél se divide, su ordenación y la fijación del modelo de desarrollo territorial jamás pueden privatizarse, sino que es el producto de una decisión pública, con participación de todos los ciudadanos, lo cual no quiere decir que a través del juego de estas decisiones las distintas partes implicadas tengan que sacrificarse insolidariamente en beneficio de los demás, salvo en cuanto la planificación comporta limitaciones generales conformadoras del régimen normal del dominio.

De este modo, la fijación del modelo de desarrollo territorial alcanza consecuencias trascendentales, desde el punto en que la aplicación de esta iniciativa no supone, sin embargo, la desaparición de la propiedad privada, que tan decisivamente puede ser afectada por aquél.

Esta configuración impondrá, por lo tanto, el reconocimiento de vigorosas facultades excepcionales en favor de la Administración, siempre mediando la participación pública de los ciudadanos, tanto en la formación del modelo como en su control, pero, al propio tiempo, cuando aquél se proyecta sobre la propiedad privada, se instaura un sistema de garantías que hará posible la obtención de un doble objetivo: la consecución de las finalidades públicas previstas en el Plan y al propio tiempo el tratamiento justo de las situaciones individualizadas a través de un sistema de seguridad jurídica que permita el reparto efectivo de las cargas públicas.

No puede por eso desentenderse el Estado de todos los instrumentos contenidos en su ordenamiento jurídico para que estos principios queden salvaguardados. Porque de igual manera que las prerrogativas públicas quedan garantizadas mediante el reconocimiento de poderes excepcionales, también los derechos de los individuos deben estar insertos en un

marco de seguridad jurídica que llegue al ámbito de sus derechos objetivos más particularizados con la doble acepción de garantía de cumplimiento de los fines públicos determinantes del desarrollo territorial y del principio igualmente de distribución equitativa de los beneficios y cargas nacidas de la planificación.

C) LA CREACIÓN DE EQUIPAMIENTOS

La fijación del modelo de desarrollo territorial al que nos hemos referido anteriormente no viene tan solo a señalar, en un sentido cuantitativo, la magnitud de las posibilidades reconocidas a la iniciativa privada o a la propia iniciativa pública.

Junto a aquellas posibilidades, que evidentemente se contendrán siempre en el modelo elegido, a los poderes públicos les corresponde también idear que el planeamiento llegue a la fijación de un esquema equilibrado de desarrollo activo y de medidas sociales y genéricas para todos los ciudadanos.

De esta manera, en el modelo elegido, figurará el activo reconocido en favor de la iniciativa privada y el pasivo garantizable en favor de toda la colectividad.

Por esto, una idea esencial de la planificación reside en la vinculación de determinados bienes a la obtención de finalidades genéricas, pero que limitan las eventuales iniciativas de los particulares en beneficio de toda la comunidad.

No se trata, a pesar de la plasticidad de la expresión, de llegar a un rescate efectivo de las plusvalías nacidas del planeamiento, sino de conseguir que la planificación haga frente a las propias necesidades que de ella se derivan, mediante la formación de las dotaciones para equiparamiento o estándares mínimos convenientes a una sociedad moderna.

Todo lo cual, como ocurría en el caso contemplado en el apartado anterior, provoca también una doble tensión, como es la de conseguir que las determinaciones previstas en el plan lleguen a alcanzar realidad y que los afectados por las propias dotaciones comunitarias no sufran discriminadamente el sacrificio resultante de la carga, sino que al tiempo que ven vinculados sus bienes permitan poner en funcionamiento las medidas redistribuidoras.

Todo ello desde el momento en que el reconocimiento de la propiedad privada va ligado, sin embargo, al establecimiento de límites naturales del dominio, de tal manera que la Administración no actúa para obtención de los equipamientos a través de las medidas ordinarias indemnizatorias a su cargo, sino en el ejercicio de una función arbitral que permita distri-

buir adecuadamente entre todos los afectados las limitaciones naturalmente impuestas, que no son compensables económicamente más que en casos excepcionales por la Administración, ya que tan solo a lo que dan derecho es a la redistribución de beneficios.

Con todo lo cual quiere decirse que en la planificación del territorio se producirá siempre una inevitable tensión entre los legítimos intereses públicos que el planeamiento comporta y el reconocimiento constitucional de los derechos de los particulares. La superación de esta eventual antítesis para llegar a un adecuado orden jurídico resulta de los propios términos del artículo 33 de la Constitución cuando al tiempo que reconoce la propiedad privada afirma también que su contenido será delimitado por la función social fijada por las leyes y, en los artículos 45, referido a la defensa del medio ambiente, y 47 en cuanto hace referencia a la utilización del suelo de acuerdo con el interés general y la participación en las plusvalías generadas por la acción urbanística de los entes públicos.

D) LAS NUEVAS CONCEPCIONES SOBRE LA PROPIEDAD

Las tendencias sociales y planificadoras del Estado sobre el suelo, tratando de ordenar los derechos que sobre él recaen y en especial el dominio, como el más típico que los representa, son prácticamente generales en todos los países de civilización occidental y responden tanto a satisfacer necesidades sociales y económicas de la época como a repudiar las exageraciones individualistas o intervencionistas.

La postura liberal de considerar al dominio como derecho sagrado e inviolable es tan absurda como su polo opuesto, que propugna la intervención absoluta del Estado en el ámbito privado, tratando de abolir o anular prácticamente la propiedad. Si la primera supone un ataque a la Justicia Social, la segunda va contra la dignidad y la libertad de la persona. Ambas posturas son inaceptables en sus formulaciones puras y difícilmente podrían ser defendidas hoy.

Va ganando, pues, generalidad y firmeza la idea de una propiedad sometida a limitaciones conducentes a ordenar el territorio con vistas a su utilización racional y comunitaria. Se respeta en principio la esfera privada del propietario, el cual explotará mejor la tierra si se sabe destinatario de los beneficios que obtenga con su esfuerzo; pero, por otro lado, se limitan sus actuaciones cuando éstas pueden resultar antisociales, de acuerdo con programas establecidos previamente.

Una de las características de las constituciones y legislaciones posteriores a la segunda guerra mundial es la del triunfo de la tendencia a

programar y planificar el territorio urbano o rústico en lo que se refiere a su ordenación, aprovechamiento racional y defensa.

La propiedad ya no se concibe como un derecho ilimitado del individuo, así como tampoco puede abolirse de un plumazo. Pertenece a quien la impulsa y cuida, cumpliendo unos cometidos que la pongan en función de la sociedad a la que debe servir, según la correspondiente regulación.

Frente a la amplitud que el artículo 348 del Código Civil otorga al dominio, nuestras leyes especiales más recientes recortan sus facultades de modo notable:

- En la esfera urbana, la Ley del Suelo ordenando que debe utilizarse en congruencia con la función social de la propiedad y la utilidad pública, limitando dicho dominio de modo que se asegure el uso del suelo racionalmente en cuanto al mantenimiento de una densidad adecuada al bienestar de la población (arts. 3 y 76).
- En la esfera rural, la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario determina que el suelo deberá utilizarse en la forma que mejor corresponda a su naturaleza, con subordinación a las necesidades de la comunidad nacional y que el cumplimiento de la función social de la propiedad de fincas rústicas obliga a que sean explotadas según su destino agrario más idóneo y a realizar en ellas las mejoras necesarias para obtener recursos acordes con el nivel técnico existente (arts. 1 y 2).

E) LA DEFICIENCIA DE LAS ESTRUCTURAS AGRARIAS

Tanto en el aspecto empresarial como en el territorial, las explotaciones agrarias están necesitadas en España de una ordenación eficiente que eleve su producción y las haga más rentables.

En cuanto a lo primero, las economías individuales o a lo más familiares, que son el modo más frecuente de llevar el cultivo de la tierra, resultan por completo incapaces de conseguir mejoras y, a veces, ni siquiera pueden mantener la explotación a flote. El nivel económico del agricultor español es francamente bajo y no puede competir en modo alguno con los sectores industriales o de servicios; de esta manera resulta homérico cualquier esfuerzo para modernizar su equipo y es un puro sueño el intento de adquirir tierras para que su explotación alcance niveles de viabilidad.

Y en relación al aspecto territorial, a pesar de las medidas de concentración parcelaria, regadíos y fincas mejorables, aún tenemos en España como principales deficiencias el minifundio y la dispersión y existen

zonas poco aprovechadas agronómicamente. Al norte del río Tajo, antes de empezar la concentración parcelaria se daba una media de 50 áreas por parcela y cada explotación se componía de un elevado número de éstas; por el contrario, al Sur y Oeste de España es frecuente la existencia de grandes fincas, no siempre bien explotadas. Aunque algunos opinan que sólo influyeron en la gestación y desenvolvimiento posterior de este singular régimen desigual los fenómenos político-económicos de la Reconquista y la Desamortización (6), no se deben minusvalorar los condicionamientos naturales, en especial la orografía y el clima: La parte septentrional es abundante en lluvias y montañosa en general, mientras que las tierras del Sur, la Mancha y Extremadura son secas y llanas; todo ello puede contribuir a la configuración distinta en la España húmeda y en el secano de las llanuras.

Sean cuales fueren las causas, ahí están los efectos y tan perniciosa es la escuálida hacienda de diminutas y dispersas parcelas como la gran finca deficientemente explotada. En ambos casos se precisa una reordenación que evite las desigualdades.

IV. FUNCIONES DE LA ORDENACION DEL TERRITORIO

A) DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES Y LEGALES EN QUE SE BASA

En España no tenemos una regulación general ordenadora del territorio. Y la verdad es que se hace cada vez más necesaria para delimitar claramente las esferas urbana y rural y planificar tanto las cuestiones del suelo edificable como los más adecuados aprovechamientos agrícolas, ganaderos o forestales en cada una de las comarcas del territorio nacional, de acuerdo con las características de sus suelos y las necesidades sociales.

De momento, lo único que tenemos son disposiciones sectoriales, más o menos aisladas y no siempre armónicas, en las que podrían basarse provisionalmente una casi ordenación.

a) En la *Constitución de 1978* encontramos:

- En primer lugar, el genérico artículo 45, que encomienda a los poderes públicos el deber de velar por la utilización racional de los recursos naturales en orden a la defensa del medio ambiente y la mejora de la calidad de la vida humana, para cuya finalidad se acude a la solidaridad colectiva como indispensable.

(6) PASCUAL CARRIÓN: *El latifundio en España*, Madrid, 1932, pág. 291.

- El artículo 33.2 establece como principio esencial que el contenido del derecho de propiedad vendrá delimitado por su función social, de acuerdo con las leyes. Sin embargo, esta función no es un puro límite como podría deducirse de una visión superficial y literalista del precepto, sino que conforma el contenido del derecho y penetra en su propia esencia. La función social tiene un doble aspecto: el objetivo, que pretende la ordenación adecuada del suelo en sus facetas económica y social, y el subjetivo, referido al contenido mismo del dominio y que puede llegar a imponer al titular prestaciones positivas. Este puede ser también el sentido del artículo 128 de la propia Constitución, que subordina al interés general toda la riqueza nacional en sus distintas formas.
- La libertad de empresa y la planificación son dos conceptos contradictorios en principio, que se intenta armonizar en los artículos 38 y 131. Por el primero se garantiza el ejercicio de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, pero subordinándola a la economía general y a la planificación, y en el artículo 131 se establece que el Estado, tiene la facultad de planificar mediante leyes la actividad económica «para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo sectorial y regional», conceptos en los cuales cabe perfectamente la ordenación del territorio.
- Al regular el derecho a la vivienda, el artículo 47 prevé el establecimiento de normas que regulen la adecuada utilización del suelo de acuerdo con el interés general, atribuyendo a la comunidad la participación en las plusvalías que se generen por la acción urbanística de los entes públicos.
- El fenómeno autonómico, prácticamente inédito y necesitado de rodaje, puede presentar dificultades importantes que la Constitución trata de obviar señalando las competencias respectivas del Estado y de los órganos regionales. Corresponden al Estado, según los números 22 y 23, del apartado 1, del artículo 149, la ordenación de los recursos hidráulicos cuando las aguas excedan del ámbito regional y la legislación básica sobre protección del medio ambiente, montes y sus aprovechamientos y vías pecuarias. Las comunidades autónomas podrán asumir competencias, según varios apartados del artículo 148, sobre las siguientes materias: 3.º ordenación del territorio, urbanismo y vivienda; 7.º agricultura y ganadería; 8.º montes y aprovechamientos forestales; 9.º ges-

tión en materia de protección del medio ambiente; 10.º aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos comprendidos en su territorio, y 11.º pesca en aguas interiores o fluviales y caza. En caso de conflicto o duda, las normas estatales prevalecerán sobre las autonómicas y serán sus supletorias, según el artículo 149.3.

b) Entre las *leyes sectoriales* vigentes podemos señalar:

1.º En el ámbito urbano:

- La Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, reguladora de la división por pisos de los edificios.
- La Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, según texto refundido de 9 de abril de 1976, cuyo objeto es la ordenación urbanística de todo el territorio nacional. Está desarrollada por tres Reglamentos de 1978, que son los de Planeamiento, Gestión Urbanística y Disciplina Urbanística.

2.º En el ámbito agrícola:

- La Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 1 de enero de 1973, regulando la acción para la transformación de grandes zonas, explotaciones agrarias y conservación de los recursos naturales en aguas y tierras.
- La Ley de Fincas Manifiestamente Mejorables de 16 de noviembre de 1979, cuyo módulo de actuación es precisamente el incumplimiento de la función social de la propiedad de la tierra.
- La Ley de Explotaciones Familiares Agrarias de 24 de diciembre de 1981, tratando de conseguir explotaciones viables y su inscripción registral.

3.º Protectoras de recursos naturales:

- La centenaria Ley de Aguas de 13 de junio de 1879, que, con algún retoque del Código Civil, sigue vigente, aunque en trance de revisión.
- La Ley de Montes de 8 de junio de 1957. Otras leyes en esta materia son las de 4 de enero de 1977, sobre fomento de la producción forestal; la de incendios forestales de 5 de diciembre de 1968; la de 2 de mayo de 1975, sobre espacios naturales protegidos y, por último, el Real Decreto-ley 2 de 1982,

tramitado en las Cortes como ley, que autoriza al ICONA para repoblar terrenos incluidos en el Catálogo de Utilidad pública sin necesidad de expropiar.

- En materia de conservación de la naturaleza, aparte del Decreto-ley de 28 de octubre de 1971 creando el ICONA, pueden citarse las leyes de 22 de diciembre de 1972 sobre protección del medio ambiente y 19 de noviembre de 1975 sobre residuos sólidos urbanos. Y además las leyes de 28 de diciembre de 1963 sobre centros y zonas de interés turístico y 29 de abril de 1964 sobre energía nuclear.

Como vemos, nuestro territorio no está, ni mucho menos, unitariamente ordenado. Por el contrario sus cuestiones se rigen por alguna, o varias a la vez, de las disposiciones citadas o en último término por la legislación civil ordinaria que normalmente no alcanza a regular estos aspectos que aquí interesan. Añádase a esto la conflictividad orgánica por la lucha de competencias y se verá que es absolutamente preciso corregir cuanto antes esta situación poco deseable.

B) ACTUACIONES URBANÍSTICAS

La aparición de los problemas urbanísticos y la consiguiente necesidad de proceder a la ordenación de las ciudades se debe, dicho sea con evidente simplificación, al incremento de la población y su congregación en áreas urbanas, como consecuencia, principalmente, del proceso de industrialización.

De esta manera este fenómeno es el que da paso de una situación marcadamente agraria a una civilización radicalmente urbana y como consecuencia de ello surge algo que podríamos llamar sustancialmente novedoso también: la necesidad de proteger los derechos de las nuevas ciudades, es decir, el derecho de la ciudad, como correlativo al derecho de los particulares.

Como presupuestos de esta transformación resultan los siguientes puntos:

- 1.º El espacio urbano, que había venido creciendo armónicamente en virtud de unas relaciones sociales estables, se desborda y hace imperiosa su racionalización y organización, como dice LEFEVRE (7).

(7) LEFEVRE, Henri: *El derecho a la ciudad*, Ediciones Peninsulares, 4.ª edición, 1978, pág. 23.

- 2.º El libre aprovechamiento de los bienes resulta incompatible con los intereses generales y, recíprocamente, estos últimos imponen formalmente las condiciones objetivas para la adecuada expansión de la ciudad.
- 3.º Las dotaciones precisas para una vida social equilibrada y los aprovechamientos admisibles del suelo son programados con carácter previo, aunque sin resultados efectivos ante la inevitable ruptura con los modelos jurídicos de una sociedad claramente individualista y rural en el tiempo inmediatamente anterior.

Al producirse estos hechos y tomarse conciencia de su dimensión social surgen inevitablemente los problemas jurídicos en cuanto aquéllos se desarrollan dentro del sistema de reconocimiento de la propiedad privada. La existencia de un planeamiento rígido y formalista da lugar a que muchas ciudades estén «... rodeadas de terrenos intrínsecamente baratos, terrenos yermos sin urbanizar, y las ciudades estén estrujadas por los especuladores de viviendas o industrias».

La problemática urbanística entra, pues, en el ámbito jurídico y sus consecuencias alcanzan a todos los estratos sociales, convirtiéndose en tema polémico de la opinión pública y en programa de los grupos y partidos políticos. Nadie duda ya de que la propiedad tiene que sufrir forzosamente limitaciones; pero se llega a más, a plantear como un objetivo la socialización de la propiedad urbana, terminología no excesivamente clara en lo jurídico, pero sí ilustrativa para ser usada como eslogan. En cualquier caso se defiende rigurosamente una directa participación del Estado para provocar una oferta de suelo que rompa las limitaciones derivadas de un suelo escaso retenido por sus propietarios en busca del mejor precio. El rescate de las pluvalías del suelo es así un término que suscribirá cualquier grupo político al menos (8).

De este modo, el tema del urbanismo se constituye en uno de los problemas más significativos y polémicos del siglo xx. Al mismo tiempo, nunca hasta ahora un sistema jurídico como en el que se basa había llegado a apasionar en tal grado, y de ser una tarea meramente técnica pasa a convertirse en punto central de referencia.

Las consecuencias del nuevo régimen urbanístico producen efectos

(8) La revista *Cuadernos para el Diálogo* publica un número monográfico extraordinario dedicado al tema en 1970 con títulos como los que siguen: «Proceso al urbanismo» (editorial); «La propiedad privada del suelo urbano: una contradicción insoluble», de JOSÉ ELIZALDE; «La corrupción en materia de urbanismo», de MARIO J. GAVIRIA; «Psicopatología y gran ciudad», de CASTILLA DEL PINO; «En busca de un urbanismo liberador», por Tojo MENÉNDEZ, y «El régimen jurídico del suelo urbano y urbanizable», por MANUEL DELGADO IRIBARREN.

característicos desde su concepción jurídica, que vienen determinados por los siguientes extremos:

a) El uso del suelo se hará de conformidad con las previsiones contenidas en los Planes de Ordenación, dentro del cuadro normativo establecido por el ordenamiento jurídico.

De esta manera, el suelo no puede ya separarse de su calificación urbanística, y ésta actúa, ateniéndonos a la terminología privativista, como verdadera carga o como cualidad del terreno. Su calificación urbanística es la que le da al dominio su contenido económico e incluso despliega la energía precisa para que la Administración y los Tribunales acojan y otorguen la protección pedida, cuando por la calificación peyorativa de un determinado terreno, en relación con los demás se ve frustrada la intención del reparto solidario de los beneficios y cargas del Plan (art. 69 de la Ley del Suelo). Todo ello a pesar del esfuerzo conceptual y legislativo de pretender independizar el valor del suelo de su calificación, principalmente a partir de la Ley de Reforma.

La trascendencia real de la calificación urbanística es incuestionable, de aquí la tendencia a la progresiva coordinación con los sistemas de publicidad inmobiliaria, haciendo constar en el folio abierto a cada finca en el Registro su condición urbanística (9).

b) El derecho de propiedad, tal y como resulta de los Planes de Ordenación, queda delimitado en su contorno natural por el planeamiento, de tal manera que al no configurarse las restricciones derivadas de éste como limitaciones excepcionales, al modo previsto en el artículo 348 del Código Civil, no dan lugar por sí mismas a indemnización alguna, según resulta del artículo 87 de la Ley del Suelo. Claramente prevé la ley que la ordenación impuesta por los Planes, «por implicar meras limitaciones y deberes que definen el contenido moral de la propiedad según la calificación urbanística», no conferirá derecho a los propietarios a exigir indemnización.

Ello no quiere decir que la propiedad del suelo tenga así que sufrir insolidariamente las consecuencias del Plan. Todo lo contrario; lo que significa es que la Administración no asume la carga de restablecer el equilibrio patrimonial roto con cargo a su propio patrimonio. La identidad de tratamiento económico se logrará a través del reparto solidario de la carga, y también del beneficio, entre todos los terrenos afectados por el Plan o, al menos, los de la unidad urbanística delimitada al efecto. En este proceso de redistribución, que técnicamente da lugar a los denominados proyectos de reparcelación o compensación, la Admi-

(9) FUENTES, Narciso de: *En torno al urbanismo. Política del Suelo y Registro de la Propiedad*, Madrid, 1963.

nistración está obligada a participar como árbitro de los intereses contrapuestos (arts. 98, 99 y 100 de la Ley del Suelo).

c) El aprovechamiento urbanístico del suelo no constituye un derecho previo del particular, sino que proviene directamente del Plan. El sistema urbanístico no desconoce el derecho de propiedad; por el contrario, parte siempre de su previo e integral reconocimiento. Lo que no puede entenderse, en cambio, es que el derecho de propiedad del suelo alcance verticalmente el aprovechamiento que quiera darle su propietario: este aprovechamiento procede del Plan, no ha sido ganado previamente por el dueño del suelo y ha de ser desarrollado de acuerdo con los intereses de la comunidad. Ahora bien, una vez concedido, la Administración ve autolimitadas sus prerrogativas, de tal manera que las exigencias derivadas de la seguridad jurídica le vinculan a mantenerlo mientras el Plan esté en vigor, y su modificación anticipada no podrá ser ya libremente efectuada sin someterse a las consecuencias originadas por la frustración de la confianza que ella misma generó al aprobar el Plan, según resulta del artículo 87.2 de la Ley del Suelo.

d) El estatuto jurídico del suelo nacido del Plan se desarrolla en un proceso posterior de ejecución mediante el cual se verifica si los actos materiales por los que aquél pretende llevarse a la práctica se acomodan a él. Por eso el derecho al aprovechamiento, si bien nace del Plan, requiere, sin embargo, el control de sus actos de ejecución, cuyo control habilitará al particular interesado a comenzar las operaciones materiales que el Plan admite. El sistema de verificación del planeamiento está constituido por todo el régimen de licencias, encomendado a las Corporaciones Locales, último momento de intervención de la Administración desde el inicial en que asumió la tramitación del Plan. La seguridad en esta fase exige evidentemente el mayor reforzamiento, como se corresponde con el fin de la actividad ejercitada que trata únicamente de verificar la acomodación de lo pedido al planeamiento en que se base.

e) Por fin el Plan no solamente contiene una posibilidad de desarrollar sus determinaciones, sino que encierra también la obligación de hacerlo en correspondencia con la función social de urbanizar y edificar, inherente a la utilidad pública que el Plan comporta.

Como decíamos antes, el Plan crea un conjunto de obligaciones *propter rem*, consistentes en el deber de urbanizar y el de edificar. Aquel deber proviene directamente del Plan o, a falta de determinaciones en el Plan, es marcado por la Ley. La inobservancia de estos deberes está sujeta a fuertes sistemas coactivos, tales como la expropiación y la exigencia de responsabilidades económicas por vía del apremio —arts. 130 y 132 de la Ley del Suelo en cuanto a la obligación de urbanizar—, la iniciación del expediente de venta forzosa por el incumplimiento del deber

de edificar (según el art. 156 de la misma ley) o su expropiación (art. 158 de la Ley del Suelo).

Queda así por ello enmarcado el planeamiento urbanístico en el proceso general de planificación. La descripción de sus notas características revela la coincidencia sustancial con el concepto general de la planificación. Ello, no obstante, el Plan de Ordenación Urbana representa el modelo más acabado del concepto general de Plan, sin perjuicio de las circunstancias que maten su condición.

Pues bien, cuando se procede a la planificación del territorio a través de los Planes de Ordenación urbana todas las actuaciones urbanísticas que al efecto se monten, aunque sean el producto, según hemos dicho, de decisiones de la Administración, terminan recayendo inevitablemente sobre los bienes de los particulares, que seguirán siendo de ellos, pero a través de un proceso de modalización y transformación que se deja directamente en manos de la propia Administración.

El punto de apoyo y soporte jurídico formal de todo este proceso de transformación es inevitablemente el sistema hipotecario, porque a través de él, que no tiene el carácter de una institución meramente administrativa, sino que es el resultado de decisiones jurídicas independientes y asumidas con arreglo a criterios de estricta legalidad, bajo la personal y directa responsabilidad del Registrador, se producen efectos permanentes únicamente sometidos a la decisión de los Tribunales. Mediante esta intervención se hace posible ordenar debidamente las facultades de los órganos intervinientes en el dominio de los particulares, poner a éste en condiciones de cumplir sus propios deberes y hacer partícipes a todos los miembros de la sociedad de los compromisos compartidos con la planificación.

De este modo el Registro de la Propiedad, además de prestar su colaboración como instrumento de seguridad jurídica, proporciona igualmente un medio para verificar el control social del dominio.

C) PLANIFICACIÓN AGRARIA

— En concordancia con las deficiencias apuntadas, deben ser función de la ordenación territorial y, por tanto, objeto de su normativa, tanto los aspectos empresariales como los fundiarios de la explotación agraria.

a) Una posible solución a la escasa rentabilidad de la empresa agraria es apoyar la llamada agricultura de grupo, que reduce los costes de producción. La Constitución manifiesta el propósito de fomentar las

cooperativas (art. 129) y atender al desarrollo de la agricultura (art. 130). La Ley General de Cooperativas de 1974 formula el solemne compromiso del Estado de estimular el movimiento cooperativo en todas sus formas. Y diremos que es cierto que esta propia Ley y además la de Reforma y Desarrollo Agrario y otras disposiciones otorgan algún trato fiscal favorable que supone un incentivo para la explotación comunitaria. Pero es preciso insistir que no bastan los propósitos ni los beneficios esporádicos, sino que es preciso acometer una regulación completa y orgánica de la empresa asociativa que pueda propiciar las mejores soluciones.

b) En el aspecto de las deficiencias territoriales de nuestra agricultura, ya en el IX Congreso Europeo de Derecho Rural, celebrado en Valencia en 1977, se afirmó que el campo no puede rivalizar económicamente con el urbanismo en competencia por el uso del suelo; esto exige una política territorial que proteja a las buenas tierras agrícolas de un uso inadecuado. Por ello se concluía que hacen falta instrumentos jurídicos que permitan el equilibrio entre ambas esferas.

Ya en las tierras puramente rústicas, las correcciones territoriales pueden concretarse en las siguientes facetas, ya reguladas en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario:

- La transformación en regadío o desecado de zonas para crear o completar explotaciones agrarias.
- La concentración parcelaria.
- El auxilio técnico y económico a las explotaciones.
- La actuación sobre comarcas y fincas mejorables.

D) DEFENSA DE LOS RECURSOS NATURALES RENOVABLES

En las «Jornadas Iberoamericanas y Europeas de Derecho Agrario» celebradas en Zaragoza-Jaca en julio de 1976, donde se estudió ampliamente la ordenación del territorio, se concluyó que los recursos naturales renovables —suelos, aguas, flora y fauna— constituyen unidad y, en consecuencia, deben ser regulados en forma unitaria dentro del cuadro general del ordenamiento del territorio y de acuerdo con la ecología, en sus aspectos de protección o defensa, conservación, mejora, uso racional, aprovechamiento y disponibilidad (10).

Por eso entendemos que una de las funciones principales de esta ordenación territorial debe ser la regulación orgánica del uso y conserva-

(10) Pueden verse las conclusiones en el libro del mismo título de las Jornadas, publicado por la Universidad de Los Andes, Mérida (Venezuela), año 1977, página 632.

ción de los recursos naturales, cuya renovación debe cuidarse bajo la consideración de que su agotamiento sería fatal para la humanidad.

La normativa debería comprender, al menos, tres grandes bloques:

- El espacio forestal, necesitado no sólo de conservación, sino de fomento, por razones tanto económicas como de equilibrio ecológico y protección a la salud pública.
- El agua, elemento indispensable, en trance de escasez. Hay que regular todos sus aspectos y en especial la ordenación de suelos afectados por embalses, plantas desalinizadoras, trasvases de cuencas y otras obras hidráulicas que se realizan con técnicas impensadas hace un siglo (11).
- La conservación del entorno natural para protegerlo de intrusiones avasalladoras. Hay que completar la regulación sobre los llamados parques naturales, tan necesitados de defensa.

V. MEDIDAS DE COLABORACION DEL SISTEMA DE PUBLICIDAD INMOBILIARIA A LA ORDENACION DEL TERRITORIO

El sistema de publicidad inmobiliaria se centra en España en el Registro de la Propiedad, creado por la Ley Hipotecaria de 1861 y que, según su texto vigente, de 8 de febrero de 1964, tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos o contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles. Este Registro que inicialmente fue concebido para proteger la adquisición de las fincas y asegurar el crédito territorial ha cumplido este papel eficazmente a lo largo de más de un siglo.

Pero lo más importante y que queremos resaltar ahora es que esta institución va acreditando también día a día una indudable faceta social consistente en prestar nuevos y valiosos servicios a la comunidad. La inscripción registral, con la publicidad y efectos que produce, significa algo más que una garantía para los particulares o una protección al tráfico jurídico, por importante que esto sea. Por ello debe verse el Registro más bien como un servicio público (12) o una institución que brinda ilimitada colaboración para una buena política de ordenación territorial.

(11) En mayo de 1982 se celebró en Murcia el I Congreso Nacional de Derecho de Aguas, cuyo principal objeto fue estudiar los diversos aspectos de una posible reforma de la Ley de Aguas. Sus comunicaciones han sido publicadas por el Consejo Regional y la Universidad de Murcia, 1982.

(12) LÓPEZ MEDEL, Jesús: *Teoría del Registro de la Propiedad como servicio público*, Madrid, 1959.

Actualmente se ha generalizado la tendencia normativa de acudir al sistema de publicidad registral, tanto en las actuaciones urbanísticas como en las agrarias, obteniéndose resultados francamente positivos. RAMÓN DE LA RICA dijo que la función social que la propiedad inmueble debe cumplir halla en la institución del Registro de la Propiedad y en su sistema el instrumento más apto, el auxiliar más idóneo para el cumplimiento práctico de las funciones que esas modernas concepciones requieren (13).

Por eso nos proponemos estudiar las posibles contribuciones que nuestro sistema inmobiliario puede aportar a la tarea de la ordenación del suelo, insistiendo en que en esta urgente y afanosa obra, que a todos interesa, el papel del Registro en sus diversas facetas es tan importante como vamos a ver.

A) COMO MEDIO DE PUBLICIDAD DE LAS LIMITACIONES Y DEBERES DEL DOMINIO

La concepción funcional del dominio, que comporta limitaciones y aún obligaciones de carácter positivo a su titular, se ha abierto paso en la normativa y la doctrina contemporáneas de un modo cada vez más generalizado. Siendo así, la inclusión de determinadas zonas territoriales o fincas aisladas en especiales ordenanzas o regulaciones que alteren su estatuto normal, debe suponer como medida lógica la existencia de un sistema que publique suficientemente el alcance de ese ordenamiento especial y alerte sobre sus consecuencias jurídicas. Se ha dicho acertadamente que si el Registro tiene su razón de ser, ésta es la publicidad, pero no de simple anuncio, sino productora de efectos jurídicos (14).

Se podría alegar que una regulación general del suelo puede tener plena eficacia por sí y surtir todos sus efectos, como limitación normal del dominio, sin necesidad de constatación registral alguna, ya que dimanaría de una ley conocida por todos. Pero no puede olvidarse que esa ordenación, con sus restricciones, supondría siempre una serie de limitaciones al contenido normal del dominio y hay entonces razones de seguridad jurídica que no se pueden desconocer y que exigen una suficiente publicidad. En efecto, toda ordenación, por genérica que sea, recae sobre predios o edificios concretos que resultan sometidos

(13) DE LA RICA Y ARENAL. Ramón: «Realidades y problemas de nuestro Derecho Registral Inmobiliario». Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, leído el 1.º de marzo de 1962, editado por dicha Academia.

(14) CHICO ORTIZ, J. María: «La publicidad registral en relación con el urbanismo y la prehorizontabilidad». Comunicación al III Congreso Internacional de Derecho Registral, Madrid, 1978, pág. 205.

a su acción, por lo que se hace precisa su individualización; además es necesario evitar todo daño al tercer adquirente, que no tiene otro medio para conocer la situación especial de la tal finca. Como dice LUCINI, en aras del máximo respeto a la finalidad específica de la Institución registral, visto el cúmulo de disposiciones legales que de una u otra forma supongan recortes limitativos del contenido del derecho de propiedad, resalta la necesidad cada día más imperiosa de que estas limitaciones dominicales de origen legal sean no sólo públicas, sino también publicadas, incumbiendo esa publicación al Registro de la Propiedad (15).

En todo plan ordenador del suelo ha de haber necesariamente una determinación clara y precisa, por parte del organismo actuante, de las fincas que resulten comprendidas en el perímetro a ordenar y a las que afectarán las limitaciones o prohibiciones que dicho Plan comporte. Es lógico, por tanto, que, por mandato legal, en estos supuestos el Registrador consigne en el folio correspondiente a las fincas afectadas la situación especial resultante para que el Registro cumpla su función de efectiva publicidad.

En la Disposición Transitoria 13.^a, de la Ley de 2 de mayo de 1975, pauta para la vigente redacción de la Ley del Suelo, se ordena la acomodación a la Ley Hipotecaria para que «las limitaciones y deberes establecidos en la misma y en los planes, programas, proyectos, normas y catálogos se reflejen con toda exactitud en el Registro de la Propiedad». Y en materia agraria, hay una aceptable concordancia entre la publicidad registral y las leyes especiales que regulan estas actuaciones (16).

B) COMO GARANTÍA DE LOS COMPROMISOS IMPUESTOS POR LA PLANIFICACIÓN

La planificación en este ámbito tiene como objetivo fundamental, como hemos visto anteriormente, señalar un modelo de desarrollo del territorio. Este modelo es fijado por la Administración a través de un procedimiento público en el que tiene lugar esencialmente la participación integral de los ciudadanos a través del período de información pública y en el ejercicio de la acción popular para velar porque los actos de ejecución se acomoden a la ordenación aprobada.

De estos tres estadios de participación pública del sistema de publicidad inmobiliario está en condiciones de prestar una adecuada colabo-

(15) LUCINI CASALES, Angel: «Aspectos registrales de la nueva Ley española sobre comarcas y fincas mejorables», en el libro *Jornadas Italo-Españolas de Derecho Agrario*, Universidades de Valladolid y Salamanca, 1976.

(16) Puede verse en el libro *El Registro de la Propiedad y la legislación social agraria*, de CORRAL DUEÑAS, Madrid, 1977.

ración en la iniciación del planeamiento de iniciativa privada y en las garantías de su adecuada ejecución, facilitadoras en definitiva el ejercicio de la acción.

Esta colaboración, pues, puede desarrollarse a través de los siguientes esquemas:

1.º En la fase de formación del planeamiento de iniciativa privada.

El proceso de ordenación del territorio responde a una concepción integradora de las actividades privadas reconocidas por la Constitución y la sanción otorgada por la Administración a sus actos cuando aquéllas se contrastan con el interés público mediante la participación del resto de los ciudadanos.

Resulta por ello de interés encontrar un procedimiento que presta una adecuada respuesta, con reflejo público sobre los bienes afectados, de los compromisos sociales que la ordenación del territorio entraña, de tal manera que se asegure así el interés público, el de los futuros adquirentes e incluso el propio y legítimo interés de los promotores que están obligados a ajustarse al planeamiento y a las leyes, pero que una vez lo hayan hecho fielmente deben verse liberados de las cargas impuestas.

Para ello parece conveniente que durante el tiempo en que media desde la presentación de una iniciativa hasta su aprobación por la Administración el promotor, al que tan importantes funciones reconoce la ley en razón de la iniciativa privada, haga patente frente a toda la sociedad el compromiso que él mismo asume de tal manera que se impida la fraudulenta transmisión de los bienes esquivando su propio propósito.

Este estadio de halla comprendido dentro de las medidas de publicidad de la prefiguración del régimen de la ordenación del territorio, de tal manera que lo que no es más que un propósito que requiere la aprobación de la Administración pueda reflejarse públicamente sobre las fincas sujetas al proyecto, anunciando aquéllos propósitos que afectan esencialmente a terceros, como son los modos de ejecución de la ordenación y su conservación.

Se conseguirá así garantizar aún más frente a la Administración y advertir a los terceros y legítimos interesados, inequívocamente, cuál es el alcance concreto de la propuesta.

Se ha dicho por eso que a través de la prefiguración:

«Es posible fijar las reglas esenciales de su régimen jurídico (se refiere en particular a la planificación urbanística), sin perjuicio de que su desarrollo se efectúe más adelante, cuando esté aprobado el Plan y entren en funcionamiento los mecanismos de ejecución.

Mientras no se acojan aquellos compromisos al régimen de publicidad estatutaria del Registro, siempre estarán surgiendo riesgos para los adquirentes y para la propia Administración, que no tendrá a favor todos los medios legales por los cuales pueda hacerse efectiva la obligación de conservar respecto de terceros» (17).

2.º Mediante el aseguramiento de las obligaciones contraídas al aprobarse la ordenación.

Aprobada la ordenación del territorio es también evidente que el sistema hipotecario está en condiciones de proporcionar un apoyo efectivo a la Administración y a la sociedad entera para que la planificación se haga realidad.

Este cumplimiento se puede conseguir a través de un doble alcance: de una parte, mediante la adecuación de garantías reales, si el promotor lo desea sobre las fincas afectadas, ya sea incluso en régimen de prefiguración de la ordenación o en el de la constitución definitiva del mismo; de otra, dando publicidad a las situaciones jurídicas de planeamiento supeditando la eficacia de la ordenación a que se acredite la inscripción de sus determinaciones esenciales (18).

En particular la aprobación definitiva de la ordenación del territorio permitirá conseguir estos objetivos:

- a) La publicidad de sus determinaciones urbanísticas.
- b) La garantía de cumplimiento en el tiempo de las previsiones de la ordenación.
- c) Las garantías de conservación y ejecución de la ordenación aprobada.
- d) El régimen jurídico de las vinculaciones, prestaciones positivas o cesiones.
- e) El régimen jurídico de la expropiación, reparcelación o concentración parcelaria.

Puesto que en la base de la ordenación del territorio se halla situada realmente la concesión de la facultad de intervenir dentro de los límites impuestos por la planificación, quiere decirse con ello que el conjunto

(17) LASO MARTÍNEZ, José Luis: *Derecho Urbanístico*, tomo II, págs. 68 y 69.

(18) En este sentido se pronunció la denominada Carta de México con motivo del IV Congreso Internacional de Derecho Registral, celebrado en aquella ciudad del 1 al 7 de diciembre de 1980. El punto 5 de su III apartado proclama: «En cuanto la decisión planificadora se refiera directamente y mediante su individualización precisa a fincas o parcelas que constituyan unidades registrales, sus previsiones deben relacionarse en el asiento registral como elemento colaborador del principio de determinación o especialidad».

de todas las garantías dirigidas al cumplimiento de este objeto, queda suficientemente atendido cuando el adquirente los asume sobre los bienes de su propiedad e incluso es posible trasladar a los adquirentes posteriores los compromisos inicialmente impuestos.

Todas las técnicas registrales de reservas autenticadas son por ello claramente utilizables en la materia.

La única exigencia intermedia que puede predicarse en este punto es la relativa al escrupuloso cumplimiento de la seguridad jurídica. Como ya vimos en un principio, el sistema hipotecario se caracteriza por su condición instrumental, para el cumplimiento de los objetivos derivados de las leyes sustantivas.

Pero al tiempo que se adapta esencialmente a ellos, lo hace siempre bajo la estructura formal de la calificación de los actos inscribibles que descansan, como nervio fundamental de toda la institución, en la calificación independiente, jurídica, profesionalizada y responsable del encargado de verificar la legalidad de los actos inscribibles: el Registrador.

Esta intervención, conocida bajo los términos del principio de legalidad, atribuye a un profesional independiente, no susceptible de ser ordenado en el ámbito estricto de su función por ningún órgano de la Administración para que decida si las pretensiones de inscripción se ajustan o no al ordenamiento jurídico.

Es evidente que sus funciones no pueden entrar a enjuiciar los criterios adoptados por la Administración, como tampoco lo puede hacer respecto de las decisiones adoptadas por los Tribunales. Pero tanto unas como otras, sin embargo, tienen que haber sido adoptadas por el órgano competente, a través de un procedimiento adecuado y adornadas igualmente de unos requisitos formales que justifiquen la idoneidad de las mismas y su regularidad formal.

En un ámbito tan claramente influenciado por la acción pública en la actualidad como es el de la propiedad privada, el filtro a través del cual se puede llegar directamente al núcleo de este derecho es el conjunto de decisiones públicas legítimamente adoptadas, pero siempre y cuando se adapten plenamente a la legalidad (19).

(19) En el sentido del texto véanse los trabajos de ARNÁIZ EGUREN, Rafael: «La planificación urbanística y el Registro de la Propiedad»; CHICO Y ORTIZ, José María: «El urbanismo y la necesaria publicidad registral»; MENÉNDEZ, José: «La publicidad inmobiliaria y la planificación urbanística». Todos ellos trabajos publicados por el Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad de España como aportaciones al IV Congreso Internacional de Derecho Registral de México de 1980.

C) COMO INSTRUMENTO DE COOPERACIÓN EN LA DISCIPLINA Y
CORRECCIÓN DE ACTUACIONES CONTRARIAS AL INTERÉS PÚBLICO

Evidentemente también dentro de este ámbito caben la utilización de los instrumentos de publicidad inmobiliaria al servicio de la ordenación del territorio en fase correctora, ya sea por el ejercicio de la acción pública de los particulares o ya por la propia inspección de la administración.

De nuevo aquí la publicidad inmobiliaria tiende a hacer partícipe a los terceros adquirentes de la existencia de una situación jurídica que indudablemente les afectará, ya sea en sentido positivo o ya en sentido negativo, cuando se haya producido una infracción de la propia planificación.

Bajo esta perspectiva la utilización del sistema es de innegable utilidad, como lo han revelado los acuerdos adoptados en diversas comunidades autónomas españolas a través de los protocolos suscritos entre ellas y los Colegios Notariales y de Registradores de la Propiedad. Es el caso de Cataluña (20), Galicia y Andalucía y que han desembocado después en la ley aprobada por la Generalidad de Cataluña el 18 de noviembre de 1981 sobre protección de la legalidad urbanística.

El conjunto de todas estas medidas tiende justamente a utilizar el sistema de publicidad inmobiliaria para garantizar la disciplina de las actuaciones en la ordenación del territorio, lo cual puede conseguirse de estas formas:

1.º Mediante la publicidad de la iniciación de los procedimientos de revisión en vía administrativa, impugnación jurisdiccional previa la declaración de lesividad o expedientes de infracciones urbanísticas. La iniciación de estos procedimientos previamente notificadas a los titulares registrales, se hará constar en los folios correspondientes a las fincas afectas para evitar que mediante su fraudulenta enajenación tengan los terceros que soportar infracciones que ellos mismos no han cometido.

2.º Mediante la utilización de las medidas registrales de aseguramiento de obligaciones pecuniarias en el caso de los compromisos contraídos ante la Administración por la ordenación del territorio, ya sea en cuanto a la obligación de conservar la urbanización o ejecutarla, ya sea en cuanto a los compromisos impuestos en el cultivo de fincas rústicas o en su grado e intensidad.

La ejecución de estas garantías al constituir una afección registral

(20) Su texto está publicado en la *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 68, de 1980, pág. 103.

propia puede llegar a la enajenación de los bienes para con su importe hacer efectiva la obligación contraída.

3.º Publicación de las situaciones reales de apartamiento de ordenación del territorio aprobado, como son el incumplimiento de la obligación de construir o urbanizar, las situaciones de fuera de ordenación, o el incumplimiento derivado de no haber atendido al cultivo de las fincas manifiestamente mejorables.

Todas estas medidas son utilizables por la Administración en cuanto pueda ser contemplada la diferencia entre lo previsto por la ordenación del territorio y las medidas directamente ejecutadas.

4.º La sujeción de los bienes o los procesos de ejecución de la planificación, ya sea por la concentración parcelaria o la ordenación rural, la reparcelación o la expropiación.

Para ello, las actuaciones preventivas en las que se hace constar la sujeción de los bienes a los procedimientos en marcha pondrán en guardia a los terceros adquirentes de estos compromisos para que puedan defender adecuadamente sus derechos ante la propia Administración.

5.º Por fin, cuantas medidas tiendan a la publicidad de situaciones particulares, en especial anotaciones preventivas derivadas de los procedimientos de disciplina urbanística o los demás de que sean susceptibles.

D) COMO INSTRUMENTO DE SEGURIDAD EN EL TRÁFICO JURÍDICO

La Ley Hipotecaria española de 1861, fiel a la tendencia individualista que por entonces primaba en el mundo, articuló un sistema exclusivamente defensivo en favor del titular registral, sobre todo cuando éste reuniera la condición de tercer adquirente de buena fe; en este caso, pasaba a la categoría casi mítica de «tercero hipotecario», protegido por antonomasia. Con esto se pretendía y hay que reconocer que se ha conseguido, dar plena seguridad al tráfico jurídico.

La generalidad de los tratadistas admiten que la seguridad jurídica y la buena fe se complementan y conforman la finalidad perseguida por la ley. Es imprescindible proteger a quien adquiere confiado en el Registro, pues así se asegura el tráfico y se da base seria al comercio jurídico. Desde un punto de vista puramente privatista, el móvil o razón de ser del Registro consiste en proporcionar seguridad a las transmisiones; y desde el punto de vista público esta seguridad que origina los asientos registrales aparecerá en todo su valor si la inscripción se muestra efectiva a la hora de proteger igualmente y a la vez las actuaciones económico-sociales; en este caso las relativas al suelo urbano o rústico o a los recursos naturales.

En cuanto a esta protección de los resultados obtenidos en las actuaciones sobre el suelo, se manifiesta más bien en la conservación de dichas mejoras y lo veremos a continuación. Ahora contemplaremos la protección registral a los recursos más típicos de la naturaleza como los montes y las aguas.

La importancia de los montes respecto al medio ambiente no es preciso recalcarla, de puro evidente. Precisamente por eso resalta más el dato de que el Estado acude siempre al Registro de la Propiedad como pieza básica para conseguir la defensa de la masa forestal, bien asegurando sus bosques de modo directo, bien imponiendo limitaciones a los dueños de las fincas particulares. Los supuestos protectores son varios en la Ley de Montes que impone la inscripción registral obligatoria de los montes catalogados, inscribiéndose también obligatoriamente sus deslindes; no se pueden inmatricular fincas particulares colindantes con montes públicos si no se acredita debidamente en el Registro que no hay invasión de dichos montes. Igualmente los derechos de preferente adquisición del ICONA en caso de transmisión de fincas forestales superiores a 250 hectáreas se articulan a través del sistema registral; en el Registro se inscriben los consorcios y repoblaciones forestales y, por último, también al Registro se ha confiado por ley de 27 de julio de 1968 la resolución de los problemas de los llamados montes en mano común, tan frecuentes en el norte de España.

Los ordenamientos hidráulicos encuentran también en los asientos registrales no sólo la publicidad, sino las necesarias garantías que aseguren el cumplimiento de sus obligaciones por los particulares afectados y el respeto de la sociedad en general. Si el Registro valió para proteger las aguas privadas o los aprovechamientos de las públicas también puede valer y mucho para asegurar, no sólo los efectos civiles de las nuevas concesiones, sino también para reforzar los aspectos públicos precisos de las futuras planificaciones. Tanto si en la futura Ley de Aguas se consideran los aprovechamientos como propiedad limitada del agua o como simples concesiones administrativas, siempre supondrán un contenido jurídico y económico, teniendo cabida y adecuada conformación dentro de la normativa hipotecaria.

El trasvase Tajo-Segura y otras obras similares plantearán cuestiones nuevas, no sólo técnicas sino jurídicas, que será preciso resolver. La nueva ordenación y las explotaciones agrarias resultantes deben ingresar en el Registro por imperativo de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario; así estas obras podrán quedar mejor protegidas apoyándose en los asientos registrales. Lo mismo cabe decir de las comunidades de riego existentes

en Canarias y Sureste peninsular, cuyas normas adquieren especial firmeza y seguridad frente a todos al constar en los asientos registrales (21).

E) COMO MEDIO PARA CONSERVAR Y CONSOLIDAR LAS MEJORAS OBTENIDAS

Si venimos afirmando que la planificación en materia de medio ambiente es necesaria y para llenar este objetivo la sociedad emplea recursos y energías en conseguir una ordenación adecuada del territorio, es lógica consecuencia que se deben adoptar las pertinentes medidas para que esos esfuerzos no resulten baldíos. Y aún más para evitar que los beneficios conseguidos queden anulados o menoscabados por actos insensatos o malintencionados que les sean contrarios.

Las opiniones son unánimes en cuanto a la necesidad de procurar la conservación de esas mejoras, no solo porque sería insensato malgastar fondos públicos de modo inútil, sino porque, además, en este caso el medio ambiente es vital y resulta obligada su defensa manteniendo y consolidando toda mejora a ello dirigida.

Y si hemos visto que nuestro sistema inmobiliario proporciona publicidad, cooperación y seguridad jurídica a la ordenación territorial, hemos de terminar afirmando que igualmente constituye un buen instrumento para su conservación y consolidación. Para afirmar este aserto nos basta con poner de relieve que puede tener el Estado, más bien la sociedad, un magnífico resorte en la calificación registral para hacer cumplir del modo más efectivo la ordenación y planificación plasmadas en los libros registrales.

Los planes urbanísticos o agrarios, las ordenaciones hidráulicas o forestales se han reflejado en los folios de las fincas afectadas y éstas quedan ya para lo sucesivo sujetas a sus normas específicas, tal como constan en sus respectivas inscripciones que vinculan a todos y en especial al Registrador que ha de actuar en consecuencia. Si este funcionario está obligado y tiene a la vez la facultad ineludible de juzgar la validez de los actos que se le presentan documentados y, en consecuencia, inscribe o rechaza, el control no puede ser más eficaz, seguro y económico, para ser empleado al servicio de los fines públicos en los que la comunidad tiene todo el interés. La Administración no precisa montar un órgano especial, pues ya lo tiene, sin costes nuevos.

(21) Sobre estas cuestiones pueden verse dos trabajos de CORRAL DUEÑAS: «La protección registral de los montes», en *Revista de Estudios Agro-Sociales*, núm. 121, páginas 63 y ss., y «Las aguas en el Registro de la Propiedad», comunicación al citado Congreso de Derecho de Aguas de Murcia, en el tomo I de la publicación.

El Registro, que sirvió de base para llevar a cabo estas realizaciones ordenadoras, cumplirá un papel social valiosísimo si las preserva de intentos disgregadores. Con ello la comunidad habrá recibido una colaboración inestimable que se ha de notar más cada día, a medida que se consoliden los resultados económicos y sociales de las mejoras estructurales realizadas.

VI. CONCLUSIONES

Expuesto lo que antecede parece posible llegar a este punto para sentar las siguientes conclusiones:

1.^a En los sistemas constitucionales que parten del reconocimiento de la iniciativa privada los medios de publicidad inmobiliaria pueden cumplir una misión esencial consistente en hacer posible que la ordenación del territorio como función pública, se proyecte sobre los derechos de los particulares, formalmente reconocidos como tales, para asegurar su cumplimiento.

2.^a La aportación más importante que en este punto ha de realizar el sistema de publicidad inmobiliaria, particularmente en nuestro país la institución del Registro de la Propiedad, es la de conseguir que, a través de un firme y vigoroso respeto a la seguridad jurídica, se lleve a cabo el control social del dominio de tal modo que éste cumpla con los deberes y prestaciones que el ordenamiento sustantivo le impone, al propio tiempo que, correlativamente, pueda hacer uso de las prerrogativas y derechos que también le corresponden en un equilibrado esquema de garantías recíprocas, legitimado por la propia configuración constitucional vigente.

3.^a Los apoyos concretos del sistema de publicidad inmobiliaria encuentran particular aplicación en cuanto se refiere al conjunto de consecuencias derivadas de la ordenación del territorio, tanto en lo que respecta a la propiedad agraria como a la propiedad urbana y a las medidas para la defensa del medio ambiente.

4.^a El catálogo de aportaciones hipotecarias en este punto viene referido a servir de publicidad a las limitaciones y deberes del dominio, expresión de garantía de los compromisos impuestos por la planificación, medio de cooperación en la disciplina y corrección de actuaciones contrarias al interés público, instrumentos de seguridad en el tráfico jurídico y garantía igualmente para conservar y consolidar las mejoras obtenidas o la planificación ejecutada.

5.^a Las instituciones, por tanto, que integran el sistema de publicidad inmobiliaria están en condiciones de prestar estas funciones en tanto en

cuanto se respeten los principios institucionales que las justifican y se haga posible la verificación de la legalidad de los actos mediante decisiones responsables y profesionales independientes que puedan permitir el control de una creciente penetración pública de la propiedad privada para que ésta pueda cumplir su propia función.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS
JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ
Registradores de la Propiedad

Aspectos registrales de las concesiones de puertos *

SUMARIO: *Introducción.*—PRIMERA PARTE: *Puertos deportivos y figuras afines.*—I. *Puertos marítimos:* A) Derecho vigente. B) Los principios de la Ley de 7 de mayo de 1880: a) El dominio público. b) Obras construidas por particulares. c) La concesión administrativa. C) La Ley de Puertos Deportivos de 1969 y Reglamento de 1980: a) Elementos personales. b) Elementos reales. Las marinas o urbanizaciones marítimo-terrestres. c) Elementos formales. d) Efectos de la concesión.—II. *Otros puertos y figuras afines:* A) Aguas muertas. B) Aguas vivas: a) Ríos navegables. b) Canales de navegación. c) Aguas derivadas de su cauce natural. C) «Aguas matadas»: a) Embalses (aguas dulces). b) Canales por los que el mar entra en la propiedad privada (aguas saladas).—SEGUNDA PARTE: *Tratamiento registral.*—I. *La concesión administrativa como título jurídico-material del puerto deportivo:* A) La inscripción de la concesión administrativa: a) La inmatriculación: a') El título inscribible. b') Las circunstancias de la inscripción. b) Caducidad de la concesión. c) Efectos de la inscripción. B) La enajenación y gravamen: a) La enajenación. b) El gravamen. c) Régimen común de inscripción. C) La obra nueva. D) Otros asientos en el folio registral de la concesión. E) Inscripción de fincas relacionadas con la concesión: a) Fincas que se incorporan a la concesión. b) Fincas que nacen con motivo de la concesión: terrenos ganados al mar.—II. *Los puntos de atraque como unidades jurídicas independientes:* A) La transmisión de los atraques: a) La naturaleza jurídica del derecho transmitido. b) El negocio jurídico de transmisión. c) El régimen jurídico público y privado. B) Régimen de organización de las titularidades concurrentes: a) La comunidad de tipo romano. b) La persona jurídica: a') Asociación de propietarios constituida al amparo de la Ley de 1964. b') Sociedad mercantil de tipo capitalista. c') Sociedad civil. d') ¿Cabría alguna solución administrativa, como la Entidad de conservación del Reglamento de Gestión Urbanística? c) La propiedad horizontal. d) La propiedad por turnos. C) La inscripción en el Registro de las distintas soluciones: a) La comunidad de tipo romano. b) La persona jurídica. c) La propiedad horizontal. d) La propiedad por turnos. e) La inscripción de Estatutos y el Reglamento de Servicios y Policía.

INTRODUCCION

Cuando a mediados del siglo XIX se paraliza el intento codificador, que con afán ibérico nace en las Cortes de Cádiz, se produce uno de los momentos más brillantes de la historia de nuestra legislación, la etapa de

(*) Ponencia presentada al II Symposium nacional de Puertos deportivos, Málaga, febrero de 1983.

las «leyes generales sobre materiales especiales». Bajo la presión del asedio francés, los JOVELLANOS, MUÑOZ TORRERO, QUINTANA, MARTÍNEZ DE LA ROSA y tantos otros románticos Padres de la Patria, además de hacer aquella Constitución nunca bien ponderada en que como mandato fundamental imponía en su artículo 6.º:

«El amor a la Patria es una de las principales obligaciones de todos los españoles y así mismo el ser justos y benéficos»,

intentaron, bajo los principios dictados por nuestra más pura tradición histórica, reunir en Código —unidad organizada y armónica— las leyes del Reino superando la defectuosa obra que fue la Novísima Recopilación.

Por razones históricas bien conocidas, cuando de nuevo aparecen los franceses (de la mano de Fernando VII), que tuvieron la habilidad tradicional de ganarnos más batallas con la amistad que con las armas, todo aquello queda en buenos propósitos y recibe los honores del archivo.

Años más tarde (proyectos de 1821 y 1851) se intenta en un solo Código reunir el Derecho público y privado, y como parte de éste la Legislación de hipotecas. Por razones distintas, tampoco salió.

Y aquí aparece la etapa antes señalada. La necesidad de resolver una serie de problemas sociales que exigían soluciones inmediatas, y en tanto se podía llegar a la aspiración no renunciada del Código, se promulgan una serie de leyes —que aún modificadas por otras posteriores— siguen vigentes en sus principios y sobre todo no han sido superadas, en el rigor en el concepto y la propiedad en el lenguaje.

Hoy, cuando ya hemos visto en el *Boletín Oficial* expresiones claudicantes como el «y/o» entre alguna que otra barbaridad de importación, justo es rendir tributo a los redactores de la Ley Hipotecaria de 1861, la de Aguas de 1866 y la del 79, la Ley General de Obras Públicas de 1877 y la de Puertos de 1880, en todas ellas está la base y el entramado jurídico del tema se me ha encomendado exponga ante ustedes.

Pudiera parecer, después de la aparición de la Ley especial de Puertos Deportivos del 69, que este recorrido histórico-romántico, no tiene otro valor que el del recuerdo o la erudición.

No lo entiendo así, la Ley del 69 tiene a mi juicio más contenido adjetivo o procedimental, que propiamente sustantivo, y seguramente valdría para poco —siempre en mi opinión— si no hubiese contado con los pilares de la vetusta, decimonónica y discutida, en cuanto a su vigencia, Ley de Puertos de 1880.

En otro orden de cosas, si nos limitásemos al concepto estricto de puerto deportivo que delimita la llamada Ley Silva, tal vez comprendiésemos la totalidad de los incluidos en esta Asociación, pero dejaríamos

fuera otra serie de posibilidades de atraque, que creo interesan al jurista, y a este Simposium también.

Finalmente, desde el punto de vista del Registro, si don CLAUDIO ANTÓN DE LUZURIAGA, precursor de la Ley del 61, y el Ministro FERNÁNDEZ NEGRETE, que en ella puso su firma, vieran que aquella Ley, que había nacido para dar seguridad al dominio sobre las tierras (especialmente agrícolas), así como:

«... poner límites a la mala fe y para libertar al propietario del yugo de usureros despiadados»,

ha servido sin modificaciones sustanciales para inscribir «parcelas de la mar», después del primer sobresalto tendrían la satisfacción legítima de la obra bien hecha; el Código Civil habla de puertos, la legislación hipotecaria (si la memoria no me falla) no los menciona, no obstante se pueden inscribir y se han inscrito.

Justo es que en el merecido homenaje a aquellos juristas que le dieron vida, incluya a mis compañeros Registradores, que sin un texto reglamentario que les marque el rumbo y sirva de chaleco salvavidas de responsabilidades, han sabido sin más brújula que los principios de la ley, ni más carta de marear que su propia formación jurídica, llevar los puertos al abrigo del Registro de la Propiedad.

Sin esas «singladuras» bien navegadas, esta ponencia —al menos por mi parte— no hubiese sido posible; porque no me encuentro entre ellos, permitidme en su anonimato esta mención.

* * *

En una primera parte vamos a analizar los distintos supuestos de puertos, embarcaderos y figuras afines, así como sus relaciones con la propiedad privada.

En una segunda parte, su tratamiento registral. Inscripción de la concesión administrativa y configuración de los puntos de atraque como unidades independientes.

PRIMERA PARTE: PUERTOS DEPORTIVOS Y FIGURAS AFINES

I. PUERTOS MARÍTIMOS

A) *Derecho vigente*

Discutida la vigencia de la Ley de Puertos de 7 de mayo de 1880, por la aparición de la de 19 de enero de 1928 y posterior derogación en forma global y extraña, llegamos a la pintoresca solución (afortunadamente rara en nuestras leyes), que no se sabe a ciencia cierta cuál de las dos es la vigente; confusión que sube notablemente de punto cuando otros textos legales se han referido indistintamente a ambas.

Personalmente muestro mis simpatías por la primera, entre otras razones porque las modificaciones de 1928 son nimias y algunas de ellas han desaparecido, pero sobre todo porque a la Ley del año 80 le cupo el mérito de, partiendo de «una selva oscura» (como el Dante) en 61 artículos, definir la zona marítimo-terrestre en términos que ha llegado a nuestros días, declarar el dominio público y libre utilización del litoral, el régimen de instalaciones y obras portuarias, y, sobre todo, a los efectos que aquí nos interesan, el reconocimiento de derechos en favor de los particulares, deberes, limitaciones o cargas.

Posteriormente es modificada en algún punto por la Ley de Patrimonio del Estado de 1964 y, sobre todo, por la de Costas de 1969, además de por los Estatutos de Autonomía que, con base en la Constitución, normalmente transfieren las competencias en materia de puertos deportivos a los respectivos Gobiernos autónomos.

En definitiva, y a mi juicio, el derecho positivo está constituido por la Ley de Puertos de 1880, que pese a las posteriores modificaciones sus principios se mantienen en vigor; por la Ley de 26 de abril de 1969, que regula específicamente los puertos deportivos y el Reglamento de 26 de septiembre de 1980.

B) *Los principios de la Ley de 7 de mayo de 1880*

Un repaso a la jurisprudencia del Tribunal Supremo nos pone de relieve lo complicado que debía ser el tema del litoral hasta que se dicta la Ley de Puertos y lo complejo que sigue siendo al día de hoy, a juzgar por sentencias recientes, algunas de las cuales tienen que buscar la doctrina legal en las Partidas (ejemplo, entre otras, la de 7 de mayo de 1975). Como primera cuestión debió plantearse el legislador la necesidad de afirmar el dominio nacional —en terminología entonces al uso— del litoral y la zona marítima colindante, los límites de la propiedad privada, el

régimen jurídico de las instalaciones portuarias y la posibilidad de obras realizadas o a realizar por particulares. Y los principios bajo los cuales resolvió estos temas siguen vigentes, y casi la literalidad de sus preceptos, recogidos y acomodados al día de hoy por la Ley de Costas.

Con la brevedad impuesta por este boceto, vamos a ver la delimitación del dominio público, la posibilidad de obras realizadas por los particulares y la concesión como forma de titularidad jurídica.

a) El dominio público

«Son del dominio nacional y uso público...» (decía el art. 1.º de la Ley del 80) y con más tecnicismo «Son bienes del dominio público...» (el art. 1.º de la Ley de Costas): la zona marítimo-terrestre, cuya primitiva definición es la vigente; el mar litoral, «... con sus ensenadas, radas, bahías, puertos y demás abrigos utilizables para la pesca y navegación...»; las playas; el lecho y el subsuelo del mar territorial.

Pero una y otra Ley establecen una salvedad en esos mismos preceptos, que quede aquí apuntada para luego volver sobre ella: «sin perjuicio de los derechos que correspondan a los particulares».

Una vez delimitado el dominio público, atribuye al Estado, pero en concepto de bienes patrimoniales, las islas formadas en el mar, rías o ríos navegables, «salvo que sean de propiedad privada o procedan de la desmembración de ésta» (art. 2.º, Ley de Costas).

En nuestro Derecho, pues, está reconocida la posibilidad de islas de propiedad particular, lo que ocurre es que ese mismo precepto legal declara el dominio público de sus playas y zona marítimo-terrestre.

En el extremo opuesto, la salvedad antes apuntada, que claramente se afirma en el artículo 7.º de la primitiva Ley (y en el art. 4.º, 1, de la Ley de Costas), el cual al imponer las servidumbres de salvamento y vigilancia del litoral, reconoce expresamente no sólo el «enclave» en zona marítima, sino la propiedad privada «colindante con la mar». Hecho que no debe ser puramente teórico, ya que hay abundante jurisprudencia en este sentido (1).

¿Quiere aquello decir que el propietario de una de estas parcelas que lindan con la mar puede construir su puerto o embarcadero, sin más requisito que alguna eventual autorización municipal o de Marina? Desde luego creo que no, ya que aunque su propiedad llegue al rebalaje, siempre encontrará el límite del litoral primero, y del propio mar después; lo que sucede es que si las obras y construcciones son hacia tierra (caso hipotético de canales de navegación) necesitará igualmente autorización

(1) *Vid.* GONZÁLEZ PÉREZ: «La posibilidad de propiedades privadas lindantes con el mar», *RCDI*, núm. 522, pág. 1451, del año 1977.

administrativa, pero el tratamiento jurídico de las obras realizadas será totalmente distinto, como veremos más adelante.

Primera conclusión, pues, para la construcción de cualquier tipo de puerto, abrigo o embarcadero marítimo en nuestro litoral, rías, e incluso islas, aún de propiedad privada, es necesario la concesión por representar un uso o aprovechamiento del dominio público.

b) Obras construidas por particulares

He tomado exactamente el rótulo del capítulo VI de la Ley del 80, completado por la Instrucción de 1883 relativa a la tramitación de las respectivas concesiones.

No parece lógico que en la mente del legislador del pasado siglo estuviesen los puertos deportivos y los complejos urbanísticos que hoy adornan nuestro litoral, pero es lo cierto (de ahí su grandeza) que se pudieron construir al amparo de aquella Ley, e inscribir en el Registro de la Propiedad, sin que la vigente Ley Hipotecaria, ni siquiera la última modificación de su Reglamento los mencione para nada.

Después de delimitar el dominio público, afirma el principio del libre uso del mar litoral y el uso público con las playas, en estos términos castizos que utiliza el artículo 12, en esencia vigente:

«... que autoriza a todos con iguales restricciones para transitar por ellas, bañarse, tender y enjuagar ropas y redes, varar, carenar y construir embarcaciones, bañar ganados y recoger conchas, plantas y mariscos»;

y después de sentar el principio general que en las playas, costas, puertos, etcétera, no se pueden ejecutar obras nuevas ni construirse edificio alguno sin la competente autorización (art. 38), pasa a analizar, con sistemática digna del mejor elogio, las distintas formas de aprovechamientos privados y de algún modo restrictivos del uso, que van desde las «... barracas o construcciones estacionales con destino a baños...» (art. 39) (aquí tengo que dedicar un recuerdo a los baños de la Estrella y de Apolo en la Málaga, cuyos últimos días, vi en los primeros de mi niñez), pasando por «... otros servicios o aprovechamientos de carácter temporal...» (art. 40), hasta las mismas instalaciones y aprovechamientos con carácter permanente (art. 42), para terminar con tres tipos de instalaciones que entran de lleno en el tema que nos ocupa y que regulan los artículos 44 y 47. Estas son:

1.º La construcción de muelles, embarcaderos, astilleros, diques flotantes, varaderos y demás obras análogas, en las playas y terrenos contiguos o —según expresión literal— «dentro de la mar».

2.º Estas mismas obras con destino al servicio público «o particular», construidas dentro de puertos del Estado; y

3.º La construcción por particulares o Compañías de Puertos en parajes de la costa donde no haya, o no entorpezcan, proyectos del Estado en el mismo sentido y siempre con sujeción a lo dispuesto en la Ley General de Obras Públicas.

He aquí la base legal de los posteriormente llamados puertos deportivos.

c) La concesión administrativa

Visto hasta aquí que cualquier tipo de puerto, muelle o embarcadero se asienta «físicamente» sobre el dominio público, y para ello, como se reitera en los artículos que acabamos de repasar, se necesita «jurídicamente» permiso o autorización del Estado (o en su caso Comunidad autónoma), ha llegado el momento de precisar de qué naturaleza es esa «autorización» y qué titularidad produce en favor del particular que la obtuvo, extremos de la máxima trascendencia de cara a su inscripción registral.

Que la terminología de la Ley del 80 no es precisa en este punto no debe extrañar, otros textos legales posteriores promulgados cuando la doctrina había alcanzado un superior grado de madurez, tampoco lo son.

Hay una Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado que creo es del máximo interés para una interpretación del alcance de las autorizaciones y permisos aludidos: la de 18 de abril de 1969. Entiende la Dirección que el concepto «autorización» es genérico y comprensivo de cualquier tipo de concesión o permiso concedido por la Administración. Que «permiso» o «licencias» se emplean como equivalentes a aquellas autorizaciones de grado inferior que dan lugar a una situación de precario, que puede cesar en cualquier momento sin derecho a indemnización. Y que el término «concesión» se reserva para aquellas autorizaciones que no tienen un carácter necesariamente precario, que se otorga por plazo fijo y que en caso de cesar antes de terminar éste, dan lugar a indemnización, si bien ésta sólo alcanza al valor material de las obras realizadas (art. 50). Sólo estas últimas, como verdaderas concesiones administrativas, pueden ser inscritas en el Registro en base al artículo 334 del Código Civil y 31 y concordantes del Registro Hipotecario.

Luego en definitiva, la titularidad que nace para el particular autorizado a llevar a cabo estas construcciones es la de «concesionario», y sólo a título de tal podrá utilizar y disponer de las construcciones resultantes,

con las consiguientes limitaciones, en el ejercicio de las facultades concedidas, en la duración temporal de la titularidad y posterior reversión de todas las obras realizadas y anejos al Estado.

Este principio sólo tiene una excepción de los «terrenos ganados al mar», que pasan a propiedad privada del concesionario como expresamente reconocen la Ley de Puertos (art. 57), la de Costas (art. 5,3) y la de Puertos Deportivos (art. 18), los cuales deben ser objeto de especial tratamiento a la hora de la inscripción.

C) *La Ley de Puertos Deportivos de 1969 y Reglamento de 1980*

Antes apuntaba y ahora insisto que la base legal sobre la cual los particulares han podido y pueden promover, construir o explotar puertos y embarcaderos deportivos estaba ya en la Ley de 1880 (o su versión de 1928).

La Ley específica que ahora nos ocupa es, a mi juicio, más que sustantiva de procedimiento, aunque tiene el mérito indudable de aclarar conceptos, delimitar la concesión y, sobre todo, de alguna forma, invitar a la Administración a que la otorgue.

La concesión no pierde por ello su carácter discrecional, pero no es lo mismo que un derecho o facultad aparezcan más o menos definidos dentro de una ley general, a que se reconozca y se reglamente su ejercicio en una ley especial. Sobre todo desde el punto de vista práctico.

Por su parte el Reglamento no sólo completa el procedimiento y regula los aspectos técnicos del puerto o zona deportiva, sino que tiene algunas normas que llaman la atención en el marco de este estudio, como el artículo 30 y la especial mención a las marinas.

El esquema de su reglamentación se puede sintetizar en la siguiente forma:

a) *Elementos personales*

¿Quiénes y en qué condiciones pueden promover puertos deportivos? El artículo 5.º contiene no sólo una enumeración, sino cierta ordenación jerárquica: entidades públicas distintas del Estado, personas jurídicas o naturales de nacionalidad española y «en defecto de todos» el Estado.

El artículo 11 del Reglamento actualiza la cambiante nomenclatura de los organismos (desaparece la Organización Sindical, por ejemplo, y aparece el Consejo Superior de Deportes) e introduce el «y/o».

1.º *El Estado.* Seguramente la norma más importante del artículo 5.º es la que el Estado no debe hacer puertos deportivos; caso que los haga exige dos requisitos:

- Incorporación al Plan General de Puertos (art. 6.º); y
- Convocatoria de un concurso, que desarrolla el artículo 13 del Reglamento.

En cualquier caso como no hay concesión y difícilmente llegará al Registro de la Propiedad excede del presente tema.

2.º *Otras entidades públicas.* La enumeración legal y su actualización reglamentaria no creo que sea taxativa, pues creo que igual cabida tiene cualquier otra Corporación del Derecho público, distinta de las Corporaciones Locales y el Consejo Superior de Deportes.

Aquí lo que importa señalar es que a diferencia del Estado entra en el régimen de concesión administrativa y, por tanto, de inscripción en el Registro.

Dentro de este apartado tal vez haya que incluir los puertos construidos en Cooperación a que se refiere el artículo 17 de la Ley.

3.º *Personas jurídicas o naturales privadas.* La distinción entre «clubs náuticos u otros deportivos con actividades náuticas» y demás personas jurídicas y naturales, creo que encierra el sentido de homenaje a estas asociaciones de tanta tradición en nuestro litoral, pero a la vez y de forma solapada, una cierta preferencia en caso de concurrencia incompatible entre unos y otros.

Lo importante de este precepto no es tanto la designación y el reconocimiento *nominatim* de clubs y personas jurídicas o naturales, sino el requisito de la *nacionalidad española*, lo cual exige en materia de sociedades observar los preceptos de la legislación sobre inversiones extranjeras, especialmente el artículo 7.º del Texto refundido de 31 de octubre de 1974, coto puesto a la picaresca de la cadena de sociedades españolas con capital extranjero, a través de la cual se podía burlar el límite de la participación extranjera.

b) *Elementos reales*

La delimitación objetiva de la aplicación de la Ley, viene determinada por los artículos 1.º al 4.º, sobre la base de un principio general: que cualquier tipo de construcciones u obras deben estar destinadas a *embarcaciones deportivas*; a partir de aquí se pueden establecer dos clasificaciones:

1.ª En razón de su autonomía; puertos propiamente dichos y zonas deportivas especialmente habilitadas en puertos comerciales (art. 1.º).

2.ª En razón de su entidad; de internada o puerto base y de escala (artículo 2.º).

La importancia de estas clasificaciones a nuestros efectos no es tanto por lo que comprenden como por lo que *excluyen*; así:

- Tanto la expresión literal del artículo 1.º: «industria y comercio marítimos», como el requisito repetido (arts. 3.º y 4.º) del «acceso máximo practicable», están dejando fuera del ámbito de esta Ley todo puerto o abrigo que no sea construido en el mar. Tal vez con una interpretación no demasiado extensiva se comprendieran también los fluviales, porque en definitiva los existentes sirven al «comercio marítimo» y su acceso es por mar. Lo que no parece extensible a los de interior, que luego veremos.
- Las mayores exigencias en orden a instalaciones tanto en el puerto base (art. 3.º) como en el de escala (art. 4.º), en contraste con las contenidas en el artículo 13 de la Ley del 80, que considera puerto:

«... los parajes de la costa más o menos abrigados, bien por la disposición natural del terreno o bien por obras construidas al efecto...».

Cierto que cuando se va a otorgar una concesión para algo que no es imprescindible se exigen más requisitos, pero del mismo modo es cierto que quedan fuera de la aplicación de esta Ley parajes de costa más o menos abrigados (Ley de Puertos), que con unas instalaciones mínimas pueden servir a la navegación deportiva.

Las marinas o urbanizaciones marítimo-terrestres. La novedad más importante del Reglamento es, a mi juicio, el número 2 del artículo 1.º, que por su importancia transcribo:

«Asimismo serán de aplicación la Ley 55/1969... y este Reglamento a las marinas o urbanizaciones marítimo-terrestres con canales comunicados permanentemente con el mar territorial, pero circunscrito su ámbito de aplicación, en este caso, a la zona de servicio portuario que se determina como constitutiva del puerto, con exclusión del resto de la urbanización.»

Si se pone en relación este precepto con el artículo 2.º (1 y 4) veremos que se trata de verdaderas instalaciones portuarias, ya que los clasifica en base y escala, y para alcanzar estas clasificaciones debe contar con las instalaciones mínimas (que no son pocas) que exige la Ley.

Su apoyo legal parece estar en la Ley de Puertos del 80 y la de Costas, ya que declaran el dominio público de la zona marítimo-terrestre y ésta se extiende por el litoral, rías y ríos hasta donde son navegables.

Luego parece ser que los puertos que se hagan en canales derivados del mar están sujetos a esta Ley.

El problema es si las instalaciones que se hacen no alcanzan la categoría de puertos con arreglo a la misma y si se aplica a toda clase de canales.

Lo veremos más adelante.

c) Elementos formales

En cualquiera de las variedades contempladas por la Ley del 69, la forma no es otra —exclusión hecha de los puertos promovidos por el Estado— que la concesión administrativa, con menos requisitos para las Corporaciones públicas (arts. 10 a 14) que para las entidades o personas privadas (arts. 15 y 16), todo ello debidamente integrado en la Ley General de Obras Públicas, que en definitiva es la que regula procedimientos, requisitos y límites de las concesiones.

d) Efectos de la concesión

El primero y principal es la posibilidad de construir el puerto, pero lo que aquí nos interesa son los posibles derechos que nacen para el concesionario, además del objeto principal de su demanda, que en definitiva son:

- posibilidad de ocupación del dominio público,
- expropiación —a título de beneficiario— de los terrenos necesarios para llevar a cabo la obra,
- obtención de créditos,
- incorporar a la propiedad privada los terrenos ganados al mar, derecho que, como ya hemos visto, es principio general en nuestras leyes.

II. OTROS PUERTOS Y FIGURAS AFINES

Partiendo de la base que el concepto vulgar de puerto deportivo es más amplio que el delimitado por la Ley del 69 y que en un intercambio de opiniones con vocación práctica y científica, la imaginación debe ir por delante de las experiencias vividas, no resisto la tentación de analizar —aunque sea en forma rápida y simplista— una serie de posibilidades que, a mi juicio, ofrecen nuestras leyes, aunque por falta de supuestos de

hecho o del adecuado interés económico aún no hayan saltado a la realidad problemática de promotores, técnicos y juristas.

En este repaso, voy a seguir la terminología de la Ley de Aguas y su distinción entre «aguas vivas» y «aguas muertas», con un tercer elemento que me atrevo a introducir de «aguas matadas», donde incluyo de un lado los embalses y de otro los canales hechos por industria del hombre partiendo de la mar.

A) *Aguas muertas*

En concordancia con los artículos 407 y 408 del Código Civil, el 17 de la Ley de Aguas, único del capítulo III, que lleva el título de «Del dominio de las aguas muertas o estancadas»; define las aguas de dominio público y de propiedad privada en razón del terreno donde se han formado.

A diferencia de la línea divisoria entre Canadá y los Estados Unidos o la más próxima Suiza, nuestra Patria no es tierra de grandes lagos, la prueba es que el artículo citado habla de «charcos», pero me considero también autorizado para traer aquí los lagos y lagunas, cuando el artículo 39 de la misma Ley habla de las orillas de los lagos navegables, y con remisión a la Ley de Puertos, les impone la servidumbre de salvamento.

Por tanto si el ingenio del hombre unido a la técnica es capaz de construir puertos deportivos en «lagos, lagunas o charcos», estos serán de dos categorías:

- de dominio público, y por tanto el particular sólo podrá hacer construcciones o instalaciones portuarias a través de la concesión, en los lagos y lagunas formados en terrenos públicos.
- o podrá hacer lo que le dé la gana en lagunas de propiedad privada, siempre que sean suyas.

B) *Aguas vivas*

Vaya por delante mi impresión que en materia de estas aguas todo es posible por aquello que se mueven (recuérdese a HERÁCLITO, nadie se puede bañar dos veces en el mismo río).

La concurrencia de competencias administrativas y de posibles titularidades privadas, complica especialmente la problemática general. En la síntesis que nos movemos, sólo voy a considerar los ríos navegables, la posibilidad de que un río llegue a serlo por iniciativa privada y los canales derivados del cauce natural.

a) *Ríos navegables*

Como hemos visto, todas las leyes que inciden sobre esta materia declaran el dominio público de las aguas, los cauces, las riberas e incluso hasta ellos alcanza la zona marítimo-terrestre; razón por la cual antes dije y ahora repito que cualquier instalación portuaria deportiva en ríos navegables está amparada por la Ley especial de 1969.

b) *Canales de Navegación*

Los artículos 205 a 209 prevén la concesión administrativa, concedida por ley y que no puede exceder de noventa y nueve años, por la que «una sociedad o empresa particular» pueda canalizar un río a efectos de hacerlo navegable o construir canales de navegación.

Y aquí comienzan mis dudas; obtenida la concesión, las obras que pueda hacer el concesionario más allá de los límites de la misma, como pueden ser muelles de atraque, ¿están sujetos al Derecho público o al privado? ¿Por haber convertido en navegable lo que antes no lo era, con la navegabilidad se extiende el dominio público o el concesionario puede actuar sobre la ribera como si fuese propiedad privada?

Si hasta aquí he razonado con más o menos consistencia, en este punto comienzo a sugerir.

Creo que si la concesión que autoriza a hacer el canal de navegación se pronuncia sobre este punto y lo reglamenta, el régimen jurídico del muelle, embarcadero o punto de atraque, estará sujeto al Derecho público. es decir, regido por la concesión.

Si no se pronuncia, ni lo limita, me atrevo a opinar que los propietarios de las riberas siempre que no perjudiquen la navegación y respeten las servidumbres legales, pueden construir puntos de atraque en régimen puro de Derecho privado.

c) *Aguas derivadas de su cauce natural*

Las dudas anteriores planteadas sobre la base de una concesión para hacer navegable un río que no lo era, en parte se aumentan cuando de lo que se trata es de una concesión para desviar unas aguas públicas de su cauce natural e introducirlas en propiedad privada mediante obras construidas al efecto.

Seguramente no me hubiese planteado este caso si no hubiese conocido la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1969, que si bien es cierto que se pronuncia sobre un tema de riegos y aprovecha-

mientos secundarios, también lo es que contiene una doctrina, que aunque sea a título de apunte, me siento en el deber de exponer ante ustedes en este capítulo dedicado a la imaginación.

Planteado ante el Tribunal Supremo la naturaleza pública o privada de unas aguas derivadas de su cauce público además de una serie de obras consistentes en una red de canales, un sistema de elevaciones y unos embalses, construidos por el propietario en base a una concesión administrativa, sienta la siguiente doctrina de acuerdo con sentencias anteriores del mismo Tribunal:

«... que si bien es cierto que la propiedad de las aguas tiene un carácter especial, y como tal la trata el Ordenamiento jurídico fundamental, al no estar investida de todas las facultades que al dominio de las demás cosas atribuye, no es menos cierto que la *concesión administrativa* otorga el disfrute exclusivo y excluyente del aprovechamiento de las aguas públicas al concesionario tan pronto son separadas de su cauce natural, entrando en canales o cauces artificiales, dándoles la denominación de *aguas privadas*, lo que constituye un derecho especial similar al dominio...».

Si consideramos que con arreglo al artículo 1.º, 6, del Código Civil:

«La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la *doctrina que de modo reiterado establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la Ley...*»

podemos llegar a la siguiente conclusión: obtenida una concesión administrativa para desviar las aguas de su cauce natural en río de dominio público, navegable o no, al entrar en la propiedad privada adquieren esta naturaleza, en consecuencia —y con mayor razón— cualquier tipo de instalación que sobre su propiedad haga el concesionario será propiedad privada sin mezcla pública alguna.

C) *Aguas matadas*

Prescindiendo de la anécdota, me permito llamar así a las aguas que siendo vivas en un principio se estancan por obra del hombre, y aquí incluyo dos clases o categorías: las dulces y las saladas.

a) *Embalses (aguas dulces)*

Con base en el Código Civil, la Ley de Aguas, el Decreto de 10 de septiembre de 1966 sobre ordenación de embalses, la Orden Ministerial de 31 de marzo de 1967 sobre instrucción y explotación de grandes presas y algunas otras disposiciones complementarias se puede llegar a la afir-

mación que, salvo algún caso, por demasiado hipotético seguramente irrealizable, los embalses se mueven en el terreno del dominio público y no hay otra posibilidad de aprovechamiento privado a fines náuticos que la concesión administrativa; con una particularidad, que como normalmente el Estado no construye presas para divertimento social, sino para otros fines más elementales, cuando la necesidad pública así lo exija, el artículo 7.º del Decreto del 66 impone la caducidad de la concesión sin derecho a indemnización alguna.

b) Canales por los que el mar entra en la propiedad privada (aguas saladas)

Ya hemos visto antes cómo puede haber enclaves en zona marítimo-terrestre e incluso propiedades lindantes con la mar; pues bien, con esta propiedad o sin ella puede presentarse el supuesto del propietario de finca o urbanización que, bien aprovechando los accidentes naturales del terreno o como consecuencia de obras al efecto, quiera y consiga meter el mar en su propiedad.

También antes hemos visto que, en todo caso para «romper la línea del litoral», era imprescindible la concesión administrativa. El problema radica en que una vez rota esa línea y contruidos los canales adecuados para que la mar llegue a cada parcela, si con las aguas saladas penetra la zona marítimo-terrestre, por considerarse ría o río navegable, y con ella la necesidad de la concesión para cualquier tipo de obra; o, si por el contrario la concesión autoriza a romper el litoral, y como predica la Sentencia antes citada (con el aval de otras tantas que reiteran la misma doctrina), las aguas se convierten en privadas.

Si prospera la primera solución, cualquier tipo de muelle, pantalán o embarcadero tendrá que ser autorizado o «concedido» por el Estado. Si prospera la segunda, la concesión administrativa estará condicionando el ejercicio de los derechos que se puedan configurar sobre los puntos de atraque, éstos —como la propiedad misma— se moverán en el ámbito del más puro Derecho privado.

Cuando nuestras leyes extienden la zona marítimo-terrestre (con toda la carga que tiene de orden público) a las rías y ríos navegables están pensando, como supuesto normal, en los que «naturalmente» lo son.

De igual modo, cuando la Ley de Aguas regula la concesión para hacer navegable un río está previniendo la navegación comercial (en el más amplio sentido de la palabra) y de interés general.

El artículo 1.º del Reglamento de 1980 sujeta al régimen de puertos deportivos las marinas, porque cuantitativa y cualitativamente se dan los mismos supuestos que en el caso anterior; el que la navegación sea

«comercial» o «deportiva» en absoluto altera el interés general presente en una instalación portuaria. Sobre todo si se tiene en cuenta que la envergadura que la Ley exige a estas instalaciones está presumiendo que el puerto puede servir a ese interés general. Caso muy distinto a la autorización administrativa para introducir un canal de agua (dulce o salada) en mi parcela para poder llegar a ella en barca.

Supongamos una urbanización que aprovechando ciertos accidentes naturales, sólo con romper la línea del litoral y unas obras de canalización, puede dar a las parcelas acceso desde el mar (si bien para embarcaciones de calado mínimo) y en cada una de aquéllas sitúa un punto de atraque.

En primer lugar, esa no es la marina prevista en el Reglamento del 80 y no caería bajo su regulación desde el punto y hora en que las instalaciones (mínimas) no se acercan ni con mucho a las exigidas en la Ley.

En segundo lugar, difícilmente esos canales podrían tener la consideración de navegables en los términos en que se pronuncian las Leyes de Puertos y Costas, a efectos que con el agua entrase la zona marítimo-terrestre.

Por ello entiendo que es necesaria la concesión administrativa para tocar la línea del litoral, pero de ahí en adelante (de acuerdo con la jurisprudencia antes citada) las aguas entran en un régimen privado y las instalaciones serán privadas, sin perjuicio de las posibles servidumbres que le puedan afectar.

Parece que hay una Sentencia del Tribunal Supremo, que no conozco, que se pronuncia sobre el carácter público y consiguiente necesidad de concesión.

El Seminario de Cataluña (núm. 171 del *Boletín*, pág. 840) se ocupó de este tema bajo el rótulo «Inscripción de puntos de amarre», y distingue perfectamente ante la concesión administrativa normal (la de los puntos de atraque) y la que gráficamente llama de «bocana», que permite la entrada del mar a la propiedad privada que lo sigue siendo. Aunque jurídicamente la solución no sea muy airosa, creo que la «cantidad» influye decisivamente en la «calidad».

Hasta aquí, y como resumen de esta primera parte, pasando del terreno de las sugerencias al de las creencias y cualesquiera que sean las soluciones válidas a los problemas planteados, desde el punto de vista de la inscripción en el Registro nos vamos a encontrar con tres tipos de titularidades, o mejor, situaciones jurídicas:

- la concesión administrativa, figura estelar en este tema,
- la propiedad privada; y
- una tercera figura mixta en la que se encuentran la propiedad y la concesión.

SEGUNDA PARTE: TRATAMIENTO REGISTRAL

La Ley Hipotecaria en su artículo 1.º fija uno de los pilares que sustenta nuestro sistema inmobiliario registral; el artículo 7.º exige que la primera inscripción de las fincas en el Registro sea de dominio y el 5.º del Reglamento enumera una serie de bienes exceptuados de inscripción.

Cuando se plantea la cuestión del ingreso en el Registro de una determinada situación jurídica inmobiliaria, el primer elemento a considerar es el del título jurídico-material que se va a inscribir, delimitado éste, el vehículo instrumental (título jurídico-formal) en cuya virtud se va a practicar la inscripción, para en un momento ulterior analizar cómo se inscribe y en definitiva los efectos que produce esa inscripción.

Como decía al final del apartado anterior, las situaciones jurídicas en que pueden desembocar cualquiera de las posibilidades estudiadas de puertos, embarcaderos y figuras afines eran, la concesión administrativa, la propiedad privada y una superposición de ambas.

Por ser la concesión administrativa la figura central de este estudio, vayan por delante las otras dos posibilidades.

La pura propiedad privada no ofrece ninguna dificultad. Inscrita la finca a nombre del promotor, las instalaciones portuarias se harán constar en el Registro, como parte de la finca, mediante la correspondiente escritura de declaración de obra nueva.

Mayor interés ofrece la tercera posibilidad contemplada, la concurrencia de propiedad privada y concesión.

Si se acepta la tesis que, al menos en algún caso, las aguas derivadas de su cauce natural y conducidas por el interior de una finca de propiedad privada adquieren esta naturaleza, nos encontraremos con la conjunción o superposición de dos instituciones: *primera*, la concesión administrativa que posibilita la desviación de las aguas de su cauce natural; *segunda*, la propiedad normal y ordinaria de unas fincas que reciben esas aguas.

Cada una de estas situaciones jurídicas recibe su propio tratamiento registral. La concesión se inscribe en la forma que más adelante veremos; las nuevas instalaciones se harán constar en las fincas de propiedad privada, como en el caso anterior.

Lo que importa aquí analizar es si esa conjunción o superposición de instituciones produce o debe producir conexión entre los respectivos asientos del Registro.

Sin entrar en determinadas matizaciones que nos podrían «derivar de nuestro cauce», contemplemos dos posibilidades:

1.^a El supuesto del propietario único, que mediante concesión ha introducido el agua en su finca; en cualquier caso podrá hacer la declaración de obra nueva, que antes hemos señalado, e incluso en la nueva inscripción incluir el agua como cualidad de la finca, en la forma prevista por el artículo 66, párrafo 2.º, del Reglamento Hipotecario.

. Si hace esto tendrá que determinar el título y las condiciones por los cuales goza del agua, con lo cual la concesión administrativa aparecerá relacionada en la inscripción de la finca. Pero quede bien claro que tanto el agua como la concesión figurarán como elemento o cualidad de aquélla.

2.^a El propietario o propietarios dan entidad propia e individualizada a cada punto de amarre, pudiendo ser objeto de tráfico jurídico; en este caso la descripción de la concesión como elemento integrante del derecho que se transmite es imprescindible.

La realidad socio-económica matiza y da forma a su configuración jurídica; la posibilidad de amarre de una embarcación ha dejado de ser cualidad de la finca para convertirse en objeto principal del derecho transmitido.

En tal supuesto el punto de atraque (unido o no a una parcela) sigue siendo propiedad privada y se inscribirá como una finca, lo que sucede es que al ser el agua elemento esencial (no cualidad como en el caso anterior), la concesión administrativa, que permite la llegada de aquélla, está configurando el derecho transmitido; por ser limitada en el tiempo está actuando como término del derecho, por estar sujeta a rescate actúa como condición resolutoria. Por ambas razones tiene que reflejarse en la inscripción con toda claridad y exactitud.

Con estas aclaraciones esquemáticas para ciertos supuestos hipotéticos entremos en el estudio del tema principal.

I. LA CONCESIÓN ADMINISTRATIVA COMO TÍTULO JURÍDICO-MATERIAL DEL PUERTO DEPORTIVO

He iniciado la exposición de esta segunda parte con el artículo 1.º de la Ley Hipotecaria y he aplazado hasta aquí el artículo 5.º de su Reglamento, en cuyo número 1.º se exceptúan de inscripción los bienes de dominio público. Paralelamente he dejado al margen el debatido tema de la naturaleza jurídica de la concesión.

No obstante, me parece obligado recordar la aportación de la doctrina hipotecaria sobre este último problema y las interpretaciones formuladas a aquel precepto reglamentario.

GONZÁLEZ PÉREZ (2), partiendo del concepto de derecho subjetivo de D. FEDERICO DE CASTRO y la nota diferenciadora del derecho real: «el reconocimiento de un poder inmediato sobre un objeto, que por ello queda jurídicamente vinculado al sujeto», caracteriza el DERECHO REAL ADMINISTRATIVO, como derecho subjetivo primero, derecho real después, para situar la diferencia específica en el objeto: *el dominio público*. Y el derecho real por excelencia que recae sobre el dominio público es la CONCESION ADMINISTRATIVA.

La Dirección General de los Registros, casi en los comienzos de su andadura, pone los espartos (al modo de actuar del jurisconsulto romano) para una elaboración doctrinal de la concesión ya en la Resolución de 3 de junio de 1870 (a propósito de un molino harinero) cuando afirma: «... considerando que la concesión de las aguas *como derecho real* está sujeto a inscripción...».

Especial atención merece un trabajo, que aparece envuelto en las nebulosas del olvido, de D. JERÓNIMO GONZÁLEZ con motivo de la Ley del 41 por la que revirtieron al Estado los ferrocarriles de vía estrecha (3). En él se hace un análisis preciso de la estructura de la concesión y su tratamiento registral (naturaleza jurídica, «unidad orgánica de explotación»), además de plantear y resolver el juego del gravamen hipotecario sobre el «patrimonio concesional» y el que pudiera llamarse «patrimonio separado» del concesionario (art. 107, núm. 6, de la Ley Hipotecaria).

Sobre la naturaleza distingue entre el *acto constitutivo* («acto de derecho público y contrato administrativo») y el *derecho constituido*, que tras rechazar las teorías de la enfiteusis administrativa, el usufructo temporal o el arrendamiento público, no duda en calificar de *derecho real inmobiliario*.

(2) «Los derechos reales administrativos», trabajo que fue publicado en la *RCDI*, 1957, y reeditado por Civitas, 1975, de ésta especialmente págs. 29 y siguientes. Parte de este trabajo se recoge y amplía en Comunicación al II Congreso Internacional de Derecho Registral, 1975.

Con anterioridad se producen dos Resoluciones en 1864 (20 de febrero y 12 de diciembre) sobre ferrocarriles.

La Real Orden de 26 de febrero de 1867, nacida en su ámbito para uniformar y facilitar la inscripción de ferrocarriles y gravámenes impuestos sobre los mismos, dice textualmente:

«Que las concesiones de los caminos de hierro, canales y demás de obras públicas de igual índole son inscribibles en los Registros de la Propiedad como *derechos reales*, cuyos títulos están comprendidos en el número 2 de la Ley Hipotecaria. .»

Suficientemente conocidas son las de 14 de diciembre de 1929, 18 de abril de 1969, 20 de diciembre de 1977, etc.

(3) «Las obligaciones hipotecarias de ferrocarriles», publicado en la *RCDI*, 1942, y en *Estudios*, tomo II, págs. 158 y sigs.

La doctrina posterior es clara e indubitada: «... derecho subjetivo de uso, aprovechamiento o explotación exclusiva sobre bienes de dominio público...» (ROCA), o «... la constitución *ex novo* de un derecho real de utilización de bienes públicos...» (LA RICA).

En cuanto al artículo 5.º del Reglamento Hipotecario, de difícil comprensión en su aparente sencillez, de paso contradicho por algunos preceptos legales y del que LA RICA se lamentaba no hubiese sido tratada esta materia «con la precisión y el rigor que serían deseables», aparece ahí como valladar infranqueable entre la publicidad registral y el «estatus» propio del dominio público, inalienable, imprescriptible e inembargable.

MARTÍNEZ DE BEDOYA (4), con indagación del origen histórico del «exceptuados», llega a la plausible propuesta de la «interpretación estrecha de este artículo», distinguiendo entre los bienes de dominio público que *naturalmente* están fuera del comercio, en los que faltan los datos precisos para su inscripción y los demás, sean o no de uso público, en los que debe dejarse a sus titulares la decisión de inscribirlos o no. Entre las ventajas que ofrece esta solución cita textualmente la «simplificación, en algunos casos, del acceso al Registro de las concesiones administrativas...».

En la misma línea la Comisión de Estudios Hipotecarios del Colegio de Registradores (5) a propósito de la inscripción de pantanos, que no sólo acepta su posibilidad, sino que defiende su conveniencia.

Naturalmente no faltan contradictores. Así, CAMY (6) es radical: «... no hay que entender el que ésta (la inscripción) pueda realizarse si se solicita, sino que esos bienes no pueden ser objeto de un folio registral en ningún caso, o sea que queda *prohibida* su inmatriculación».

Sin entrar en este debate, GONZÁLEZ PÉREZ (estudio citado) señala que los bienes de dominio público están sustraídos al comercio jurídico, pero al privado; junto a éste existe un comercio jurídico público, que en modo alguno resulta incompatible con la esencia de los bienes de esta naturaleza.

«No es posible constituir derechos reales privados sobre bienes de dominio público, pero ninguna razón impide la constitución de unos derechos reales —los administrativos— sometidos a un régimen especial y que respeten la afección del dominio público. Una vez que ha nacido el derecho real administrativo, surge un nuevo bien susceptible de tráfico privado».

(4) «Reflexiones sobre la reciente modificación del Reglamento Hipotecario», RCDI, 1959, págs. 366 y sigs.

(5) Boletín, núm. 26, 1968.

(6) Comentarios a la Legislación Hipotecaria, 3.ª ed., tomo I, pág. 108.

Nacido el «derecho real *ex novo*» con el ingreso en el tráfico jurídico privado de un nuevo bien (que antes no estaba) se produce la ficción derecho-finca y el tratamiento especial del artículo 44, número 6, del Reglamento Hipotecario. En cualquier caso, a los efectos que aquí interesan, por y a través de la concesión administrativa, la zona marítimo-terrestre e incluso el litoral pueden llegar a los libros del Registro.

A) *La inscripción de la concesión administrativa*

Ya el Reglamento Hipotecario de 1870 admitió su inscripción, y una Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de marzo de 1875 admite la inscripción de unas casetas de baño en la playa, por ser concesión de carácter permanente. En 1929, cuando la doctrina vacila acerca de la naturaleza jurídica de esta institución, otra Resolución de 14 de febrero declara:

«...ya se reputen como verdaderos privilegios emanados de la potestad pública o como actos administrativos de naturaleza especial o como contratos que trascienden de la esfera del Derecho civil, forman con las construcciones llevadas a cabo una entidad jurídica inescindible...» (7).

Su inscripción está fuera de dudas, pero está llena de particularidades como consecuencia de la especial naturaleza del derecho, que a su vez vienen impuestas por afectar directamente al dominio público. El Código Civil, en su artículo 334, número 10, las considera bienes inmuebles, y el artículo 51 del Reglamento Hipotecario permite su inscripción siempre que afecten o recaigan sobre bienes inmuebles.

Pero como estos bienes inmuebles son de dominio público, difícilmente puede cumplirse la exigencia, básica en nuestro derecho, del artículo 7.º de la Ley, con arreglo al cual la primera inscripción de las fincas en el Registro debe ser de dominio, e inscrito éste, se podrán registrar los derechos reales que recaigan sobre las mismas.

La doctrina ha salvado limpiamente estos obstáculos. Para Roca SASTRE, la concesión es un acto de la Administración por el que «se crea sobre bienes de dominio público y a favor de un particular, un *derecho subjetivo* de uso, aprovechamiento o explotación exclusiva». La concesión administrativa inscribible tiene la consideración de «finca registral».

LA RICA entiende que «la concesión administrativa implica la constitución *ex novo* de un derecho real de utilización de bienes públicos por

(7) Otra Resolución de 18 de abril de 1969 reitera esta doctrina de la inscripción de concesiones: «... siempre que tenga transcendencia real en base a la naturaleza de bien inmueble que a las mismas reconoce el artículo 334 del Código Civil».

el concesionario...», lo cual explica que sean directamente *inmatriculables* sin necesidad del requisito de la previa inscripción.

Y esta trasposición de considerar el «derecho» «finca» tiene lugar en el artículo 44, número 6, del Reglamento Hipotecario.

La última reforma del texto reglamentario, de 12 de noviembre de 1982, regula en forma más técnica y sistemática la concesión, y aunque nada dice de puertos deportivos, los artículos 31, 60 y 61 (entre otros) ofrecen base suficiente para una doctrina unitaria de la inscripción de este tipo de concesiones.

a) *La inmatriculación*

Ya hemos visto cómo la concesión en nuestro sistema se considera finca con la virtualidad de abrir folio registral, pues bien, aunque sea muy someramente veamos las especialidades que ofrece en cuanto al título inscribible, la circunstancias de la inscripción, sus efectos y la caducidad.

a') *El título inscribible.* El artículo 60 da como regla general la escritura pública, a menos que no se requiera el otorgamiento de ésta, en cuya caso será inscribible «el título mismo de la concesión».

Este es el caso de los puertos deportivos, en los que el título es el traslado de la resolución administrativa, el cual tiene de por sí virtualidad inmatriculadora.

Aplicación del principio del artículo 3.º de la Ley.

b') *Las circunstancias de la inscripción.* Tal vez en este punto sea donde se produzcan mayores especialidades.

No les voy a cansar a ustedes con reflexiones puramente registrales acerca de la técnica de las inscripciones. Pero de todos es sabido que en nuestro Registro no se copian los títulos, sino que el registrador debe seleccionar una serie de elementos del negocio jurídico celebrado y del derecho real constituido de acuerdo con unas normas (arts. 9 de la L. H. y 51 del R. H.), con exclusión de «las estipulaciones, cláusulas o pactos que carezcan de trascendencia real».

Para las concesiones el artículo 60 ordena taxativamente:

«... deberá expresar literalmente el pliego de condiciones generales, el traslado de la Ley o Resolución administrativa de concesión y las condiciones particulares o económicas».

¿A qué se debe la diferencia de trato? Sencillamente a la naturaleza específica de la figura jurídica que estudiamos.

La propiedad y los derechos reales (civiles por llamarlos de alguna forma) tienen un contenido previamente configurado por la Ley; por ello, sólo hay que llevar a los asientos del Registro las modificaciones —con trascendencia real— introducidas por las partes. La concesión no tiene un contenido predeterminado en la Ley, sino que derechos y deberes nacen del propio «acto concesional», que como acto singular de algún modo participa de la naturaleza del privilegio.

La concesión no sólo nace, sino que se configura en el acto de su otorgamiento.

No voy a hacer una exposición exahustiva de estas circunstancias (para ustedes de sobra conocidas), sino de la trascendencia registral que tiene la mayoría de las condiciones y prescripciones.

Una primera serie está dibujando la concesión en sí, tales como el plazo, la declaración que «... no implica cesión del dominio público ocupado ni de las facultades dominicales del Estado...», la autorización en su caso para ocupar el dominio público, así como la posibilidad o no de efectuar expropiaciones.

Otra larga enumeración de circunstancias son relativas a la construcción, que van desde el proyecto debidamente aprobado por la Administración (así como sus modificaciones), plazo de ejecución, actas de replanteo y de reconocimiento, inspección, suspensión de obras, etc., hasta la devolución de la fianza, lo cual, aunque es transitorio, es importante que figure en el Registro, ya que el incumplimiento de la mayoría de estos deberes o plazos puede traer consigo la caducidad de la concesión.

Finalmente, y no estoy seguro de no haber dejado ninguna atrás, hay otra serie de condiciones (o prescripciones) que está modalizando el uso (ejemplo: la que prohíbe que el dominio público ocupado ni las obras ejecutadas se dediquen a otros usos que los expresamente autorizados), concediendo derechos como la enajenación o gravamen, creando limitaciones (como los amarres que deben quedar para el uso público en general) o imponiendo obligaciones como la de conservar.

De algunas de ellas nos hemos de ocupar más adelante. Quede aquí anticipado que toda esta serie de limitaciones, deberes, restricciones y cargas tienen eficacia frente a terceros.

b) *Caducidad de la concesión.* De esencia de las concesiones administrativas es su temporalidad, la Ley General de Obras Públicas señala unos plazos máximos y a la Administración corresponde, con carácter discrecional, determinar la duración en concreto de cada una de ellas. Caducada la concesión, revierte al Estado (art. 31 del Rgto. Puerto Deportivos) no sólo el dominio público concedido, sino la zona de servicio del puerto y los accesos, aunque en su origen fueran de propiedad particular, de ahí la importancia del *acta de replanteo*.

Pero desde el punto de vista registral, tal vez tenga más importancia —por las razones que veremos— el rescate anticipado fundado en el interés general (art. 32 Rgto.) o como consecuencia del incumplimiento, por parte del concesionario de aquellos deberes, que lleva aparejada esta sanción.

En todos estos casos la decadencia del derecho del concesionario trae consigo la de todas las situaciones jurídicas que traen causa de aquél (incluso algo tan protegido como los contratos de trabajo); por ello es esencial que al inscribir la concesión se haga relación clara y circunstanciada de todas las causas que pueden provocar la caducidad.

En todo caso, producida aquélla y si el Estado no opta por otorgar nueva concesión, todos los bienes revertidos vuelven al dominio público, circunstancia que se hará constar en el Registro por *nota al margen* de la inscripción de la concesión.

Cabría discutir, pero no es el momento, si la inscripción principal debe cancelarse, si basta con la nota marginal o si otorgada de nuevo la concesión puede «enlazar» con ésta o comenzaría un nuevo historial con otra inmatriculación.

c) *Efectos de la inscripción.* Es principio básico de nuestro sistema inmobiliario-registral «que el contenido del Registro se presume exacto e íntegro», principio que se desenvuelve en una serie de normas concretas en garantía de la seguridad del tráfico jurídico, que protegen tanto al titular inscrito como al tercero.

En principio estas calidades se dan en la concesión inscrita; pero como la concesión por esencia es limitada en el tiempo y rescatable por parte del Estado, de ahí la enorme importancia que antes apuntábamos de que en la inscripción se refleje con exactitud todas y cada una de las limitaciones en su ejercicio y las causas posibles de caducidad.

GONZÁLEZ PÉREZ señala una serie de excepciones a los principios registrales basados en la especial naturaleza de la concesión e incidir directamente sobre el dominio público, donde la jurisprudencia ha hecho prevalecer «los principios jurídico-administrativos de prerrogativa sobre el de seguridad jurídica».

No es momento de profundizar en ello; lo que sí es cierto es que en la medida que el Registro refleje las circunstancias y posibles causas de alteración del derecho, menos margen habrá a que «tenga que resolverse un derecho inscrito por causa que no conste en el Registro», con el consiguiente daño a la seguridad jurídica. Es darle la vuelta al problema; si se admite la tesis que en razón de las prerrogativas de la Administración en defensa del interés público, se puede resolver una determinada situación jurídica y (que habría que matizar) se eliminarían los pronunciamientos del Registro y la protección de terceros; pues bien,

si el asiento registral de la concesión recoge todas las posibles causas que pueden derrumbar la titularidad del concesionario, el Registro, anticipándose, habrá evitado esta quiebra en el sistema que no sólo perjudica intereses particulares, sino que en cierto modo atenta contra el orden jurídico.

B) *La enajenación y gravamen*

En las concesiones suele aparecer una condición que más o menos suele decir:

«El beneficiario, después de aprobada el acta de reconocimiento de las obras, podrá *ceder la autorización* otorgada, previa la conformidad expresa de la Administración, entendiéndose que quien se *subroga* en sus derechos asumirá las obligaciones, etc.»

Bien entendido que en este epígrafe nos ocupamos de la concesión como un todo, no de la transmisión individualizada de algunos elementos o partes de ella, como pueden ser los puntos de atraque.

a) *Enajenación*

La primera preocupación que asalta al jurista al leer una cláusula como esa es si la concesión es transmisible por naturaleza o sólo podrá transmitirse en aquellos casos que expresamente esté prevista en las condiciones generales.

a') *Primer supuesto: que la concesión contenga esa cláusula.* A mi juicio tiene el valor, además de no ofrecer dudas acerca de su transmisión, señalar el régimen jurídico de la misma. La enajenación requiere la previa autorización administrativa, debido a que la relación jurídica creada en virtud del acto concesional es de las llamadas de «tracto continuo», a la Administración no le es indiferente la persona o entidad que va a sustituir al concesionario en la titularidad jurídica de la concesión. Hay subrogación total, sin alteración del derecho; el transmitente queda libre del nexo que le ligaba a la Administración y el adquirente ocupa su misma posición jurídica en derechos, limitaciones, deberes y cargas.

b') *Segundo supuesto: que nada diga la concesión.* En tal caso entiendo que la concesión es igualmente transmisible, siguiendo el mismo régimen jurídico del caso anterior. Y creo que esto es así, porque la facultad dispositiva es «elemento natural» del derecho; la concesión, hemos dicho, crea un derecho subjetivo en favor de un particular, que aunque recaiga sobre un elemento público (bienes de dominio público) entra en el tráfico jurídico-privado.

c') *Tercer supuesto: que la concesión prohíba la transmisión.* He dicho antes que la facultad de transmitir es un elemento natural (no esencial) del derecho constituido; no veo por ello inconveniente en que se otorgue una concesión «intuitu personae», en que la persona del concesionario es elemento decisorio e imprescindible en el otorgamiento de aquélla; supuesto en el cual la prohibición de disponer se inscribiría por no tener nada que ver con el artículo 27 de la Ley Hipotecaria. No es en este caso pacto ajeno agregado al derecho, sino elemento interno de su configuración (algo parecido a los derechos de uso o habitación).

Sin embargo, la Sala 3.^a del Tribunal Supremo, en Sentencia de 12 de abril de 1980 (Ponente, SAINZ DE ROBLES), a propósito de una concesión sobre la zona marítimo-terrestre, hace prevalecer la libre transmisión del artículo 103 de la Ley General de Obras Públicas sobre cualquier tipo de acto aprobatorio por parte de la Administración.

En efecto, el artículo 103 declara:

«El concesionario podrá transferir su concesión o enajenar las obras libremente, pero entendiéndose que el que le sustituya en sus derechos le sustituye también en las obligaciones... De la enajenación o transferencia de los derechos correspondientes al concesionario se dará cuenta al Ministerio...»

Y el Tribunal Supremo afirma que las concesiones demaniales son libremente transferibles a terceros, tal como se deduce del artículo 103 de la Ley de Obras Públicas:

«... sin que en ningún caso pueda confundirse la *notificación* del acto de transmisión al Ministerio de Obras Públicas, con la previa sujeción a una nueva autorización de éste para obtener plena eficacia...»

El único requisito exigible es la «notificación». Personalmente me adherí con entusiasmo a esta solución de cuño iusprivatista, con base en los artículos 1.112 y 1.526, entre otros, del Código Civil, y 149 de la Ley Hipotecaria, que a propósito de la cesión de crédito garantizado con hipoteca exige la inscripción para que surta efectos frente a terceros y la notificación para vincular al deudor.

Lo que sucede es que en este terreno resbaladizo de concesiones la doctrina es cauta y parece dar valor de cuasi-ley al acto concesional.

Si la tesis de esa Sentencia se convierte en doctrina legal, si es que no se ha convertido ya, con gusto donde «digo digo, digo Diego», con la consecuencia de suprimir el apartado c') que antecede y cerrar el paso

al Registro a cualquier cláusula restrictiva a la libre transmisión, condenada por el artículo 27.

Pero... me parece pronto.

b) Gravamen

Tal vez se pueda dar alcance general al artículo 107, número 6, de la Ley Hipotecaria cuando dice que también podrán hipotecarse:

«Las concesiones administrativas de minas, ferrocarriles... y otras obras destinadas al servicio público, y los edificios o terrenos que, no estando directa y exclusivamente destinados al referido servicio, pertenezcan al dominio particular, si bien se hallen agregados a aquellas obras, quedando pendiente la hipoteca, en el primer caso, de la resolución del derecho del concesionario.»

La claridad del precepto excusa de comentarios. Esto que la Ley predica para la hipoteca es válido para cualquier derecho real. Quiero poner el acento sobre un matiz, que más adelante nos va a ser útil, los bienes de dominio particular agregados a la concesión que no están «directa y exclusivamente destinados al referido servicio»; la hipoteca o derecho real constituido sobre éstos no sigue la suerte de aquélla.

c) Régimen común de inscripción

Como la enajenación o gravamen se rige por el Derecho privado desaparecen las especialidades. Será título inscribible la escritura pública en la que se haya instrumentado, por ser un negocio jurídico privado.

La inscripción se practicará normalmente a continuación de la concesión, o en su caso, del último asiento.

C) La obra nueva

Como seguimos en el ámbito de los actos jurídicos privados, tampoco la declaración de la obra nueva ofrece especialidad alguna; el título es la escritura y la inscripción normal.

La anteriormente citada Resolución de 14 de febrero de 1929 decía que la concesión con las construcciones llevadas a cabo forman una entidad jurídica inescindible; razón por la cual, el artículo 67 del Reglamento Hipotecario (aplicable aquí por analogía) a propósito de las cen-

trales eléctricas ordena que bajo un sólo número se inscriban, las presas, pantanos, centrales térmicas o hidráulicas, líneas de transmisión, case-tas, transformadores, servidumbres, etc.

En los puertos deben describirse e inscribirse edificios, zonas de servicio, instalaciones, pantalanés, puntos de atraque, etc., y creo que la doctrina anteriormente expuesta obliga a que en la inscripción principal se incluyan o al menos queden suficientemente relacionados «los agregados aunque no afectos» (de que habla el art. 107).

Lo que a mí me ofrece ciertas dudas es si se inscribe el agua.

A cualquier profesional de formación clásica cuando menos le sorprende que en los libros del Registro aparezcan parcelas de mar. Sin embargo, la solución es afirmativa; en toda concesión administrativa son elementos importantes de la inscripción el proyecto y la extensión de la propia concesión; pues bien, en las concesiones de puertos tan importantes (o más) que las edificaciones de tierra, es la superficie de agua abrigada en la dársena o dársenas, punto éste que viene específicamente determinado en el proyecto, expresado en metros cuadrados las dimensiones del espejo.

Y si así viene en el proyecto, así debe hacerse constar en la inscripción.

No creo que sufran alteraciones las normas generales en orden al momento de hacer la declaración de obra nueva; como en todas, se puede hacer en construcción, si bien la obra terminada no se podrá inscribir en tanto en cuanto no sea aprobada el *acta de reconocimiento*.

D) *Otros asientos en el folio registral de la concesión.*

El Reglamento Hipotecario fiel a la exigencia de que las incidencias posteriores del derecho inscrito queden reflejadas en el Registro, determina en el párrafo 2.º del artículo 60:

«También se inscribirán los títulos que acrediten el replanteo, la construcción, suspensión o recepción de las obras, las modificaciones de la concesión y del proyecto, la rescisión de las contratas y cualesquiera otras resoluciones administrativas o jurisdiccionales que afecten a la existencia o extensión de la concesión inscrita.»

Es decir, que se inscribe todo. Unas veces la modificación exigirá asiento principal —inscripción— y otras se podrá hacer constar por nota marginal.

Vista ya la obra nueva, en este apartado fijemos la atención sobre el *acta de replanteo*.

Es el momento procesal en el que se fijan la situación y límites:

- de las zonas de dominio público, zona marítimo-terrestre, playa y mar territorial;
- del dominio público, respecto al que se autoriza la ocupación temporal;
- de los terrenos ganados al mar que pueden pasar a propiedad privada, y
- las zonas terrestres de servicio del puerto incluidos los accesos, que adquieren carácter público.

Inscrita el acta, quedará reflejada en el Registro la delimitación de estas zonas como elementos de la concesión.

Quede claro que alguna de éstas reclamará su propia inscripción (como los terrenos ganados al mar), pero en todo caso deben quedar reflejadas en el historial de la concesión.

E) *Inscripción de fincas relacionadas con la concesión*

La diferencia sistemática entre los anteriores apartados y éste, no es de exclusiva técnica registral, la diferencia de trato responde a una diferencia de sustancia. Hasta aquí hemos analizado la «finca-concesión», cuyo historial se refleja bajo un sólo número en el Registro.

Aquí vamos a analizar algunos supuestos de fincas, que aunque relacionadas con la concesión tienen su propia identidad sustantiva, su propio régimen jurídico y su propio historial en el Registro. Y lo vamos a reducir a dos supuestos generales (a riesgo de dejarnos alguna situación intermedia), fincas de propiedad privada que se incorporan a la concesión y fincas que nacen con ésta y pasan (o están destinadas a pasar) a propiedad privada.

a) *Fincas que se incorporan a la concesión*

Prescindiendo de si esta incorporación se produce por voluntad del concesionario o por exigencia de la Administración, es lo cierto que produce una vinculación entre ambas que va a determinar un régimen jurídico paralelo.

Dice el artículo 31, párrafo 2.º:

«La adquisición por expropiación forzosa o por cualquier otro título de fincas o derechos inscritos que hayan quedado *afectos* a la concesión se inscribirá a favor del concesionario, haciéndose constar en las inscripciones respectivas su afección, y en la inscripción de la concesión la incorporación de aquéllos, por nota marginal.»

A partir de la afección, que como vemos queda reflejada en las respectivas inscripciones, se produce una intercomunicación (sigue diciendo el artículo 31), las fincas independientes quedan gravadas con las cargas presentes o futuras que graven la concesión; sobre estas fincas no se pueden inscribir otras cargas que, previa autorización administrativa, graven aquélla.

Esta segunda parte del precepto me parece excesivamente dura, ya que parece sustraer estas fincas del tráfico jurídico y dejarlas sin contenido económico, bien que se exija la autorización; pero en ningún caso que se cierre el Registro a todo tipo de carga propia con independencia de la concesión.

¿No contradice esta radicalidad los términos más amplios del artículo 107 de la LH? El tema nos llevaría excesivamente lejos; en una primera apreciación, parece que el artículo 107 da la clave de bienes «afectos» y bienes «agregados».

Extinguida la concesión, puede que la finca pase a la Administración, en cuyo caso se inscribirá a su favor; que recupere la libertad en favor del concesionario, caso en el cual se hará constar la desafectación, a menos que en su día hubiese sido expropiada, entonces tendrá preferencia el derecho de reversión del expropiado.

b) Fincas que nacen con motivo de la concesión: parcelas ganadas al mar

Por su importancia para las urbanizaciones, por el volumen económico que pueden representar (en costos y en valor) y por el tratamiento que le da el Reglamento de Puertos, creo que es el punto más importante de esta parte de la exposición.

La Ley de Puertos y la de Costas, como vimos, e incluso la de Puertos Deportivos, son tajantes; está última dice en su artículo 18:

«Los terrenos ganados al mar como consecuencia de la construcción de un puerto deportivo o de su paseo marítimo de ribera serán propiedad privada de sus concesionarios, sin perjuicio de las servidumbres y limitaciones a que quedaren sometidos de acuerdo con la legislación vigente.»

El Reglamento, en el artículo 30, que teóricamente desarrolla este precepto legal, señala los terrenos que aún ganados al mar no pueden pasar a propiedad privada —como vimos y estamos de acuerdo—, así como el procedimiento de ganarlos, que debe ser por obras realizadas y no por proceso natural.

Lo que verdaderamente perturba (y mi ánimo conturba) es la definición del primer inciso del número 4 y el requisito *sine qua non* del número 1.

Empecemos por éste; parece que el momento ritual para obtener la «futura propiedad» de estos terrenos es el de la solicitud de la concesión, momento en el cual la Administración los debe conceder explícitamente.

Y qué pasa, pregunto, si en una modificación del proyecto sometida a todos los trámites legales habidos y por haber, el concesionario se da cuenta que ampliando las obras puede ganar terrenos al mar, lo pide y lo aprueba el Consejo de Ministros.

Según el Reglamento, ya pasó el trámite hábil procesal.

Solución: no hacerle caso.

La segunda cuestión puede ser más grave. El número 4 define los terrenos ganados al mar por dos notas positivas:

- que estén emplazados sobre el lecho del mar territorial, y
- que sobresalgan permanentemente de su superficie como consecuencia de las obras.

Lógica aplastante; si falla cualquiera de los dos elementos o no se habrá ganado al mar (primer requisito), o no se habrá ganado nada (segundo requisito).

Lo que cuesta trabajo entender son las dos notas negativas:

«... En ningún caso tendrán dicha condición los terrenos situados sobre la superficie que constituía la zona marítimo-terrestre y las playas antes de la realización de las obras.» (!!!)

¿Quiere ello decir que, realizadas las obras y ganándole al mar bastantes metros en línea recta, hay que dejar aislada la antigua zona marítimo-terrestre o lo que antes era playa? La explicación es que esos bienes son de dominio público.

En contraste con eso, las concesiones suelen contener cláusulas en las que dicen:

- que en el acta de replanteo se proyectará;
- que en el acta de reconocimiento se fijarán los límites superficiales, ya reales de dichos terrenos;

- que aprobada aquélla se levantará el acta de entrega, y
- que una vez hecho todo eso y pasado por la Oficina Liquidadora del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales «se deberán inscribir en el Registro de la Propiedad».

Naturalmente dejando a salvo, la actual zona marítimo-terrestre, la playa, la zona de servicios, de accesos, etc.

Nuestras leyes reconocen esta forma originaria de adquisición de la propiedad, y reconocida se le ponen condiciones y límites. Presupuesto básico es la concesión, porque sin ella no se podrían hacer las obras.

Y límites, los que reclaman el dominio y el servicio público. Dentro de estas coordenadas, el derecho se produce por sí, no por acto gracioso de la Administración.

Como forma de adquisición originaria su inscripción en el Registro será de inmatriculación; el título inscribible será el acta administrativa «de entrega».

En cuanto al régimen jurídico de estos terrenos —que desde el primer momento entran en la propiedad privada— depende del grado de conexión con el conjunto unitario que representa la concesión. Pueden ser terrenos «vinculados», en cuyo supuesto estaríamos en el caso del apartado anterior.

Pueden, por acto de destino del propietario, ser terrenos «agregados» como prevé el artículo 107 de la Ley Hipotecaria, en cuyo caso no están envueltos en la concesión, la relación entre ambos se rige por normas de Derecho privado.

Y finalmente, puede que nada tenga que ver con aquélla, siendo inmatriculados en el Registro por su propietario como una finca normal.

Quede claro que sólo me he referido a los terrenos ganados al mar que pasan a propiedad privada, porque si quedan incluidos en la concesión por su carácter público y al término de aquélla revierten al Estado, no hay caso (8).

Hasta aquí el tratamiento registral de la concesión administrativa sobre un puerto deportivo considerado en conjunto y como unidad.....

(8) Cabe citar la relativamente reciente Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de diciembre de 1977, que si bien se refiere a una concesión tan especial como la de marismas, contiene algunas declaraciones que con las cautelas propias de la aplicación traslaticia pueden ilustrar.

Así la referencia a los textos legales básicos, «... que confieren como efecto primordial la adquisición al concesionario de la propiedad de los terrenos ganados al mar, una vez ejecutadas las obras y cumplidas las cláusulas de la concesión».

II. LOS PUNTOS DE ATRAQUE COMO UNIDADES JURÍDICAS INDEPENDIENTES

A) *La transmisión de los atraques*

Hay una realidad social que seguramente ha justificado esta ponencia, el hecho por todos reconocido y aceptado que los atraques se compran y se venden.

Cuando la propiedad horizontal sorprendió a algunas mentalidades acostumbradas a ver la propiedad ordinaria bajo una sola linde y que alcanzaba (según los clásicos) por arriba hasta el cielo y por abajo hasta el infierno («... *usque ad coelum et usque ad inferos*»), no alcanzaron a comprender que el suelo de su piso era el techo del vecino y que la escalera era de todos, incluso del propietario de la planta baja.

Algo parecido sucede aquí.

El adquirente de un derecho de atraque tiene, con limitaciones, un derecho de utilización exclusiva de un trozo de mar (que es de todos), de una zona de embarcadero (que no puede vallar), de una serie de elementos móviles, que aunque los adquirió con el atraque normalmente no los puede separar del mismo; junto a este derecho «exclusivo» adquiere como anejo inseparable —compartido con los demás titulares— el uso y aprovechamiento de las instalaciones comunes; finalmente, para completar el cuadro todo esto se desenvuelve dentro de una concesión del Estado con toda su secuela de limitaciones, deberes, cargas, caducidad y reversión. Pero si el hombre de la calle —destinatario de las leyes— se puede hacer estas preguntas inquietantes, el jurista —encargado de interpretarlas— no se encuentra en una situación mucho más clara.

La transmisión, aunque sea mediante precio, no es compra-venta.

El derecho adquirido no es el dominio, las facultades que confiere a su titular giran en torno a un uso más o menos exclusivo, pero sobre todo de carácter temporal.

La tentación (o la necesidad) de reconducir este fenómeno jurídico-social a alguna de las figuras típicas acuñadas por el derecho puede llevar al desaliento, pues son más decisivas las diferencias que separan, que las analogías que aproximan (incluso con un derecho tan parecido como el arrendamiento).

El promotor-concesionario, que será quien transmita el atraque, no verá por ello alteradas sus relaciones con la Administración. Y así podíamos seguir con una cadena de interrogantes que se cierra (o tal vez se debería abrir) con la pregunta de si todo este fenómeno se rige por el Derecho público, el privado o por ambos a la vez. El análisis debe

comenzar por el estudio de cada uno de los elementos que lo configuran, así, en primer término hay que distinguir negocio jurídico de transmisión y derecho transmitido, para averiguada su naturaleza indagar el régimen jurídico al que quedan sujetos.

a) Naturaleza jurídica del derecho transmitido

Empecemos por el hecho económico-social; una persona adquiere un derecho sobre un punto de atraque individualizado, a efectos de servirse de él con arreglo a su destino.

Recordemos que la base de partida es la concesión «derecho real administrativo de goce» (Res. de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1977), por el cual un bien del dominio público ingresa en el tráfico jurídico privado.

El concesionario, ya hemos visto que puede enajenar y gravar la concesión; pues si puede lo más, puede lo menos; en consecuencia puede transmitir parte de su titularidad o parte del contenido jurídico y económico que ampara esa titularidad.

Si para averiguar la naturaleza jurídica del derecho transmitido nos fijamos en su contenido, una de dos, o tenemos que forzar excesivamente la analogía para meterlo con calzador en un derecho «típico» o lo definimos como «atípico», lo cual además de hacernos retroceder al punto de partida es bastante delicado en materia de derechos reales, sobre todo de derechos reales inscribibles.

Creo que el camino adecuado es el que marca la distinción que hace el profesor DE CASTRO de los derechos subjetivos, en razón de la dependencia o independencia que mantienen respecto a la relación jurídica básica de la que proceden. Así llama:

- *Derechos principales* a «aquellos que, independizados de la relación jurídica básica, crean una relación inmediata de poder sobre el objeto»; ejemplo clásico, la propiedad, y
- *Derechos dependientes* a aquellos que no se han desligado de la relación o del derecho principal», a su vez esta dependencia puede venir determinada por varias causas, de las cuales aquí nos interesan dos:
 - derechos cuya titularidad está determinada por una relación jurídica, en que *coexiste* con otro titular; ejemplo: la comunidad, y
 - derechos aunque nacidos independientes quedan sometidos con

cierta *subordinación* a otro derecho subjetivo; ejemplo: el subarriendo.

Desde esta perspectiva, la titularidad del transmitente, la *concesión*, explica y justifica la naturaleza jurídica del derecho del adquirente.

El adquirente del punto de atraque es titular de un derecho «dependiente» del derecho del concesionario, cuya dependencia puede ser de dos formas: por coordinación o por subordinación.

a') *Dependencia por coordinación*. Apuntaba antes que el acto dispositivo del concesionario podía recaer sobre una cuota ideal de su titularidad o sobre parte del contenido de su derecho; aquí estamos en el primer caso, el concesionario transmite una *parte alicuota de su titularidad*, con lo cual y previa autorización administrativa, el adquirente se subroga en esa parte alicuota en la posición jurídica del transmitente, es decir, adquiere la cualidad jurídica de concesionario.

El problema, que se puede resolver por estatutos, es concretar o asignar a esa cuota uno o varios amarres en concreto, extremo que veremos más adelante.

Aquí lo que importa es la situación jurídica creada, que es una «*concesión en comunidad*» (9).

b') *Dependencia por subordinación*. El acto dispositivo del concesionario recae no sobre la titularidad, sino sobre parte del contenido material del derecho, sobre uno o varios amarres determinados.

En este supuesto, el concesionario, usando del poder jurídico que le confiere su titularidad, crea una nueva relación jurídica en favor de tercero.

Aquí la Administración normalmente no intervendrá, la concesión permanece intacta en sus derechos y en sus deberes, entre aquélla y el adquirente no hay vínculo alguno.

(9) Esta solución puede chocar con la idea que la concesión es indivisible y que normalmente la Administración no va a autorizar transmisiones fraccionadas.

A tal fin es preciso aclarar que si se contempla aquí esta posibilidad es como supuesto teórico, ni se recomienda, ni se prevé si va a ser autorizada o no.

Lo que se propone es que a la naturaleza de la concesión —y siempre desde mi punto de vista— no repugna la idea de la titularidad concurrente, pues en tal caso jamás la Administración podría otorgarla a dos personas ni reconocer la transmisión hereditaria en favor de dos herederos.

Cosa muy distinta es la «responsabilidad solidaria» de todos los titulares frente a la Administración en el ejercicio de los derechos y cumplimiento de los deberes impuestos al concesionario. Responsabilidad que no se desvirtúa por el hecho que mediante Estatutos la «cuota ideal» se materialice en cuanto a su uso y disfrute en uno o varios amarres en concreto, ya que esa materialización nada significaría frente al Estado concedente, ni alteraría la responsabilidad ni los términos de la concesión.

La posición jurídica del tercero-adquirente deriva de la titularidad del concesionario-transmitente (éste le puede ceder todas las facultades que sobre aquellos amarres tiene, pero ni una más; de la misma forma que le puede poner más cargas o limitaciones, pero ni una menos de las que la concesión le impone a él); el derecho del adquirente *depende por subordinación* del derecho del concesionario y participa de su propia sustancia y naturaleza, razón por la cual me atrevo a llamarle —con ciertas licencia— «*subconcesión*» (10).

b) *El negocio jurídico de transmisión*

Delimitado ya el derecho transmitido como derecho real administrativo, veamos el negocio jurídico, en cuya virtud se constituye. Si lo que se cede es una parte alícuota de la concesión (comunidad), lo normal es que el título concesional exija la autorización administrativa.

Si lo que se cede es parte del contenido del derecho (subconcesión) lo normal es que la Administración no intervenga, a menos que así lo impusiese el título de la concesión.

En cualquier caso, la autorización se sitúa fuera del negocio, será un presupuesto jurídico de aquél, pero ni penetra en su esencia ni mucho menos lo hace administrativo.

Esta autorización participa de la naturaleza de tantas otras exigidas por nuestras leyes, para la válida celebración de negocios jurídicos pri-

(10) NOTA incorporada después de la discusión de la ponencia. Esta teoría fue muy controvertida. Discutida especialmente por ilustres juristas que concurrieron al Symposium; unos proponían el considerarlo un «derecho real atípico» que en trance de ponerle nombre podría llamarse «derecho de atraque», otros lo configuraban como un especial derecho de uso y todos estaban de acuerdo en que no era una subconcesión, por entender que el derecho que adquieren nace de un negocio jurídico privado y es privado.

Las posturas no son tan incompatibles como a primera vista pudiera parecer; ellos se fijan en el contenido del derecho, el que suscribe, en la estructura de la titularidad: derecho dependiente y subordinado. Que el negocio jurídico celebrado entre el concesionario y el tercero es privado, estamos de acuerdo; que las facultades adquiridas por el tercero son privadas, en eso no estamos de acuerdo; las facultades siguen naciendo de la concesión y a través del concesionario llegan al tercero, no creo que ese «a través» transforme la sustancia de unas facultades que autorizan a un particular a usar del dominio público.

Que el nombre de «subconcesión» no es bonito, también estamos de acuerdo; a mí en concreto me gusta más el propuesto de «derecho de atraque».

Lo que sucede es que llamándole derecho de atraque hay que seguir preguntando qué es, porque sigue siendo tan «innominado» como antes, y llamándole «subconcesión» sigue siendo innominado, pero nos da una pista sobre su naturaleza y contenido, y de alguna forma está indicando que se produce un fenómeno parecido a los derechos «nominados» y conocidos de subarriendo, subhipoteca, subforo, subenfiteusis, subestabliment, etc.

vados. Piénsese, como muestra, en las de la legislación sobre inversiones extranjeras.

Situado ya en el ámbito del Derecho privado, ¿a qué tipo contractual pertenece?

El Código civil no es muy afortunado cuando regula la «Transmisión de créditos y demás derechos incorporales», ni por el contenido, ni por el lugar (lo incluye dentro del Título de la compra-venta); no obstante, la doctrina sobre esos preceptos (arts. 1526 y sgts.) ha elaborado la figura de la «cesión de derechos», buscando su integración sistemática en las normas de la compra-venta, si la cesión es a título oneroso, o en las de la donación, si es a título gratuito.

c) El régimen jurídico público y el privado

Como resultado del análisis que antecede se puede resumir:

1.º Al Derecho público pertenece el régimen jurídico de la concesión, tanto en lo que atañe a su titularidad (principal o dependiente, única o compartida), como a su extensión, a su contenido (facultades, limitaciones, deberes y cargas), como a su vigencia, caducidad y reversión.

2.º Al Derecho privado pertenece la regulación de todo lo demás, por haber entrado la concesión, como bien económico, en el tráfico jurídico privado.

De igual modo al Derecho privado corresponde la ordenación de la concurrencia de titularidades que se produce como consecuencia de la individualización de los puntos de atraque.

B) Régimen de organización de las titularidades concurrentes

Enajenados los puntos de atraque como unidades independientes dentro del conjunto unitario que es la instalación portuaria, se produce una concurrencia de titularidades que de algún modo hay que ordenar.

En aras de la brevedad (propuesta y no conseguida) y de la claridad (no sé si lograda) voy a prescindir del plano en que se produzca la concurrencia (concesión o subconcesión) y la variedad de teorías elaboradas por la doctrina (nacional e importada) la voy a reducir a tres grupos:

- la organización se consigue con la unidad en el objeto y pluralidad de sujetos (comunidad del tipo romano);
- la unidad se produce en el sujeto, abstracción hecha del objeto (persona jurídica), y
- la diversidad de sujetos y objetos se vinculan por la unidad en la organización (algo parecido a la propiedad horizontal).

Veamos en qué medida estas tres figuras son válidas para dar soluciones al problema portuario.

a) *La comunidad de tipo romano*

La base legal la ofrecen los artículos 392 y siguientes del Código Civil. En nuestro caso, se mantiene la unidad del conjunto portuario sin distinción de los distintos elementos que lo componen, la concurrencia de sujetos se da en la titularidad (concesión o subconcesión).

La ventaja que ofrece esta fórmula es que tiene un régimen legal directamente aplicable, sin tener que recurrir a la analogía. El problema son las adaptaciones que tiene que sufrir por vía de convenio, al amparo del párrafo 2.º del mismo artículo

En nombre de la autonomía de la voluntad hay una tendencia bastante generalizada en la doctrina, que mediante *Estatutos* se puede moldear la comunidad para hacerla a la medida del fin perseguido por los interesados.

En este caso es necesario adaptar los siguientes extremos:

1.º La cuota ideal y abstracta que a cada comunero corresponde en la titularidad se concreta en cuanto al *uso* en uno o varios puntos de amarre, sin perjuicio del uso indiferenciado de los elementos comunes.

2.º Supresión de los derechos de tanteo y retracto, que a cada condueño da la Ley, caso de transmisión onerosa de la cuota de alguno de ellos a extraños.

3.º Supresión de la «*actio comuni dividundo*» (división de la cosa común), que el Código recoge y ampara en el artículo 400 como uno de los derechos inalienables del comunero; los autores que sustentan la licitud de este pacto se apoyan en las excepciones previstas en los artículos 401 y 402, reforzando su justificación en que a diferencia de la comunidad incidental que regula el Código, hay otras (como sería ésta) en que nace por voluntad de los interesados para el cumplimiento de determinados fines a los que es consustancial la indivisibilidad. Hace ya bastante años puso la primera piedra PELAYO HORE, con su llamada «comunidad social» (11).

No voy a hacer crítica de esta solución, sino sólo observar que a base de modificar el modelo legal hemos pasado de una comunidad pro-indiviso a otra pro-parte.

(11) *Revista de Derecho Privado*, 1942, citado por BLANQUER en «La unificación de los sujetos en el régimen jurídico-privado de las urbanizaciones», *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 60, pág. 50.

b) *La persona jurídica*

En este grupo de soluciones, el centro de gravedad unificador se traslada del objeto al sujeto. El conjunto del derecho se atribuye a la persona jurídica constituida al efecto.

Pueden utilizarse varios de los tipos reconocidos en nuestro Derecho, pero vaya por delante que el obstáculo común a todos ellos es la efectiva vinculación de la cualidad de socio al uso exclusivo de una parcela del bien social. Veamos someramente los distintos supuestos:

a') *Asociación de propietarios constituidos al amparo de la Ley de 1964.* Comienzo por este tipo asociativo porque he detectado por ahí una cierta tendencia a unir los problemas del puerto deportivo a la asociación de propietarios (tomando este término en su más amplio sentido); quede claro que si se quiere constituir esta asociación, se puede, pero se puede para lo que se debe, no para una cosa distinta.

Puede ser útil para, una vez resuelto el problema de titularidades —que es el que no resuelve—, «defender los intereses de los propietarios, entiéndase usuarios, allí donde proceda» o «regular las actividades sociales, culturales, deportivas, etc.» Para descartar esta asociación al fin que buscamos me basta un solo argumento. La cualidad de socio no atribuye una cuota de valor sobre el patrimonio social, solamente le podría dar un derecho eventual y discutido a participar en el reparto de los bienes sociales en el momento de la disolución si, a través del artículo 3.º de la Ley y 39 del Código Civil, se hubiese previsto en los Estatutos. De todas formas sería algo que parece rechazar (como los trasplantes) la naturaleza de estas asociaciones.

Con más autoridad, GARCÍA TREVIJANO (12) dice que los miembros no tienen un «título de participación» sobre los bienes de la entidad, el pago de la cuota no da derecho a un tanto por ciento sobre los bienes de la persona jurídica, dicha cantidad no se «aporta» en el sentido jurídico de la palabra.

¿Pueden estas dificultades soslayarse en los estatutos como en el caso anterior? Si la asociación se configurase así, creo que la Administración no la puede aprobar, porque lo que estaría creando no era una asociación, sino una sociedad, excluida de la Ley del 64 por mandato expreso en su artículo 2.º

b') *Sociedad mercantil de tipo capitalista.* Los límites cuantitativos

(12) *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo II, vol. I, pág. 295.

impuestos por la Ley a la sociedad de responsabilidad limitada (número de socios y cifra máxima de capital), la dejan prácticamente fuera de juego.

La solución de constituir una sociedad anónima y transferirle la titularidad del conjunto portuario es sugestiva; no se produce el concurso de titularidades, no hay que distinguir entre elementos principales (puntos de atraque) e instalaciones complementarias, no hay, en fin, que distorsionar en los estatutos el molde legal elegido.

El inconveniente que la invalida (sin solución a mi juicio) es que la acción confiere a su titular muchos derechos, menos el que aquí le haría falta; la acción es parte del capital, pero nunca del patrimonio de la sociedad. Entre el accionista y el patrimonio social se alza la barrera impenetrable de la sociedad.

c') *Sociedad civil*. Descartadas las posibilidades anteriores parece que la única persona jurídica que nos queda disponible es la clásica, tradicional y nunca bien ponderada sociedad, de los artículos 1.665 y siguientes del Código civil. La sociedad civil en la forma que prevé el artículo 1.678 (sociedad particular) podría valer.

Sin embargo, tropieza con los mismos inconvenientes y algunos más, especialmente derivados del carácter personalista de esta sociedad. Ciertamente en los Estatutos se pueden obviar dificultades, como un sistema claro de administración y representación e incluso una asignación de usos sobre determinados bienes sociales a los socios, pero exclusivamente a efectos internos.

Uno de los principales problemas que señala BLANQUER UBEROS (13) es la falta de vinculación de la titularidad dominical con la cualidad de socio y la excepción al principio de libertad, que elimine el derecho de denuncia de la sociedad sin tiempo de duración.

De otro lado, si el artículo 1.696 autoriza al socio para que a su vez «asocie» a un tercero a su parte, pero exige el consentimiento «unánime» de todos los demás para que el asociado ingrese en la sociedad, difícilmente se podrá construir una sociedad en la que parte de los bienes sociales (los atraques) se puedan transmitir unidos a una cualidad —como la de socio— personal.

d') *¿Cabría alguna solución administrativa como la Entidad de Conservación del Reglamento de Gestión Urbanística?* El crear una persona jurídica de este tipo que pudiera ejercer facultades delegadas de la Administración (como el apremio para el cobro de cuotas) sería tan interesante que justifica que la haya incluido aquí, aunque para evitar sorpresas tengo que anticipar que resolvería muy poco en los casos en que se pudiese aplicar.

(13) *Ob. cit.*, pág. 87.

En uno de los trabajos preparatorios para la ponencia presentada al V Congreso Internacional de Derecho Registral, que fueron encomendados a la Delegación de Cataluña sobre Conjuntos Inmobiliarios, se contempla la posibilidad de la urbanización con puerto deportivo, en todas sus variedades, desde el puerto unidad independiente del conjunto urbanístico, aunque dentro de él, hasta el uso exclusivo de los amarres (con las limitaciones que impone la concesión) reservado a los propietarios de parcela.

En este supuesto (puerto unido a la urbanización), el puerto puede quedar envuelto por una entidad de conservación, la que constituya para el conjunto urbanístico; en cuyo caso la totalidad de las instalaciones portuarias entrarían a formar parte como un todo de esa entidad, lo cual tal vez pudiera resolver el problema de las tarifas y el apremio, lo que parece difícil que resuelva son los problemas de puertas a dentro, como la concurrencia de titularidades que estamos estudiando.

c) *La propiedad horizontal*

Antes de que apareciera la Ley del 60, MONET ANTÓN (14) calificaba la propiedad horizontal como especial, compleja, interdependiente y funcional; los estatutos —*lex rei*— configuran de un modo directo e inmediato esa propiedad compleja. Cuando se promulga la Ley, le da la razón.

Resueltos ya los problemas que planteaba este tipo de propiedad (al menos los que había entonces, ahora han surgido otros), la doctrina tiene que afrontar una situación parecida, pero no idéntica, las urbanizaciones privadas.

La cuestión que plantea es la adscripción permanente de unas parcelas de uso común, a la propiedad de otras principales de uso exclusivo.

SAPENA TOMÁS (15) elabora con fortuna la teoría de la «propiedad horizontal tumbada», donde vincula las parcelas accesorias a las principales, por analogía la propiedad horizontal.

CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE (16), en la misma línea, con diferencia de matices, asimila la propiedad en la que los distintos elementos están superpuestos y en la que son colaterales, como ejemplo ilustrativo añade que aquí (urbanización) los viales sustituyen a la escaleras.

La Dirección General de los Registros y el Notariado, en Resolución de 2 de abril de 1980, acepta estas tesis.

(14) «Estatuto de propiedad horizontal», *AAMN*, tomo XII.

(15) «Problemática jurídica de las urbanizaciones privadas», *AAMN*, tomo XVI.

(16) *Comentarios a la Legislación hipotecaria*, tomo IV.

Si he hecho este recorrido cronológico, doctrinal y legislativo, es para dejar testimonio de cómo los juristas prácticos al enfrentarse con los problemas reales de cada día, van preparando los caminos del legislador.

Y además, como pueden suponer, porque es la que personalmente propongo como solución a la concurrencia de titularidades en los puertos deportivos

La situación, de hecho, es un conjunto de elementos perfectamente diferenciados, que integran un todo (el edificio, la urbanización, el puerto), cuyos elementos son de dos categorías, unos de uso exclusivo (el piso, la parcela, el atraque) y otros de uso común, o soporte del conjunto (escaleras, aparcamientos, viales, accesos, escolleras, etc.).

La Ley de Propiedad Horizontal resolvió algo que si no era por vía legislativa tenía dificultades para su solución, como es la inseparabilidad jurídica de los elementos accesorios a los principales, es decir, la atribución a cada propiedad de una cuota indivisa sobre los elementos comunes.

En materia de urbanizaciones, por el principio que inspira nuestro derecho de libre tráfico de los bienes, era más difícil saltar este obstáculo; la jurisprudencia registral, no ha dudado en consagrar lo que ya venía siendo *opinio communis* en la doctrina. Pues bien, la presencia de la concesión en el puerto deportivo hace el problema mucho más simple que en las urbanizaciones. En éstas, destinar parcelas (que pueden ser edificables) a usos de esparcimiento (ejemplo típico: piscinas y pistas de tenis) sólo puede conseguirse por el acuerdo unánime de los propietarios plasmado en los estatutos y dándoles eficacia frente a terceros mediante la inscripción en el Registro.

En los puertos el problema es más sencillo y de signo inverso. La concesión es un todo indivisible de la que no se puede separar ninguno de sus elementos para darles un destino diferente. Lo que no impide que determinados elementos susceptibles de uso diferenciado y exclusivo (los amarres) idealmente se segreguen del conjunto, y sobre ellos se constituya una titularidad diferenciada susceptible de tráfico jurídico, a la que acompañará como anejo inseparable una cuota de participación en los elementos de la concesión que quedan indivisos. Con lo cual tenemos una prima hermana de la propiedad horizontal tumbada: la PROPIEDAD HORIZONTAL MARINERA.

d) La propiedad por turnos

Porque nació en Torremolinos en el año 1975, porque es perfectamente aplicable a los atraques (mejor que a los pisos) y porque la elaboraron dos Registradores malagueños por vocación, SÁNCHEZ MARÍN

y MARTÍNEZ CASTO (17), cierro con esta teoría subespecie de la propiedad horizontal, las soluciones al problema que venimos estudiando. Dicho por anticipado queda, que la acepto sin tacha ni enmiendas.

En esencia es una comunidad pro-indiviso, aunque retocada, dentro de un piso (en nuestro caso, amarre) en régimen de propiedad horizontal.

La filosofía es la siguiente, lo mismo que en su día la propiedad horizontal creó una propiedad circunscrita a un espacio determinado (el piso), avanzando un paso más «...puede quedar circunscrita a un período determinado de tiempo en relación a cada propietario»; las cuotas de propiedad toman como base unidades de tiempo.

Aplicándolo a nuestro tema, el planteamiento sería el siguiente; constituido un puerto en régimen semejante a la propiedad horizontal, un punto de atraque con tratamiento de unidad independiente, puede ser transmitido a una persona o a varias pro-indiviso. En este segundo caso caben dos posibilidades; la tradicional, la titularidad se transmite por mitad, terceras o enésimas partes indivisas y los cotitulares organizan su comunidad con arreglo a las normas clásicas; la nueva, el promotor divide la titularidad en períodos de tiempo: años, trimestres, meses, a los que no hay ningún inconveniente en llamar por su nombre; cada mes tendrá una fracción matemática que servirá de módulo, pero el acento no está ahí, sino en el nombre de la cuota (ejemplo: agosto), que conferirá a su titular el derecho de exclusivo aprovechamiento durante ese período de tiempo.

La regulación de este sistema se puede hacer en los Estatutos, de la misma forma que vimos en la comunidad romana y seguramente separándose menos de la normativa legal.

C) *La inscripción en el Registro de las distintas soluciones*

Para los Registradores más importante que el cómo se inscribe, es el qué y si se inscribe, quiero decir con ello que toda la vertiente sustantiva del tratamiento registral ha quedado expuesta. Vamos a ver por ello los aspectos que a ustedes (y a mí) nos pueden interesar de la inscripción de las anteriores soluciones.

(17) «La propiedad horizontal concretada a períodos de tiempo», ponencia presentada en la sesión de clausura del Seminario de Derecho Hipotecario de Torremolinos, 1975. Publicado en *Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 106.

a) *La comunidad de tipo romano*

Una vez inscrita la concesión, las distintas cuotas que vayan siendo objeto de sucesivas transmisiones se inscribirán a continuación en el mismo folio registral. Aquí sólo hay que hacer las siguientes puntualizaciones.

1.^a Que las cuotas hay que expresarlas con «datos matemáticos que permitan conocerla indudablemente» (art. 54 R. H.).

2.^a Que si a cada cuota se quiere asignar en exclusiva el uso de un determinado atraque, a mi juicio, previamente deben inscribirse los estatutos donde se regule este régimen.

3.^a Que la novedad introducida por la reforma del 12 de noviembre de 1982, sobre la inscripción de garajes, es aplicable a los puntos de atraque. En esencia consiste en lo siguiente, hasta ahora todas las transmisiones de cuotas indivisas, como decía arriba, se inscriben en el folio registral de la finca a la cual pertenecen; la proliferación de garajes en comunidad ha cargado tanto los historiales de las fincas que el Reglamento ha considerado oportuno crear una seudofinca registral con cada cuota en comunidad, permitiendo que a cada una se le abra folio como si fuese finca independiente, si bien manteniendo el mismo número. La reforma es de orden práctico, pues esa concurrencia masiva mezclaba —en perjuicio de la publicidad formal— ventas con embargos, herencias, matrimonios y divorcios, etc.

La aplicación de este sistema a los atraques, para mí, resulta de la propia letra del texto reglamentario, pero si no se acepta mi interpretación, del espíritu, en último término sería válida la analogía.

Dice el artículo 68, párrafo 1.º:

«La inscripción de la transmisión de cuota indivisa de finca destinada a garaje o *estacionamiento de vehículos*, que lleve adscrita el uso de una o más plazas determinadas, podrá practicarse en folio independiente...»

El Diccionario de la Lengua define la voz «estacionamiento» como:

«Acción o efecto de estacionar o estacionarse. Dícese especialmente de los vehículos.»

Y la voz «vehículo» quiere decir:

«Artefacto, como carruaje, *embarcación*, narria o litera, que sirve para transportar personas o cosas de una parte a otra.»

Creo que con la interpretación literal basta.

b) *La persona jurídica*

El tratamiento registral es uniforme para todas las variantes que hemos visto y para las que no hemos visto, la solución es sencilla, la protección para el tercero que adquiere, nula.

Con la inscripción de la concesión en favor de la persona jurídica prácticamente termina la historia. El Registro no publicará ni la organización interna de la sociedad, ni el régimen de administración, ni el órgano donde radica el poder dispositivo, porque en el Registro de la Propiedad no se inscriben personas.

La transmisión de los puntos de atraque representados (si es que se pueden representar) por títulos de participación en la sociedad, tampoco se inscriben porque en el Registro se inscriben bienes inmuebles y derechos reales y la acción de la sociedad anónima no lo es y el carnet de socio del club de pescadores, menos.

c) *La propiedad horizontal*

La inscripción se practica como la propiedad horizontal normal. Una vez hecha la declaración de obra nueva y descritos individualmente los puntos de atraque con su coeficiente de participación en elementos comunes, a cada uno de ellos se le abrirá su folio registral como finca nueva donde tendrán acceso las sucesivas transmisiones, hipotecas, embargos, etc.

La Resolución de 1980, rindiendo tributo a la realidad, da normas precisas de cómo inscribir las urbanizaciones por el procedimiento de la propiedad horizontal, en la forma —adaptada a este caso— que acabamos de exponer.

d) *La propiedad por turnos*

Inscrita la propiedad horizontal en el folio correspondiente al amarre se irán inscribiendo las transmisiones de cuotas, también en forma normal.

Pero allá en 1975 sus autores no se conformaban con esto, aspiraban, cito textualmente, a que «en folio especial se harían constar las distintas tandas o turnos a medida que se fueran transmitiendo, extendiendo las oportunas notas marginales de referencia». La reforma del Reglamento de 1982 se apropia de la idea y lo aplica a otra cosa. Aquí el Diccionario de la Lengua no nos sirve, pues por mucho que estiremos los «estacionamientos» y los «vehículos» no comprenderá los apartamentos.

En esta línea rompo una lanza en favor de la inscripción en folio

especial, amparado por el espíritu de la reforma y, sobre todo, por la analogía, pues si entonces ellos citaban como argumento las Comunidades de aguas privadas hoy pueden también citar los garajes del artículo 68, con el refuerzo de los derechos de autor... En nuestro caso, no es «caso», está fuera de dudas que los atraques sirven para «estacionamiento de vehículos» y, por tanto, entran dentro de la aplicación de dicho precepto reglamentario. Y aquí podría terminar mi exposición, pero ya que he sobrepasado con creces los límites previstos me creo en el deber de agregar un tema que anda por ahí envuelto en nebulosas y creo es el momento y el lugar para hacer algunas aclaraciones

e) La inscripción de Estatutos y el Reglamento de Servicio y Policía

Las concesiones suelen tener una prescripción donde más o menos dice: «... el peticionario deberá presentar el Reglamento de Explotación y Policía del Puerto para su aceptación o aprobación», en cuyo Reglamento a veces (o siempre, no lo sé) se incluyen las Tarifas.

De otro lado, los promotores suelen redactar los Estatutos, donde fijan y regulan el régimen jurídico de las titularidades que concurren en el conjunto.

Y no faltan ocasiones en que en el Reglamento arriba citado se incluye el Estatuto acabado de citar, y además lo aprueba el Consejo de Ministros.

Por lo que a los Estatutos se refiere me inclino —aunque el tema todavía es discutido— que en cuanto «estatuto de limitaciones» que fija los contornos del derecho y la regulación de su ejercicio debe inscribirse en su totalidad.

El Reglamento, aunque sea complemento imprescindible de la concesión y ya hemos visto lo generoso que es el Registro con estas inscripciones, no se puede inscribir, porque una cosa son «las resoluciones administrativas o jurisdiccionales que afecten a la existencia o extensión de la concesión inscrita» (art. 60 R. H.), que están reflejando el acto administrativo y el derecho que de él deriva y otra la «actividad» que se realiza al amparo de ese acto y en el ejercicio de ese derecho.

Y si se entremezclan en un sólo documento, aunque lo apruebe el Consejo de Ministros, el Registrador tendrá que —cedazo en mano— separar lo inscribible de lo que no lo es.

Entiendo que la mezcla es perniciosa, desde el punto de vista de la forma, porque pese a la aprobación del Gobierno, si los Estatutos no se formalizan en escritura pública no son inscribibles, en consecuencia, ni se pueden configurar los derechos, que antes hemos visto son de formación estatutaria, ni serán oponibles a terceros. Pero lo que puede ser más

grave, que el particular o la propia Administración, entiendan que el conjunto Reglamento-Estatutos están aprobados por el más alto órgano ejecutivo y con eso basta, y puede darse el caso que sí tenga Reglamento, pero no haya Estatutos.

Termino con una sugerencia, si el reiterado Reglamento, en razón de las normas que contenga en cuanto de alguna forma pueda incidir en el ejercicio de los derechos, se estima que es conveniente la publicidad registral, creo que previa inscripción del conjunto organizado (entidad promotora, conjunto de titulares, etc.) podría tener acceso al Registro Mercantil al amparo del artículo 16, 5.º, del Código de Comercio, que permite la inscripción de:

«Cualesquiera persona o entidades naturales o jurídicas, públicas o privadas, aunque no se dediquen habitualmente al comercio, cuando realicen actos o posean bienes sujetos a inscripción según las leyes y reglamento.»

Insisto, es una sugerencia, casi una improvisación.

Eso es todo; por su atención, muchas gracias; por su paciencia, mi felicitación.

Málaga, febrero 1983.

CAYETANO UTRERA RAVASSA
Notario excedente
Registrador de la Propiedad
de Barcelona

Aspectos registrales de las parcelaciones y reparcelaciones*

SUMARIO: 1. *Introducción.*—2. *Divisibilidad de terrenos. La parcela mínima.*—3. *Parcelación urbanística.*—4 *La reparcelación*

ABREVIATURAS USADAS:

CC = Código Civil.

EF = Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954.

LH = Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946 (actualizada).

LPA = Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 (actualizada).

LS = Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana. Texto refundido aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril.

RDU = Reglamento de Disciplina Urbanística para el desarrollo de la L. S., aprobado por Real Decreto 2787/1978, de 23 de junio.

REF = Reglamento para la ejecución de la Ley de Expropiación Forzosa. Decreto de 26 de abril de 1957.

RGU = Reglamento de Gestión Urbanística para el desarrollo de la L. S., aprobado por Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto.

RH = Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria. Decreto de 14 de febrero de 1947 (actualizado).

RPU = Reglamento de Planeamiento para el desarrollo de la L. S., aprobado por Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio.

RR = Reglamento de Reparcelaciones. Decreto 1006, de 7 de abril de 1966.

I. INTRODUCCION

El artículo 1.º de la Ley Hipotecaria afirma cómo el Registro de la Propiedad tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, en coordinación con lo dispuesto en el artículo 605 del Código Civil. Sobre esta base se ha definido el Derecho Inmobiliario Registral por

(*) El presente trabajo es la base de la conferencia pronunciada en el Instituto de Estudios de Administración Local, Delegación de Valencia, el día 5 de noviembre de 1980.

AMORÓS GUARDIOLA (1) como aquel que regula de modo inmediato y primario el nacimiento, modificación, extinción y eficacia de las relaciones jurídicas registrales, y de modo general la organización y el funcionamiento del Registro de la Propiedad. De esta manera, LACRUZ BERDEJO (2) concluye que en el Registro se inmatriculan fincas, se inscriben títulos y se publican derechos. Esa publicidad servidora de la seguridad del tráfico jurídico supone en nuestro ordenamiento jurídico la garantía de que el titular de cada derecho, en las circunstancias que figuren en la inscripción, lo es de modo y forma que el adquirente (supuestas determinadas condiciones como la buena fe, onerosidad, etc.) debe ser protegido en su adquisición.

Pero la publicidad registral no basta, SUSTAETA (3) entiende ser necesaria una adecuada conexión con el Registro de los distintos medios de publicidad arbitrados por el ordenamiento urbanístico, y FUENTES SANCHIZ (4) dice que sin exageraciones puede afirmarse no haber ningún otro medio mejor para asegurar las decisiones urbanísticas que el arroparla con los principios registrales.

La doctrina distingue el aspecto material y formal de la publicidad del Registro de la Propiedad. Como dice AMORÓS GUARDIOLA (5) el primero sustantivo, civil, predominantemente privado y el segundo más bien administrativo y público; pero la cuestión no es pacífica, pues al tratar de la inscripción de títulos en los que se configuran derechos privados surgen temas de Derecho Administrativo. La dificultad puede residir, probablemente, en la aporía de la distinción entre Derecho Privado y Derecho Público, que, como señalaba Cossío (6), pertenece al origen de sus normas, de sus fuentes, y no parece que pueda identificarse con las distinciones entre Derecho Civil, Mercantil, Administrativo, etc. Debe aceptarse que la protección que el Registro otorga es predominantemente privada; se organiza en atención a un interés individual, a la eficacia de un derecho subjetivo privado. Y siendo ello cierto, sin embargo el Registro de la Propiedad desempeña otra función importantísima, seña-

(1) AMORÓS GUARDIOLA: *Sobre el Derecho Inmobiliario Registral y su posible autonomía*, Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España, Madrid, 1967, pág. 43.

(2) LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA: *Derecho Inmobiliario Registral*, Editorial Bosch, Barcelona, 1968, págs. 64 y ss.

(3) SUSTAETA: *Propiedad y Urbanismo*. Ed. Montecorvo, Madrid, 1976, páginas 458 y ss.

(4) FUENTES SANCHIZ: *En torno al Urbanismo, Política del suelo y Registro de la Propiedad*, Colegio Nacional de Registradores, Madrid, 1965, y *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 422, 1973.

(5) AMORÓS GUARDIOLA, citado, pág. 77.

(6) Cossío: *Instituciones de Derecho Civil*, Alianza Editorial, Madrid, 1977.

lada, entre otros, por GONZÁLEZ PÉREZ y LÓPEZ MEDEL (7), cual es su configuración como un servicio público, cuya organización compete, consecuentemente, al Derecho Administrativo.

El desarrollo de una ciencia, que podemos calificar de nueva, cual es el Urbanismo ha supuesto para el Registro de la Propiedad nuevos cometidos y funciones de colaboración en orden a la obtención de los objetivos del Urbanismo.

En nuestro caso, las figuras de la parcelación y reparcelación vienen determinadas por exigencias del planeamiento urbanístico, sin que quepa confundir ambas figuras, como ha señalado CORELLA MONEDERO (8), ya que suponen dos actividades independientes, aunque tengan un tronco común y una finalidad remota en cierto modo también común, cual es la de preparar el terreno para que una de las finalidades del planeamiento, la edificación y sus circunstancias, se pueda realizar.

La doctrina ha señalado se trata de instituciones distintas. Así podemos citar a CARCELLER, MARCOS JIMÉNEZ (9), etc., aunque existan elementos comunes a ambas, como el concepto de parcela indivisible (art. 95, UNO, LS), pues si evidentemente la reparcelación significa una nueva división no es preciso que ésta sea una parcelación urbanística, sino que se refiere normalmente a una situación anterior al planeamiento o a cualquier modificación del mismo. La reparcelación actuará sobre la parcelación urbanística cuando con posterioridad a la misma se ha producido una modificación del plan o norma urbanística aplicable y se dan los supuestos para que opere la reparcelación, esto es, la necesidad de distribuir justamente los beneficios y cargas de la ordenación urbanística, regularización de las fincas y situar su aprovechamiento en zonas aptas para la edificación con arreglo al Plan, como señala el apartado DOS, del artículo 97, LS. Incluso en el aspecto procesal quedan netamente diferenciadas al exigir el artículo 96, DOS, LS, que toda parcelación urbanística quede sujeta a la licencia y toda reparcelación a la aprobación del proyecto correspondiente.

GARCÍA DE ENTERRÍA (10) pone de manifiesto cómo la reparcelación viene a constituir la pieza clave del sistema de justa distribución de

(7) GONZÁLEZ PÉREZ: *Comentarios a la Ley del Suelo*, Ed. Civitas, Madrid, 1977, págs. 1133 y ss.

LÓPEZ MEDEL: *Modernas orientaciones del Registro de la Propiedad*, Publicaciones del I Centenario de la Ley Hipotecaria, Madrid, 1961.

(8) CORELLA MONEDERO: *La reparcelación, su naturaleza jurídica y su práctica*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1972.

(9) CARCELLER: *Reparcelación y compensación en la gestión urbanística*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1980, pág. 104.

MARCOS JIMÉNEZ: *Parcelaciones y reparcelaciones y el Registro de la Propiedad*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1976, pág. 229.

(10) GARCÍA DE ENTERRÍA: *Lecciones de Derecho Urbanístico*, vol. I, Ed. Civitas, Madrid, 1979, págs. 430 y ss.

beneficios y cargas, pero no es la única, pues, como él mismo señala, la Ley de Reforma de la LS de 1975 introduce el llamado «aprovechamiento medio» como exigencia del planeamiento a nivel de Plan General Municipal, y en su caso Programas de Actuación Urbanística, como establece el artículo 12, DOS, b), LS, y el artículo 30 del RPU para el suelo urbanizable programado.

Parece, por tanto, que la técnica de la reparcelación es la prevista para suelo urbano, mientras que la del aprovechamiento medio lo es para el suelo urbanizable, pues los Programas de Actuación Urbanística la incorporarán, en su caso, para la conversión del no programado en programado.

La conexión entre la normativa urbanística y el Registro de la Propiedad viene establecida con carácter general en el artículo 221 LS, al afirmar que los actos administrativos, que se produjeren en el ejercicio de las funciones reguladas en esta Ley, podrán ser anotados o inscritos en el Registro de la Propiedad conforme a lo establecido en la legislación hipotecaria. Como ha señalado FUENTES SANCHÍZ (11), la actuación urbanística tiene para su desarrollo y garantía un solo instrumento cual es el Registro de la Propiedad que, si en sus comienzos protegía al propietario frente a intrusiones de su derecho, sirvió más tarde para asegurar el cumplimiento de disposiciones estatales y hoy sirve, sin distinción, en el fiel de la balanza al interés público y privado. GONZÁLEZ PÉREZ (12) destaca como primer problema que plantea la anotación o inscripción de los actos administrativos producidos a consecuencia de la actuación urbanística, cual sea el título que les dé acceso al Registro. El artículo 3 LH determina que títulos inscribibles son aquellos consignados en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico expedido por autoridad judicial o por el Gobierno o sus agentes, en la forma que prescriben los Reglamentos. Interesa la mención del concepto de documento auténtico que establece el artículo 34 RH, al decir que están expedidos por el Gobierno o por autoridad o funcionario competente para darlos y deben hacer fe por sí solos. Todos estos instrumentos se contemplan en la legislación urbanística, por ejemplo: las escrituras públicas se citan en el artículo 96, TRES, LS; las resoluciones judiciales en el artículo 101, TRES, LS; los actos administrativos en el artículo 95, TRES, LS; etcétera.

Finalmente es necesaria una breve referencia dentro de esta introducción a la clase de asientos que se practican en el Registro y que enumera el artículo 41 RH. Serán estos los asientos de presentación de documentos en el libro de Diario, pórtico de entrada al Registro (art. 248 y 258 LH); los asientos de inscripción en sentido estricto como asiento

(11) FUENTES SANCHÍZ, citado, págs. 13 y ss.

(12) GONZÁLEZ PÉREZ, citado, pág. 1134.

principal donde accede al Registro la constitución, transmisión, modificación y extinción de los derechos reales; las anotaciones preventivas como asientos para determinar, entre otras funciones, situaciones futuras y afectar las inscripciones existentes, sin perjuicio de su configuración como asientos preparatorios de nuevos asientos de inscripción y de inmatriculación; el asiento de cancelación para reflejar básicamente la extinción de un derecho; y las notas marginales para consignar circunstancias que afecten a una situación jurídica registral como la concesión de algunas licencias urbanísticas, siendo buen ejemplo las que se refieren al agotamiento total o parcial del volumen edificable del artículo 95 LS.

II. DIVISIBILIDAD DE TERRENOS. LA PARCELA UNICA

Junto al precepto general del artículo 221 LS, existen en la legislación urbanística disposiciones que específicamente se refieren a las conexiones entre las parcelaciones y reparcelaciones de un lado y el Registro de la Propiedad de otro.

Un precepto común a ambas figuras urbanísticas, como ya se ha dicho, es el artículo 95 LS relativo al concepto de parcela indivisible. El número DOS del citado artículo establece que los Notarios y Registradores harán constar en la descripción de las fincas la cualidad de indivisible de las que se encontraren en cualquiera de los casos que detalla el número UNO del mismo artículo, según el cual serán indivisibles:

- a) Las parcelas determinadas como mínimas en el correspondiente Plan o norma a fin de constituir fincas independientes.
- b) Las parcelas cuyas dimensiones sean iguales o menores a las determinadas como mínimas en el Plan, salvo si los lotes resultantes se adquieren simultáneamente por los propietarios de terrenos colindantes, con el fin de agruparlos y formar una nueva finca.
- c) Las parcelas cuyas dimensiones sean menores que el doble de la superficie determinada como mínima en el Plan, salvo que el exceso sobre dicho mínimo pueda segregarse con el fin indicado en el apartado anterior.
- d) Las parcelas edificables en una proporción de volumen en relación con su área cuando se constituyere el correspondiente a toda la superficie, o, en el supuesto de que se edificare en proporción menor, la porción de exceso, con las salvedades indicadas en el apartado anterior.

La primera cuestión que se plantea —aparte una cierta perplejidad que no hemos sabido desvelar, pues posiblemente sobran los *a)* y *b)* citados por encontrarse incluidos ambos en el apartado *c)*—, es lo que debe entenderse por divisibilidad. Parece que lo prohibido es la que podríamos llamar divisibilidad a efectos urbanísticos, pero no la divisibilidad material de la finca por razones no urbanísticas como división de cosa común, partición hereditaria u otros supuestos jurídicos; por ello podría entenderse que la constancia notarial y registral deberían estar referidas a la indivisibilidad urbanística. Entre otras, por las siguientes razones: El supuesto de nulidad absoluta se contempla en el artículo 188, DOS, LS, que hace referencia a la infracción de la zonificación o uso urbanístico de las zonas verdes o espacios libres previstos en los Planes, que se confirma en el artículo 41 RDU. Sin embargo, esa nulidad de pleno derecho no se dice de la divisibilidad contemplada en el artículo 95 LS. Es más, el contenido del artículo 62 LS obliga al que enajenare terrenos no susceptibles de edificación a hacer constar esa calificación en el correspondiente título de enajenación; y más específicamente el artículo 96, CUATRO, LS, establece que en ningún caso se considerarán solares ni se permitirá edificar en los lotes resultantes de parcelación o reparcelación efectuada con infracción de las disposiciones del artículo 95 LS, afirmación ratificada en el artículo 63, RDU. La consecuencia es que la divisibilidad material parece posible, aunque desde el ángulo urbanístico conlleva prohibición de edificar en las mismas. Por ello, consideraciones de la doctrina, como NÚÑEZ RUIZ (13), que configura la prohibición de división como una prohibición de disponer, o bien como una medida de policía o bien como una limitación de la propiedad urbanística, y del mismo modo el Profesor Díez PICAZO (14) y MARCOS JIMÉNEZ (15), que lo entienden como limitación de la facultad de disposición parece deben ser matizadas. La división material es válida, no se conduce su nulidad, sin embargo resulta ineficaz a los efectos urbanísticos al traducirse en una prohibición de edificar. Pudiera afirmarse posiblemente que se trata de una suspensión del contenido urbanístico que lleva en sí la propiedad urbana, lo cual, no obstante, no sería impedimento para su recuperación mediante la agregación de ese lote en el futuro a otros colindantes que sumarán una superficie igual, al menos, a la parcela urbanística mínima. Como dice LASO MARTÍNEZ (16), «es natural que las instituciones de

(13) NÚÑEZ RUIZ: *Derecho Urbanístico español*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1966, página 473.

(14) Díez PICAZO: «Los límites del derecho de propiedad en la legislación urbanística», *Revista de Derecho Urbanístico*, 1971, núm. 23, pág. 15.

(15) MARCOS JIMÉNEZ, citado, pág. 107.

(16) LASO MARTÍNEZ, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, septiembre-octubre 1975, pág. 1054.

publicidad inmobiliaria, puesto que el urbanismo recae por definición sobre los bienes inmuebles, se planteen, por una parte, la necesidad de adaptarse a las nuevas exigencias impuestas por la Legislación Urbanística, y de otra, la apremiante e imperiosa exigencia de no defraudar las necesidades sociales actualmente creadas. Y ello significa que la traducción documental de una manifestación de voluntad dirigida a formalizar la división en lotes de un terreno cuya titularidad se ostenta, en su más pura dimensión civil, carece de toda otra trascendencia y, por tanto, será válido el acto en sí, si no le afectan cualquiera de los vicios o defectos señalados por la legislación sustantiva.

De otro lado el concepto técnico registral de divisibilidad es distinto al de segregación. La lectura de los artículos 46 a 50 del RH así lo hacen constar. La LS no ignora estos términos. Los artículos 94 LS sobre parcelación y 97 LS sobre reparcelación contemplan el concepto de división; el fenómeno de la segregación la contempla el apartado c) del artículo 95 LS. ¿Quiere ello decir que los Notarios y Registradores podrán segregar pero no dividir? El contexto del artículo 95, UNO, c), LS, parece admitirlo cuando se manifiesta la posibilidad de agrupación a terrenos colindantes y formar una nueva finca, pero no exige que sea simultáneamente como establece el apartado b) del mismo artículo y número. Sin embargo parece que esta interpretación literal debe ser desechada y desde una perspectiva sistemática entender como equivalentes los términos de división y segregación, aunque es manifiesta la deficiente redacción del citado artículo 95.

Otro problema que se plantea es el de determinar cuál sea la parcela mínima. Por supuesto el Plan o norma ha de proceder a dicha determinación. MARCOS JIMÉNEZ (17) había señalado la dificultad de ese conocimiento por la deficiente publicidad y publicación de los Planes y demás normas urbanísticas, que, como señala el artículo 44 LS, se limitará a la publicación de los acuerdos aprobatorios en el *Boletín Oficial del Estado* o en el de la respectiva provincia. Evidentemente el contenido del Plan o norma no es publicado, lo que añadido, según expone GARCÍA DE ENTERRÍA (18), a que no es nada infrecuente que la consulta en el Ayuntamiento resulte muy difícil y prolija, planteaba serios problemas a Notarios y Registradores que debían exigir para escrituras de división de terrenos el otorgamiento de licencia que los Notarios deberían testimoniar (art. 96, TRES, LS).

Parece que el programa informativo es hoy más claro en base a lo

(17) MARCOS JIMÉNEZ, citado, pág. 113.

(18) GARCÍA DE ENTERRÍA: «Actuación pública y actuación privada en el Derecho Urbanístico». Conferencia dada en el Colegio Nacional de Registradores, Madrid, 1973.

que disponen los artículos 164 y 165 RPU, en desarrollo del artículo 55 LS, sobre la publicidad de los planes, al establecer que en los locales municipales existirán dependencias abiertas cuatro horas diarias al menos al público donde se podrá disponer de un ejemplar completo de los instrumentos de planeamiento, pudiendo los particulares solicitar, siempre por escrito, la información del régimen urbanístico aplicable a una finca, polígono o sector.

Ahora los Notarios y Registradores podrán adoptar la solución de exigir la correspondiente información municipal que los particulares podrán facilitarles en base a lo dispuesto en el citado artículo 165 RPU, sin perjuicio de coordinaciones más directas entre Ayuntamientos de una parte y Colegios Notariales, así como el Nacional de Registradores, de otra.

El artículo 95, UNO, *d*), LS, contempla el supuesto del agotamiento del volumen edificable sobre una parcela e, incluso, cuando no se agotare el volumen permitido y la porción restante no fuere suficiente para nueva construcción en el resto de la parcela. En este supuesto, al otorgarse la licencia de edificación se comunicará al Registro de la Propiedad para su constancia en la inscripción de la parcela, por disposición del número TRES del mismo artículo. La comunicación parece corresponde hacerla al órgano expendedor de la licencia de edificación y ello exonera de responsabilidad al Registrador. Supone la constancia registral del volumen de edificabilidad, mediante la correspondiente nota marginal. Lo que no parece admisible es la posibilidad de transferencia de dicho volumen de una finca a otra. El mismo es una cualidad urbanística de la finca y, por voluntad privada, es intransmisible, pues supondría conculcar el ordenamiento urbanístico. Cuestión totalmente distinta es que la finca se divida y a cada porción resultante se le pueda adjudicar un volumen de edificabilidad dentro del respeto a la norma urbanística. El fenómeno también podría ser posible por agrupación de lotes no edificables, por porciones de volumen que a consecuencia de la agrupación permitiera la norma urbanística su edificación.

III. PARCELACION URBANISTICA

El artículo 96, DOS, LS establece que toda parcelación quedará sujeta a licencia, y el apartado TRES del mismo artículo, que los Notarios y Registradores de la Propiedad exigirán para autorizar e inscribir, respectivamente, división de terrenos en que se acredite el otorgamiento de la licencia que los primeros deberán testimoniar en el documento.

Prescindiendo de las consideraciones que se ofrecen del contenido

del apartado UNO, referido a la aprobación del Plan general para poder efectuar parcelaciones urbanísticas en suelo urbano, o en la aprobación del Plan Parcial del sector correspondiente para el suelo urbanizable, pues ello no es objeto de nuestro estudio, solamente nos permitimos manifestar con carácter previo y de acuerdo con la mejor doctrina y jurisprudencia del Tribunal Supremo (17 nov. 1962; 23 mar. 1968) que el contenido de dicho apartado deberá entenderse ampliado con la enumeración realizada en el artículo 178, DOS, LS, esto es, de los Programas de Actuación Urbanística y Normas Complementarias y Subsidiarias de Planeamiento, así como las ordenanzas municipales y con las previsiones de la LS. De igual modo, el concepto de licencia municipal pertenece al campo del Derecho administrativo que la doctrina (NÚÑEZ RUIZ, GONZÁLEZ BERENGUER, PÉREZ GONZÁLEZ, GARCÍA ENTERRÍA, etc.) y la jurisprudencia (TS en sus SS de 17 diciembre 1959, 3 y 5 de mayo 1971, 10 diciembre 1960, 9 febrero de 1971, etc.) han configurado como un acto de autorización reglado, esto es, no son concesiones discrecionales.

Lo que afirma el artículo 96, CUATRO, LS, es que no se considerarán solares ni se permitirá edificar en ellos, los lotes resultantes de una parcelación efectuada con infracción de las disposiciones de dicho artículo y del anterior, y su consecuencia es la necesidad de que se testimonie la licencia municipal en la correspondiente escritura autorizada por el Notario. Sin embargo, un problema que se plantea es la posibilidad de obtención de licencia por silencio administrativo, cuestión prevista por mención del artículo 165, DOS, LS, de 12 de mayo de 1956) y el artículo 9 del Reglamento de Servicios de las Entidades Locales de 17 de junio de 1955, silencio administrativo también recogido en el artículo 95 de la Ley de Procedimiento Administrativo, siempre que ese silencio positivo no contradiga prescripciones de la LS, Planes, Programas y en su caso normas complementarias y subsidiarias de planeamiento, como dispone en el artículo 178, TRES, LS, que contempla dicha posibilidad. El silencio administrativo puede plantear serios problemas, como ha señalado BOQUERA OLIVER (19), y no es bien visto por la doctrina, señalando GÓMEZ FERRER MORANT (20) la conveniencia de suprimir ese silencio positivo por poder constituir una vía para conseguir incumplir la ordenación vigente sin sanción alguna. Ciertamente que, como se ha dicho, el artículo 178, TRES, LS supone un freno a tal incumplimiento, pero, en definitiva, la cuestión es que la licencia municipal por silencio administrativo se puede obtener, planteándose el problema de su testimonio en la escritura notarial.

(19) BOQUERA OLIVER: «Algunas dificultades de la actual regulación del silencio administrativo». *Revista de Administración Pública*, núm. 30, págs. 85 y ss.

(20) GÓMEZ FERRER MORANT: «Algunos problemas en materia de licencias municipales de edificación», *Revista de Derecho Urbanístico*, 1972, núm. 30, pág. 66.

MARCOS JIMÉNEZ (21), recoge la solución del Derecho Alemán (art. 23, DOS, de la Ley alemana de 23 de junio de 1960) (22), según el cual el Departamento de Autorización deberá extender un certificado acerca de ese extremo, pero duda dicho autor, y le damos la razón, de que dicha fórmula está prevista en nuestra legislación. La solución parece podría ser la de justificar ante Notario el procedimiento que ha dado lugar a dicha concesión tácita, sin desconocer los posibles abusos o fraudes por parte del presunto favorecido, pero eliminando así la responsabilidad del Notario y Registrador, responsabilidad que recaería sobre el compareciente en la escritura por falsedad en documento público.

¿Qué valor tendría la parcelación sin licencia? Anteriormente hemos expuesto nuestros criterios sobre las consecuencias de la divisibilidad y cómo ello constituía una situación de ineficacia urbanística por las razones expuestas. El artículo 6 del Código Civil habla de nulidad de los actos contrarios a las normas imperativas y prohibitivas, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto en caso de contravención. La nulidad o anulabilidad son, entre otros, términos de una clasificación cuyo género podría llamarse ineficacia del acto jurídico. Por razones obvias no es este el tema del presente estudio. Digamos, sin embargo, que la ineficacia es, en definitiva, una sanción a un acto jurídico y se ha visto cuál era la sanción establecida en el artículo 96, CUATRO, LS citado: La de no considerar en ningún caso como solares, ni permitir edificar en los lotes resultantes, de una parcelación realizada sin licencia. La idea de que la obtención posterior de la licencia supondría la convalidación de lo hecho, a salvo posibles indemnizaciones entre personas relacionadas en esta situación jurídica, parece llevar a la conclusión de que no puede considerarse una ineficacia radical o absoluta, sino relativa. A mayor abundamiento cabría preguntarse qué sucedería si a pesar de todo, se edificara en dichos lotes. El artículo 185 LS, en relación con el artículo 184, DOS y TRES, LS, establecen que cuando hubieran transcurrido más de cuatro años (23) desde la total terminación de las obras realizadas sin licencia, no se procederá a la demolición; por el contrario, el artículo 225 LS establece un sistema de sanciones que confirma lo que se acaba de decir y corroboran los artículos 29 a 33 RDU. Por ello no parece se pueda hablar de ineficacia absoluta, sino de ineficacia relativa y funcional.

Otra cuestión ligada con la anterior viene de la consideración del artículo 62 LS al decir que el que enajenare terrenos no susceptibles de edificación deberá hacer constar expresamente esta calificación en el

(21) MARCOS JIMÉNEZ, citado, pág. 190.

(22) «Bundesbaugesetz o ley federal de Ordenación Urbana o de construcción» (22) *Revista de Administración Pública*, núm. 33, septiembre-octubre 1960, pág. 315).

(23) Modificación introducida por Real Decreto-ley de 16 de octubre de 1981.

correspondiente título de enajenación, facultando al adquirente, en caso contrario, para resolver el contrato en el plazo de un año a contar de la fecha de su otorgamiento y exigir la indemnización de los daños y perjuicios que se le hubieren irrogado, lo que con anterioridad a la modificación del RH por el Real Decreto 3215/1982, de 12 de noviembre, conducía a la aplicación del artículo 98 RH, que en sus párrafos 3.º y 4.º decía lo siguiente:

«Cuando las leyes u otras disposiciones impongan como requisito para otorgar o inscribir determinado título, la autorización, licencia, aprobación o cualesquiera otra intervención de una autoridad u organismo administrativo..., el Registrador, si no se acredita su cumplimiento, podrá practicar la inscripción con la reserva explícita, en el acta de inscripción y en la nota al pie del título, de no haberse justificado, y la advertencia de que, transcurridos dos años desde la fecha del asiento, será cancelado de oficio o a instancia de parte si no se hizo constar antes el repetido requisito. Practicada la inscripción, si se presenta el documento justificativo, se hará constar por nota marginal. Transcurrido el indicado plazo sin haberse presentado, se cancelará el asiento por nota marginal.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, deberá denegarse la inscripción cuando una ley sancione expresamente la omisión del requisito que preceptúe con la nulidad absoluta del acto o de su inscripción».

La existencia del artículo citado se criticaba por considerarlo atentatorio contra el principio de legalidad que impone la técnica registral. ROCA SASTRE lo justifica (24) por tratarse de una norma de circunstancias, aunque de un gran sentido práctico en supuestos que imponen la autorización o aprobación por la Administración como requisito para la inscripción en el Registro de la Propiedad.

En la redacción actual del artículo 98 RH, al suprimirse los dos últimos párrafos de dicho artículo por la reforma citada de 12 de noviembre de 1982, parece que el Registrador pueda considerar como falta de legalidad la carencia de licencia a que se refería el derogado párrafo tercero de dicho artículo, sin perjuicio de la rescisión del contrato en el plazo de un año de la fecha de su otorgamiento, y a exigir la devolución del precio con sus intereses, según el artículo 1295 del Código Civil, y con la exigencia posible de indemnización de daños y perjuicios señalada en el artículo 62 LS.

(24) ROCA SASTRE: *Suplemento al Derecho Hipotecario*, Ed. Bosch, Barcelona, 1960.

IV. LA REPARCELACION

El concepto de reparcelación urbanística contenido en el artículo 97, UNO, LS queda ampliado en el artículo 71. UNO, RGU, al incluir entre los adjudicatarios a la Administración competente en la parte que corresponda conforme a la LS y al Plan. Aquella agrupación e integración de las fincas, comprendidas en un polígono o unidad de actuación, para su nueva división ajustada al Plan y adjudicación de las parcelas resultantes a los propietarios primitivos en forma proporcional a sus respectivos derechos, en que básicamente consiste el fenómeno de la reparcelación, tiene señalado su objeto en el artículo 97, DOS, LS, y artículo 72 RGU, al decir:

- a) La distribución justa entre los interesados de los beneficios y cargas de la ordenación urbanística.
- b) La regulación de las fincas para adaptar su configuración a las exigencias del planeamiento.
- c) La situación sobre parcelas determinadas y en zonas aptas para la edificación del aprovechamiento establecido por el Plan.
- d) La localización sobre parcelas determinadas y en zonas aptas para la edificación del aprovechamiento que corresponde a la Administración actuante, cuando se trate de suelo urbanizable programado o incluido en un programa de actuación urbanística.

La reparcelación supone, por tanto, una necesaria conexión con el Registro de la Propiedad. Los aspectos más interesantes de esta relación vienen posiblemente dados por el proceso de integración de las fincas y derechos objeto de la reparcelación, y su nueva distribución y adjudicación, con los efectos jurídicos reales derivados de tales operaciones y de las prescripciones de la normativa vigente. Esa conexión puede estudiarse en las siguientes fases.

Primera. Certificación registral de titularidades y cargas

El artículo 102 RGU dice así:

1. Una vez iniciado el expediente de reparcelación la Administración actuando deberá recabar de oficio, del Registrador de la Propiedad correspondiente, certificación de titularidad y cargas de todas las fincas incluidas en la unidad de reparcelación.

2. El Registrador, al mismo tiempo que expide las certificaciones antedichas, extenderá al margen de cada finca nota expresiva del organismo actuante y fecha de iniciación del expediente de reparcelación.

3. La nota marginal expresada en el apartado anterior solamente producirá el efecto de que los interesados que hagan costar su derecho en el Registro con posterioridad a ella no tendrán que ser citados preceptivamente en el expediente. No obstante, si se personasen en el mismo, seguirán con ellos las sucesivas actuaciones.

La afirmación de que la nota marginal no producirá más efecto que el no citar preceptivamente a los interesados posteriores llegados al Registro merece ser matizada, pues, evidentemente, sirve en primer lugar la certificación expedida para dar a conocer al órgano actuante los titulares con los que ha de seguir, al menos inicialmente, el procedimiento. Debe tenerse presente que el artículo 38 LH establece la presunción, a todos los efectos legales, de que los derechos inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo. Constituye la base de actuación futura en cuanto a titularidades para la redacción del proyecto de reparcelación (art. 106 RGU) y para la formalización de inscripción de las nuevas fincas resultantes de la reparcelación (art. 115 y 114 RGU), así como para que se puedan producir los procedimientos abreviados de reparcelación voluntaria (artículo 115 RGU), reparcelación simplemente económica (art. 116, c, RGU) y normalización de fincas (art. 119.2 RGU).

Sin embargo no se impide la comparecencia en el expediente de los titulares que hubieran ingresado en el Registro con posterioridad a la fecha de la expedición de la certificación registral (último inciso, artículo 102.3 RGU) e incluso cuando hubiera discrepancia en orden a las titularidades de los derechos, al afirmar el artículo 103.4 RGU que tal discrepancia se resolverá por los Tribunales ordinarios, calificándose en el proyecto de reparcelación tal titularidad de dudosa o litigiosa y asumiendo la Administración actuante la representación de los derechos e intereses de esas titularidades a efectos de tramitación del expediente.

Debe considerarse que el problema puede resultar complejo, pues las titularidades no han de ser necesariamente de dominio. El artículo 76 RGU menciona a los propietarios titulares de derechos reales, los arrendatarios rústicos y urbanos y a cualesquiera otros interesados, para cuya determinación quizá fuera procedente recurrir al criterio que facilita el artículo 23 LPA. La naturaleza del Derecho público en la reparcelación se muestra en el que podríamos llamar carácter agresivo del artículo 76.3 RGU, al decir que las disposiciones se aplicarán no obstante defectos de capacidad, limitación de la facultad de disponer o

demás circunstancias que condicionen o prohíban las transmisiones de las fincas en situación normal.

Indudablemente, como señala CARCELLER (25), las funciones representativas del Ministerio Fiscal y la consignación de cantidades en la Caja General de Depósitos, que se decían en el Reglamento de Reparcelaciones (art. 2) de 7 de abril de 1966, deben considerarse vigentes.

Pero indudablemente la nota marginal a que se refiere el artículo 102 RGU es la nota marginal del artículo 32 RH, cuya importancia tuvo ya ocasión de destacar (26), pues aunque el RGU no lo cita directamente como lo hacía el artículo 21 RR (que se refería «a la nota marginal prevenida a efectos expropiatorios») es lo cierto que el artículo 102, DOS, LS declara como normas supletorias de la reparcelación las de la expropiación forzosa. Y ello supone que la nota marginal sea un asiento de afección, libera a la Administración de citar a los titulares posteriores, aunque si se personaren se seguirá con ellos el expediente.

El RGU no adopta una solución al problema de cuando la finca no estuviere inscrita en el Registro de la Propiedad. El RR, en su artículo 21, decía que se extendería anotación preventiva, cuyo carácter, en opinión de NÚÑEZ RUIZ (27), es análogo a la que contempla el artículo 274 RH para el expediente de dominio cuya solución adopta el artículo 60 REF, cuya supletoriedad ya ha sido establecida.

La duración de la nota marginal será de tres años, la que se cancelará por caducidad (art. 32.1 RH), y la misma solución parece debe adoptarse para la anotación preventiva, como señalaba el artículo 21 RR.

El artículo 97 LS, al definir la reparcelación, utiliza el término de agrupación o integración. Realmente tal operación no coincide con el concepto técnico de agrupación de fincas que nos viene dado por los artículos 44 y 45 RH y ss., que supone la creación de una finca nueva con una nueva descripción registral bajo número diferente, y siempre que pertenezcan las fincas agrupadas a un solo dueño o varios pro indiviso. La certificación registral del artículo 102 RGU será uno de los elementos, junto a los títulos de propiedad y declaraciones a que se refiere el artículo 103.1 RGU, que formará parte del expediente de reparcelación y, por supuesto, del proyecto de reparcelación (art. 82 RGU), a que se refieren principalmente los artículos 106 y 107 RGU. Hasta que se produzca la aprobación definitiva de la reparcelación no será necesaria ninguna otra conexión con el Registro (salvo naturalmente los supuestos de

(25) CARCELLER, citado, pág. 152.

(26) «Las expropiaciones urbanísticas y el artículo 32 del Reglamento Hipotecario», *Revista de Derecho Urbanístico*, julio-agosto-septiembre 1975.

(27) NÚÑEZ RUIZ: *Derecho Urbanístico español*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1966.

impugnaciones a consecuencia de los cuales se aporten certificaciones registrales que puedan ocasionar anotaciones preventivas o notas marginales, art. 78 RGU) y las fincas afectadas seguirán en el Registro de la Propiedad con sólo, como decimos, esa afección derivada de una nota marginal caducable de oficio a los tres años de su vigencia. Por tanto, no se produce ninguna agrupación de fincas en el Registro.

Segunda. Acuerdo de aprobación definitiva de la reparcelación

Cuando es firme en vía administrativa el acuerdo de aprobación definitiva de la reparcelación, el artículo 113 RGU dispone que el organismo que lo hubiere adoptado procederá a otorgar escritura pública o a expedir documento con las debidas solemnidades, y protocolizado notarialmente, en el que deberá constar, según el artículo 113.1, a) y b), lo siguiente:

a) Descripción de las propiedades antiguas, según los títulos aportados, con las correcciones pertinentes, y en defecto de títulos, según planos. Se expresarán las cargas y gravámenes, condiciones, sustituciones y demás derechos que las afecten; el respectivo propietario, si fuera conocido; la cuantía de su derecho en la reparcelación y el criterio utilizado para definirlo y cuantificarlo.

Cuando participen en la reparcelación propietarios de suelo exterior al polígono, se describirán también las fincas que les fueron ocupadas.

b) Descripción de las fincas resultantes, incluyendo, en su caso, las que correspondan a la Administración adjudicataria del 10 por 100 del aprovechamiento medio, titulares a quienes se adjudiquen y concepto en el que lo fueren.

Se expresará respecto a cada finca la antigua a que corresponda o el derecho que dé lugar a la adjudicación; así como las cargas y gravámenes, condiciones, sustituciones y demás derechos que las afecten por no ser incompatibles con el planeamiento.

Es de ver cómo las fincas y derechos primitivos no pierden necesariamente su identidad. Además, dicha escritura o documento se inscribe en el Registro de la Propiedad (art. 113.2 RGU), con lo que se cierra el ciclo de conexión entre reparcelación y Registro; produciéndose la inscripción de la forma prevista en el art. 114 RGU.

Dice así:

a) Se cancelarán las hojas registrables correspondientes a las antiguas fincas reparceladas con extinción de todos los derechos incompatibles con la ejecución del planeamiento. En las fincas que se corresponden con otras resultantes se hará expresa indicación de la nueva hoja registral que se abra a la correlativa finca resultante. En la misma forma se cancelarán las hojas registrales correspondientes a las fincas ocupadas para la ejecución de los sistemas generales cuando sus titulares fuesen adjudicatarios en la unidad reparcelada.

b) Se abrirá nueva hoja registral a todas y cada una de las fincas resultantes adjudicadas, incluso las que lo sean en favor del Patrimonio Municipal del suelo o estén afectadas a cualquier servicio público.

c) En la inscripción de fincas resultantes que se corresponda con otras anteriores inscritas se hará expresa indicación de la hoja registral cancelada por efecto de la reparcelación.

d) En las restantes se practicará un asiento de primera inscripción.

Por tanto cuando haya correspondencia entre fincas resultantes con otras anteriormente inscritas se expresará la cancelación de la antigua en la nueva y de la nueva en la antigua; correspondencia entre las fincas que, además, viene aconsejada por los artículos 87 a 97 RGU, concretamente en el artículo 95.1 RGU.

De otro lado, el artículo 103.3 RGU hace prevalecer la realidad extrarregistral sobre la registral, aunque de forma indirecta (normalmente títulos inscritos).

La consecuencia es que no se trata de una agrupación de fincas como ya hemos dicho, puesto que se abre directamente una nueva hoja registral a cada finca resultante, las fincas no pertenecen a un solo propietario o varios pro indiviso, y se prescinde de los asientos del Registro ante una realidad extrarregistral diferente.

Ello puede resultar peligroso. Si el Registro de la Propiedad es nuestro máximo exponente de la seguridad en el tráfico jurídico inmobiliario, cuando en procedimientos administrativos necesitemos de él, ante situaciones extrarregistrales diferentes de las registradas no debe adoptarse la solución de hacer prevalecer la primera sobre la segunda, sino, simultáneamente, proceder a la rectificación del Registro arbitrando los procedimientos legales para ello.

En las fincas resultantes que no tengan ninguna correspondencia con las antiguas, al practicar un asiento de primera inscripción posiblemente nos encontremos ante un nuevo supuesto de inmatriculación de fincas en el Registro.

No parece que pueda afirmarse, en consecuencia, la existencia de un proceso registral de agrupación y segregación de fincas. Más bien un proceso *per saltum*, evidentemente menos técnico. Existe un proceso administrativo integrador y extrarregistral que únicamente provoca en el Registro notas de afección a causa de las certificaciones registrales expedidas y que, solamente, cuando el proceso administrativo citado está terminado provoca, *ope legis*, modificaciones registrales en las fincas afectadas dentro de una serie que puede llevar desde la conservación de la finca primitiva (artículo 92 RGU) hasta encontrarse con un instrumento inmatriculador de fincas en el Registro (art. 114, *d*), RGU). El contenido del artículo 122.1 y 2 RGU es significativo al respecto.

Parece recordarnos el procedimiento de concentración parcelaria.

Tercera. Efectos jurídicos reales de la reparcelación

En un intento de sistematización de los mismos podríamos distinguir.

1.º Supuesto de subrogación, con plena eficacia real, de las antiguas por las nuevas parcelas. Se produce el efecto subrogatorio por disposición del artículo 100, UNO, *b*), LS, en base al acuerdo reparcelatorio, siempre que quede claramente establecida la correspondencia entre unas y otras (art. 122.1 RGU), quedando referidas las titularidades existentes, sin solución de continuidad, a las correlativas fincas resultantes adjudicadas, en su mismo estado y condiciones (art. 122.2 RGU).

Si los derechos y cargas existentes sobre las parcelas antiguas fueran compatibles con el planeamiento, las mismas subsistirán, y por extensión parece que el acuerdo reparcelatorio lo declarará así (art. 114, *c*) RGU).

Si no se estimasen compatibles con el planeamiento, con la nueva situación o característica de la finca, el Registrador (art. 101, TRES, LS) se limitará a hacerlo constar en el correspondiente asiento y las partes interesadas podrán acudir al Juzgado para solicitar la declaración de compatibilidad e incompatibilidad de las cargas y gravámenes sobre las fincas nuevas, y en este último supuesto, su transformación en un derecho de créditos con garantía hipotecaria sobre la finca nueva, en la cuantía en que la carga fuere justipreciada. Aclara el artículo 123.1 RGU que el acuerdo de reparcelación deberá declarar la incompatibilidad y fijar la indemnización correspondiente sin perjuicio de que, en su día, resuelvan los Tribunales ordinarios lo procedente. Si de algún modo existe discrepancia con el criterio del Registro (puede estimarse alguna incompatibilidad no declarada), nos encontraríamos ante un supuesto en cierto

modo clásico, pues el acuerdo consta en escritura notarial o en documento protocolizado notarialmente.

2.º Supuesto de fincas en las que no opere el principio de subrogación real. En este caso el acuerdo constituirá un título de adquisición originaria a favor de los adjudicatarios y éstos recibirán la plena propiedad de aquélla libre de toda carga que no se derive del propio acuerdo (art. 122.3 RGU), lo que igualmente se aplicará a supuestos pro indiviso o con modificación sustancial de las condiciones de la primitiva titularidad (art. 122.4 RGU). En este caso el acuerdo de reparcelación deberá declararlo (art. 123.3 RGU). Acuerdo que tendrá el mismo efecto que el acta de ocupación a efectos expropiatorios (art. 125 RGU), esto es, ser título bastante para que en el Registro se cancelen las cargas y gravámenes, y demás derechos reales de toda clase, a que estuviera afecta la finca. Los artículos 98 y 99 RGU consideran como gastos de urbanización la extinción de estos derechos y cargas cuya tasación se producirá en el propio proyecto de reparcelación, con arreglo a las normas que rigen la expropiación forzosa (art. 98.3 RGU).

3.º Cesión de dominio al municipio en que se actúe de todos los terrenos de cesión obligatoria, que viene impuesta por el artículo 100, UNO, *a*), LS, y el artículo 124 RGU, en pleno dominio y libre de cargas, para su incorporación al Patrimonio municipal del Suelo o su afectación a los usos previstos en el mismo, o bien al dominio público municipal.

4.º Afectación real de las parcelas adjudicadas al cumplimiento de las cargas y pago de los gastos inherentes a la reparcelación, que viene establecida por el artículo 100, UNO, *c*), LS, y desarrolla el artículo 126 RGU (aunque se menciona ya en el art. 114, *e*), RGU). Se determina que esta afección será preferente a cualquier otra y a todas las hipotecas y cargas anteriores, excepto los créditos en favor del Estado a que se refiere el artículo 1923, número 1.º, del Código Civil y a aquellos otros en favor del Estado que estén vencidos, no satisfechos, y se hayan hecho constar en el Registro antes de practicarse la afección por reparcelación.

Esta se podrá cancelar acompañando certificación del órgano actuante de estar pagada la cuenta de liquidación definitiva de la finca correspondiente, y caducará a los dos años de haberse hecho constar el saldo de la liquidación.

Todo lo anterior ofrece comentarios que no es posible realizar por no ser el tema específico que nos ocupa. Podría pensarse en la necesidad de una revisión del artículo 1923 del Código Civil al existir supuestos como el aquí contemplado o el privilegiado del artículo 9, 5.º, de la Ley

de Propiedad Horizontal, al no ser suficiente los números 1.º y 2.º de dicho artículo en relación con el resto de su contenido y, sobre todo, por la autonomía del crédito hipotecario.

Finalmente cabe decir que los actos de disposición del titular sobre las fincas sometidas a reparcelación, en orden a las limitaciones y deberes instituidos, operan la subrogación del adquirente en el lugar y puesto del anterior propietario, como señala el artículo 88 LS. Las licencias de edificación no podrán concederse, de otro lado, hasta no ser firme el acuerdo aprobatorio de la reparcelación, según el artículo 186.4 RGU, completando lo establecido en el artículo 96, DOS, LS.

La necesaria coordinación entre reparcelación y Registro resulta de todo punto necesaria, siendo los instrumentos técnicos de que disponemos útiles, con alguna corrección de importancia que se precisa. Pero, en definitiva, se dispone de medios para hacer del urbanismo no una simple teoría, sino una realidad cada vez más exigida por nuestro tiempo.

La preocupación por estas cuestiones en la doctrina y entre los profesionales es cada vez mayor. Si el Ayuntamiento no concede la licencia correspondiente, el Notario y Registrador pueden, posiblemente, ante la redacción del artículo 96 LS, salvar su responsabilidad dejando constancia de tal circunstancia, la posibilidad de obtenerla por silencio administrativo y, en todo caso, la consideración de la facultad concedida al adquirente para resolver el contrato en el plazo de un año a contar de la fecha del otorgamiento de la escritura y exigir la indemnización de daños y perjuicios que se le hubieren irrogado, como establece el artículo 62.4 LS. Tal solución no es deseable, pero constituye prueba evidente de cómo la Administración debe cumplir escrupulosamente la normativa legal. Afortunadamente parece que cada vez más se exige la ley con mayor rigor. Lo deseable es, si se nos permiten afirmaciones personales, lo que sucede en localidades como Murcia y Menorca, donde se exigen licencias, se da el tratamiento de defecto subsanable y se toma anotación preventiva en caso contrario, o se aplica el artículo 98 RH.

Cabe dejar constancia del Protocolo suscrito por le Generalidad de Cataluña con el Decano del Colegio Notarial de la Propiedad de Cataluña de 26 de febrero de 1980, en el que entre sus principios generales se destaca como el cumplimiento de la Ley del Suelo y de los Planes de Ordenación y constituye el único cauce admisible para el desarrollo urbanístico de Cataluña. Conviene destacar el criterio Segundo 1.1, por el cual el Notario exigirá al otorgante en las escrituras de división y segregación de fincas la aportación de la licencia de parcelación correspondiente a la operación urbanística, añadiéndose en el apartado 1.7 cómo en todo caso el Notario hará las advertencias pertinentes sobre las respon-

sabilidades de todo tipo en que puedan incurrir los otorgantes por carecer de las licencias urbanísticas adecuadas. En cuanto a la actuación registral el criterio Segundo 2.1 advierte cómo el Registro advertirá de la necesidad de aportación de licencia, poniendo nota al margen de la inscripción si no se aportara o si las condiciones de la nueva finca no se ajustasen al contenido de la misma, como establece el apartado 2.3. No parece que estas soluciones difieran de las generales a adoptar en todo el país, pero sí que demuestran una preocupación digna de alabanza.

EDUARDO PÉREZ PASCUAL

VIDA JURIDICA

Explotación familiar y agricultores jóvenes: Estudio de la Ley de 24-XII-81 *

SUMARIO: I. *Preocupación actual por la Agricultura:* a) En cuanto a sus grandes temas. b) En cuanto a la explotación familiar.—II. *Coordinación del interés individual y la «función social».*—III. *La Ley de 24-XII-81: su disposición derogatoria.*—IV. *Objeto y fines*—V. *Su concepto de explotación familiar* a) La referencia a la Empresa. b) Cuantificación: 1) Dimensión mínima. 2) Dimensión máxima.—VI. *Elementos de la explotación:* a) Personales: 1) Titular. 2) Colaborador. b) Reales. c) Formales.—VII. *Integridad de la explotación:* a) Aspectos generales. b) Actos *inter-vivos*. c) Actos *mortis-causa*: régimen sucesorio: 1) Las posibilidades del Código Civil. 2) El intento de un régimen especial. 3) El pacto sucesorio. 4) La sucesión testada: testamento mancomunado y comisario. 5) La sucesión intestada. 6) Disposiciones comunes a las diversas clases de sucesión.—VIII. *Desarrollo y modernización.*—IX. *Anexo de Agricultores Jóvenes.*—X. *La explotación familiar y el Registro.*—XI. *Conclusión.*

EXPLOTACION FAMILIAR Y AGRICULTORES JOVENES: ESTUDIO DE LA LEY DE 24 DE DICIEMBRE DE 1981

El B. O. E. del 11-I-82 publica el Estatuto de la Explotación Familiar Agraria y de los Agricultores Jóvenes; el hecho, prácticamente ha pasado inadvertido; como pasó desapercibido el breve debate parlamentario habido durante la sesión del Congreso del 9 de junio; en aquellos días la atención de la prensa y de la llamada clase política se centraba en la cuestión del divorcio.

Sin embargo, esta despreocupación social no es congruente con la atención que los temas de la agricultura, del medio ambiente, de la ordenación rural, despiertan hoy en el mundo. La crisis de la energía, la

(*) Conferencia pronunciada por don FRANCISCO CUENCA ANAYA, Notario de Alcalá de Guadaira (Sevilla), en el XVII Curso de Derecho Agrario que tuvo lugar en Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Año 1982.

conciencia de que los recursos básicos de la Naturaleza son limitados han alterado las bases de la Economía de tal forma que con razón se habla de la necesidad de construir un Nuevo Orden, que pretende una mejor distribución de recursos y aproximar las rentas de los países pobres, de los sectores pobres, a la de los sectores y países ricos.

Importa destacar de esta idea el hecho de que es ya asumida por las fuerzas productivas del sistema capitalista; si en los años 60 —la década de la «Nueva Frontera» de Kennedy, de los crecimientos anuales del 10 por 100—, los países ricos planteaban el tema de la ayuda a los países pobres sobre la base del paternalismo, de la limosna, hoy no es así: ese Nuevo Orden se considera esencial para la supervivencia del sistema económico de Occidente. K. K. S. DADZIE, Director General de Desarrollo y Cooperación Económica Internacional de las Naciones Unidas, dice (1) «una nueva conciencia mundial empieza a percibir que el viejo orden está teniendo efectos nocivos sobre la base productiva de la economía internacional. Los desequilibrios entre el hombre y la naturaleza causados por el uso indebido de la tecnología hacen imposible sostener el desarrollo en los términos prevalentes hasta ahora» ... «Todos los interesados deben prestar atención a las reclamaciones de la población más pobre, que es quien ha pagado el precio más alto durante el orden llamado a desaparecer y que no puede permanecer acallada por más tiempo.»

La Conferencia Mundial sobre Reforma Agraria y Desarrollo Rural, celebrada en Roma durante el mes de julio de 1979, declara en su punto 8.º «que la reforma agraria es un factor decisivo del desarrollo rural y que el mejoramiento constante de las zonas rurales, en el contexto de la promoción de la confianza nacional en los propios medios y del establecimiento del Nuevo Orden Económico Internacional, requiere un acceso más equitativo y completo a la tierra, el agua y otros recursos naturales». Y más adelante, en el párrafo IV del punto 15, «el progreso nacional basado en un crecimiento con equidad y participación exige una redistribución del poder económico y político, una mayor integración de las zonas rurales en los esfuerzos nacionales de desarrollo, con más amplias oportunidades de empleo e ingresos para la población rural, y el fomento de asociaciones de agricultores, cooperativas y otras formas de organizaciones democráticas, voluntarias y autónomas de productores primarios y trabajadores rurales».

La Conferencia Internacional sobre Población y Futuro Urbano, reunida en septiembre de 1980, pone el acento también en la necesidad de un desarrollo equilibrado, en la eliminación de desigualdades marcadas entre las áreas urbanas y rurales.

(1) K. K. S. DADZIE: «Desarrollo económico», *Revista Investigación y Ciencia*, noviembre 1980.

Además de esta preocupación mundial por los grandes temas de la agricultura, en el ámbito concreto que aquí nos ocupa, el de la explotación familiar, podemos decir que existe la misma atención. La FAO lleva a cabo actualmente un programa de difusión de esta clase de propiedad.

Algunas directrices de la Comunidad Económica Europea, como la 159/72, se ocupan de ella.

En los países comunistas del Este, y tal vez el caso de Polonia sea el más representativo, aparecen y se consolidan formas de propiedad familiar.

En el mundo occidental la pequeña explotación es un reducto en el que no ha penetrado el gran capital. Tomo esta cita de DAVID BARKIN (2), «esto no implica que la pequeña familia agricultora haya dejado de ser la forma más común de organización en los Estados Unidos, en Europa Occidental y también en el resto del mundo capitalista. La participación en gran escala de la agricultura corporativa es todavía relativamente limitada. Curiosamente, aún en los Estados Unidos, las corporaciones han encontrado ventajoso limitar su participación en el cultivo directo del suelo. La explicación de esto es particularmente interesante: primero, la agricultura es una actividad que consume mucho capital; es decir, generalmente requiere mucho más capital para cultivar o producir una cantidad dada de productos agrícolas que el proceso de beneficiarlos o distribuirlos en cantidades idénticas. De este modo, la mayoría de las firmas alimenticias preferirán invertir su capital en otra parte. Segundo, la mayoría de los productos agrícolas son producidos bajo condiciones muy competitivas, con pequeños márgenes de utilidad. Las grandes corporaciones generalmente colocan su capital donde pueden ganar la tasa más alta de retorno de sus inversiones».

FREDERICK H. BUTTEL dice (3): «lo que esta ponencia sostiene es que a los pequeños agricultores no sólo se les debe 'ayudar', sino que se necesitan mecanismos institucionales que fomenten un sistema agrario de pequeñas explotaciones (y, por deducción, que no favorezca las grandes explotaciones) ... la tendencia hacia una agricultura de gran escala ha tenido importantes consecuencias adversas sobre el medio ambiente. Aún más, comienzan a existir pruebas de que un sistema de pequeñas explotaciones reduciría el consumo de energía en la agricultura y que facilitaría la utilización de métodos de producción que tienen en cuenta la conservación del medio ambiente. También existen pruebas de que las pequeñas explotaciones son tanto o más productivas que las grandes,

(2) DAVID BARKIN: «El impacto del 'agribusiness' en el desarrollo rural», *Revista Agricultura y Sociedad*, abril-junio 1981.

(3) FREDERICK H. BUTTEL: «Estructura agraria y ecología rural: Hacia una política económica del desarrollo rural», *Agricultura y Sociedad*, octubre-noviembre 1979.

refutando el argumento de que la gran explotación es en sí más eficaz que la pequeña». ... «Quizá —sigue diciendo— el argumento más convincente a favor de un sistema de pequeñas explotaciones sea la repercusión del tamaño de la explotación en el bienestar rural y en su desarrollo. SONKA y HEADY han llevado a cabo una investigación decisiva sobre este tema y han concluido que un sistema de pequeñas explotaciones aumentaría el número de personas empleadas (tanto en el sector agrario como en el sector rural no agrario) y que aumentaría mucho la renta generada en otros sectores, y al mismo tiempo solamente acarrearía unos pequeños aumentos en los costes de los alimentos para el consumidor.»

Para SCRINSHOW y TAYLOR (4) «una reforma agraria profunda, que bien puede llamarse ingeniería social, encaja perfectamente con las innovaciones de los pequeños agricultores, tales como el cultivo múltiple. Los rendimientos por hectárea suelen ser mucho más elevados en las pequeñas haciendas que en las grandes explotaciones, pues las familias utilizan sus muchos brazos en hacer rendir a lo que hemos llamado el margen intensivo. Con instalaciones de apoyo y tecnología apropiadas, la distribución de tierras para favorecer a la agricultura de los pequeños propietarios ha desempeñado ya un gran papel, y puede desempeñar otro todavía mayor al mejorar tanto la producción agrícola como la distribución de la renta rural».

La compatibilidad de la pequeña explotación y el capital no implica, por supuesto, ningún altruismo de éste; simplemente, como señala GÓMEZ ORBANEJA, obtiene más beneficios a través del monopolio de fertilizantes, energía, maquinaria, semillas, industrias de transformación (5).

Lo que quiero destacar en esta introducción es que la pequeña explotación agraria tiene sitio en la sociedad actual, y que no vamos contrariando los que nos reunimos aquí para estudiarla.

SANZ JARQUE hace unos meses decía: «La empresa familiar es base para el desarrollo y estabilidad de la comunidad política. En España existe un gran deterioro de la empresa y la explotación familiar que urge mejorar. La solución está en potenciar las mismas por sí y mediante formas asociativas adecuadas» (5 bis).

Afirmado esto hay que decir también que una política de protección a la explotación familiar será siempre difícil, pues deberá de conciliar, de una parte el respeto a la libertad del individuo, al modo de organizar su patrimonio de la manera que estime más conveniente a sus intereses y

(4) MEVIN S. SCRINSHOW y LARNE TAYLOR: «Alimentación», *Investigación y Ciencia*, noviembre 1980.

(5) GÓMEZ ORBANEJA: «Reauste de la Agricultura española: un posible enfoque», *Revista de Estudios Agro-Sociales*, abril-junio 1981.

(5 bis) SANZ JARQUE: Comunicación al Seminario de Valladolid, mayo 1981.

a los intereses, que él conocerá mejor que nadie, de su familia; y de otra, las limitaciones que la llamada «función social» de la propiedad impone a su contenido. Cuestión vital mantener un justo equilibrio. Con frecuencia el Estado, intérprete y garante del bien común, lleva más allá de lo necesario su intervención, y con ello, la institución de la propiedad puede quedar vacía de contenido.

No es momento de entrar a fondo en esta cuestión, pero diré que, como Notario durante muchos años en una zona de actuación del Iryda, las vegas del Guadiana, donde hay más de cinco mil explotaciones familiares, he podido comprobar que la gran mayoría de sus titulares no se sienten dueños de ellas, ni antes ni después del otorgamiento a su favor de la escritura pública. Y no vengamos nosotros, los juristas, a enseñarles que la propiedad subsiste pese a la condición resolutoria con que se garantiza el precio aplazado; a la indivisibilidad; a la necesidad de autorización para enajenar, etc., porque si no se sienten propietarios no son propietarios, no se anuda entre ellos y las parcelas ese vínculo especial que debe existir entre el hombre y su tierra.

Un dato confirma lo que estoy diciendo; me refiero al comportamiento electoral de estos parceleros. Es sabido que el propietario de fincas rústicas, sean estas pequeñas o grandes, rentables o no, es generalmente conservador, y vota opciones políticas conservadoras; así, como expone DÍAZ DEL MORAL, todas las reformas agrarias que realizan los países europeos entre las dos guerras mundiales tienen como finalidad la de establecer una clase de modestos campesinos, que se consideraba como barrera infranqueable frente al comunismo triunfante en Rusia (6).

En España, el agricultor es también conservador.

Pues bien los adjudicatarios de lotes del Iryda —tengo los datos de muchos poblados— votan, abrumadoramente, por los partidos de izquierdas. Tal vez quepan otras interpretaciones de esta anomalía sociológica; para mí ocurre, simplemente, que no se sienten dueños, son como extraños en su propia tierra.

Para examinar el Estatuto, me ha preocupado la cuestión metodológica; esta ley es de una extraordinaria complejidad, creo no exagerar si afirmo que todas las cuestiones fundamentales del Derecho agrario están presentes en ella; esto imposibilita que en el breve espacio de tiempo de que disponemos podamos acercarnos con precisión a conceptos como «Empresa», «Explotación», «Agricultor», «Colaborador», «Titularidad», «Patrimonio», «Pactos Sucesorios», «Testamento mancomunado», «Comisario», «Tanteo», «Retracto», «Registro», etc. Por otra parte, la natura-

(6) DÍAZ DEL MORAL: *Las reformas agrarias europeas de la postguerra*, Editorial Revista de Derecho Privado.

leza didáctica del curso y la heterogénea composición del alumnado haría inoportuno un planteamiento estricto técnico-jurídico. Por ello intentaré examinar tan solo algunos de los aspectos de la ley que me parecen más importantes o más conflictivos.

Mi punto de partida es el de Notario, y como tal jurista práctico que está ahí, en ese punto exacto de confluencia de la norma, la voluntad de las partes y la realidad social que aquella pretende regular. Este punto de partida puede ser de utilidad; una ley de aplicación al mundo de la agricultura, que es el mundo de la realidad, no puede analizarse tan sólo en función de categorías abstractas.

Antes de comenzar su examen, advertir que no constituye toda la legalidad vigente en materia de explotaciones familiares; conforme al párrafo segundo de la única disposición derogatoria las explotaciones familiares y los patrimonios de igual naturaleza ya constituidos en el momento de la entrada en vigor de la presente ley, podrán optar por acogerse a la misma, o bien continuarán rigiéndose por la legislación anterior, salvo en lo que se refiere al sistema sucesorio establecido en esta ley, que resultará en todo caso de aplicación».

Las explotaciones familiares hoy existentes, constituidas por la actuación del INC y después por la del Iryda, que significan un número muy considerable, y para mí lo más importante realizado en España en materia de reforma agraria, continúan rigiéndose por la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 de enero de 1973, salvo los preceptos de esta ley expresamente derogados por el párrafo primero de la citada disposición y lo relativo al régimen sucesorio.

OBJETO Y FINES

Entrando ya en la ley nos encontramos con el artículo 1.º, que a modo de exposición de motivos marca el objeto y fines diciendo «la presente ley protege la explotación familiar agraria y facilita la incorporación de los agricultores jóvenes a las actividades agrarias, de acuerdo con los siguientes objetivos: a) Constituir explotaciones agrarias viables y mantener su integridad y continuidad como unidades empresariales, promoviendo su desarrollo y modernización para que consoliden o alcancen la viabilidad social y económica. b) Estimular la incorporación progresiva a la dirección de las explotaciones familiares agrarias de los colaboradores que hayan de suceder profesionalmente en la titularidad de las misma, y facilitar el acceso de los agricultores jóvenes a la propiedad de los medios de producción y a la sucesión de las explotaciones agrarias, mediante acuerdos de colaboración familiar y acceso a la propiedad. c) Facilitar la

inscripción registral de los bienes y derechos que constituyen las explotaciones familiares agrarias».

CONCEPTO

En el artículo 2.º, que contiene el concepto de explotación familiar, será necesario detenerse. Dice «a los efectos de esta ley, se entiende por explotación familiar agraria el conjunto de bienes y derechos organizados empresarialmente por su titular para la producción agraria, primordialmente con fines de mercado, siempre que constituya el medio de vida principal de la familia, pueda tener capacidad para proporcionarle un nivel socioeconómico análogo al de otros sectores y reúna las siguientes condiciones: a) Que el titular desarrolle la actividad empresarial agraria como principal, asumiendo directamente el riesgo inherente a la misma. b) Que los trabajos en la explotación sean realizados personalmente por el titular y su familia, sin que la aportación de mano de obra asalariada fija, en su caso, supere en cómputo anual a la familiar en jornadas efectivas».

De esta definición podemos destacar:

A) *La referencia a la empresa.*—Para el legislador la explotación familiar agraria es una empresa. Los artículos 45, 46 y 49 usan este mismo término.

La empresa agraria podríamos definirla con BALLARÍN como «la unidad de producción económica, constituida por el empresario, bien sea un sujeto individual o colectivo, y sus colaboradores dependientes, así como por la tierra y demás elementos organizados, mediante los cuales se ejercita a nombre de aquél una actividad agrícola, ganadera, forestal o mixta y las conexas de transformación y comercialización, con o sin finalidades lucrativas».

No podemos plantear el tema de la empresa; pero sí preguntarnos si es útil la referencia del legislador a ese término.

Hay que reconocer el gran esfuerzo realizado desde hace más de medio siglo, primero por los mercantilistas italianos, desde MOSSA, y después por los agraristas, para construir un derecho de la empresa y para encajar en este derecho a una serie de instituciones. Por muy estimables que sean estos esfuerzos, en la realidad positiva no existe aún ese derecho, ni la empresa como tal, puede ser objeto ni sujeto de relaciones jurídicas. Recientemente LEÑA FERNÁNDEZ destacaba este hecho y sus causas: la empresa, por su naturaleza es integradora, especialmente de estas dos

fuerzas que son el capital y el trabajo, y ni el capital y el trabajo han estado interesados en conseguir esta integración (7).

Si la empresa no puede ser titular ni objeto de relaciones jurídicas, tiene poca utilidad afirmar el carácter empresarial de la explotación familiar agraria. «Explotación», naturalmente, es más que finca en sentido estático; mas para explicar sus elementos no hay que acudir al concepto de empresa; la palabra explotación, por sí misma, tiene un sentido dinámico, implica alguien que explota, algo que es explotado, unos medios o instrumentos, unos fines.

Por otra parte, el término empresa puede llevar a la idea de que los elementos integrados en ella están en un plano de igualdad, que son de importancia semejante la tierra y los aperos, ganados o material de explotación. Desde un punto de vista cuantitativo, en cierto tipo de explotaciones, como las de ganadería intensiva, esto puede ser verdad; pero en el orden cualitativo no: la tierra es el elemento fundamental. Los rasgos de la propiedad de la tierra; la naturaleza del vínculo que se establece entre ella y su propietario; el hecho de que la relación hombre-tierra es una de las líneas básicas de la evolución de la Humanidad, que está en la raíz de toda nuestra cultura y también en todo nuestro Derecho, hacen que la propiedad de la tierra sea diferente a cualquier otra; sólo una abstracción racionalista puede equiparar las distintas clases de propiedad. Tomo esta frase de SPENGLER (8): «El hombre primitivo es un animal errante, una existencia cuya vigilia anda a tientas por la vida; es todo microcosmos, sin patria, sin solar, provisto de agudísimos y medrosos sentidos, hostil. Un cambio profundo comienza al iniciarse la agricultura —actividad artificial completamente ajena a los cazadores y los pastores—. El que cava y cultiva la tierra no pretende saquear la naturaleza, sino cambiarla. Plantar no significa tomar algo, sino producir algo, pero al hacer esto, el hombre mismo se torna planta, arraigando en el suelo cultivado. El alma del hombre descubre un alma en el paisaje que le rodea. Anúnciase entonces un nuevo ligamen de la existencia, una sensibilidad nueva. La hostil naturaleza se convierte en amiga. La tierra es ahora ya la madre tierra».

Además el material de explotación, en las últimas décadas, y como consecuencia de la mecanización del campo y del progreso en las técnicas de cultivo, ha perdido en gran parte su carácter de accesorio de la tierra, de *instrumentum fundi*; hasta hace poco el agricultor era propietario de los elementos mobiliarios y semovientes con los que realizaba las tareas

(7) RAFAEL LEÑA FERNÁNDEZ: «Grupos de Sociedades: Razones para su regulación», *Revista de Derecho Notarial*, abril-junio 1981.

(8) OSWALD SPENGLER: «La decadencia de Occidente», citada por JUAN VALLET en *Algo sobre temas de hoy*, S.P.E.I.R.O., 1972.

de siembra, laboreo, transporte y recolección; hoy es imposible para el mediano o pequeño agricultor ser propietario de la costosa maquinaria precisa, por lo que muchos de los trabajos se realizan contratados con personas que prestan sus servicios a varios agricultores; esta maquinaria no puede considerarse integrada en la explotación, por lo que destaca más el valor que por sí sola tiene la tierra.

BALLARÍN nos dirá (9): «Hemos dicho al definir la empresa que ésta se hallaba constituida, ante todo, por la tierra y demás elementos organizados para la producción: el principal elemento, pues, de la hacienda es la tierra, absolutamente indispensable para que exista hacienda y empresa agraria». Y más adelante, «pero la tierra no sólo es algo indispensable, sino que constituye el elemento principal, en sentido jurídico, de la explotación agrícola».

Lejos de mi intención, y creo también que de mis posibilidades, hacer una crítica negativa de la construcción doctrinal de la empresa; pero estimo que trasladar el problema de la explotación familiar a otro igualmente difícil, no ayuda a resolverlo. Además se detecta, en la doctrina, un menor entusiasmo por esta institución; así lo demuestra, por ejemplo, la comparación entre la primera y la segunda edición del *Derecho Agrario* de ALBERTO BALLARÍN, y las primeras palabras del libro de JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS *Propiedad, Herencia y División de la explotación agraria*, son éstas: «No siempre son fáciles de encajar los conceptos económicos en el campo del Derecho; así sucede con el concepto de empresa y, más concretamente, con el de empresa agraria, tanto que la construcción del Derecho agrario en torno a la idea de la empresa es un criterio que, actualmente, se halla muy desprestigiado, viniendo a ser sustituido por el de actividad agraria».

B) *Dimensión*.—Otro dato a destacar en el concepto de explotación agraria que da el artículo 2.º es el que tiende a fijar su *dimensión*; ésta no se precisa de una manera cuantitativa, pero es obvio que la ley pretende la creación y protección de explotaciones dentro de ciertos límites: en cuanto al mínimo, «que constituyen el medio de vida principal de la familia y pueda tener capacidad para proporcionarle un nivel socioeconómico análogo al de otros sectores»; y en cuanto al máximo, «que los trabajos en la explotación sean realizados personalmente por el titular y su familia, sin que la aportación de mano de obra asalariada fija, en su caso, supere en cómputo anual a la familiar en jornadas efectivas».

En cuanto al *mínimo*, la expresión «nivel socioeconómico análogo al de otros sectores», es tan vaga que no dice nada. ¿Cuáles son los sectores

(9) ALBERTO BALLARÍN: *Derecho Agrario*, 2.ª edición.

con los que se pretende establecer la analogía? Porque en la sociedad española hay sectores bien pagados y mal pagados.

En cuanto al *máximo*, la fórmula que da la ley puede llevar a considerar como explotaciones familiares incluso a los grandes latifundios. En efecto, la interpretación del párrafo *b)* del artículo 2.º es clara; si, por ejemplo, trabajan habitualmente en la explotación un padre y dos hijos, pueden contratarse tres asalariados fijos sin que ésta pierda su carácter; no hay ninguna referencia a la mano de obra eventual, por lo que la contratación de ésta puede ser ilimitada.

Cualquiera que conozca la realidad del campo español —yo estoy pensando en Andalucía y Extremadura— sabe que una gran finca de olivar, o de cereal, puede no emplear asalariados fijos, si acaso, un administrador o «encargado» que contratará los obreros eventuales que se precisen. En el ejemplo que citaba, seis unidades de trabajo fijas pueden explotar una finca de miles de hectáreas.

Parece contrario al espíritu de la ley considerar como explotaciones familiares a estas grandes fincas.

La doctrina y el Derecho comparado nos muestran muy diversos criterios para fijar la dimensión de la explotación familiar. JUAN VALLET (10) estima que «la fijación de una unidad mínima indivisible de cultivo presenta evidentes inconvenientes:

1.º Su rigidez estadística, basada en cálculos de términos medios, que, aplicados como módulos a lo concreto, resultan engañosos.

2.º Su falta de flexibilidad coyuntural dará lugar a su inadecuación en cualquier caso en que se produzca un cambio de circunstancias.

3.º Su invariabilidad mataría el estímulo que para el trabajador significa el premio de que ensanche sus tierras quien mejor las sepa labrar y el riesgo de que pueda sufrir su merma, o aún perderlas, quien no sepa cuidarlas y hacerlas producir lo debido.

4.º Olvida la posible complementabilidad de la labor agrícola de los pequeños propietarios con su trabajo en otras fincas mayores o en empresas agrícolas de tipo industrial o incluso hosteleras o propiamente industriales, próximas a las tierras cultivadas.

5.º Comporta el riesgo de aumentar el intervencionismo administrativo, dando entrada a la tenocracia y burocracia estatal para fiscalizar la actividad dispositiva de los labradores.

6.º No impide su desbordamiento de hecho en la realidad a no ser por medio de sanciones drásticas, que resultarán injustas en cuanto impongan lo positivo y formal a lo real y vital».

(10) JUAN VALLET: *Algo sobre temas de hoy*, S.P.E.I.R.O., 1972.

Y propone: «la única solución dinámica, flexible y viva para mantener las propiedades campesinas con una superficie adecuada a cada circunstancia y momento, consiste en confiarla al recto criterio del jefe de la familia, formado en unas costumbres arraigadas y saludables, adaptadas al medio físico en el cual vive y trabaja».

En el Derecho francés un decreto del Ministerio de Agricultura de 16 de junio de 1975 establece las llamadas superficies mínimas de instalación, variable según los departamentos y que generalmente oscilan entre 16 y 50 hectáreas, si bien para algunos departamentos pueden rebasar las 100 hectáreas. En el de Lozere llega a las 144 para las zonas de montaña.

La complejidad de nuestra geografía, de nuestro clima hacen difícil una solución cuantitativa, pero me parece preferible esta a los vagos criterios de la ley.

Ahora bien los topes mínimos y máximos no pueden fijarse por una ley general, habría que buscar órganos —Asociaciones de Agricultores, Cámaras Agrarias— lo más próximo posible a la realidad física; pues no solamente la tierra es distinta en las distintas regiones, sino que en la misma región, o en el mismo término municipal, se dan diferencias; incluso el pequeño propietario conoce bien el comportamiento distinto de cada surco de su parcela.

ELEMENTOS DE LA EXPLOTACIÓN

Pueden ser estos personales, reales y formales.

A) *Elementos personales*.—Su estudio nos llevaría al tema de la profesionalidad en la agricultura. Sólo indicar que la ley supone un paso más, y de gran importancia, en la construcción de un estatuto del agricultor como profesional de la agricultura.

Estos elementos personales son el titular y el colaborador.

1) *Titular*.—Los rasgos que lo caracterizan son, conforme al artículo 2.º: a) «Que el titular desarrolle la actividad empresarial agraria como principal, asumiendo el riesgo inherente a la misma. b) Que los trabajos en la explotación sean realizados personalmente por el titular y su familia».

La titularidad puede recaer en una persona o, en caso de matrimonio, en ambos cónyuges.

Que sea para el legislador «titularidad de la explotación», como armonizarla con la de los bienes que la componen, es para mí un misterio.

rio. CARROZZA, ante el proyecto de ley, decía (10 bis): «la hipótesis de la no coincidencia de la titularidad de la explotación con la titularidad de la propiedad (sobre el fundo o sobre otros elementos de la explotación) crea problemas que no veo bien cómo se piensa resolverlos». Si este ilustre profesor italiano ha leído el texto positivo, ya tiene respuesta a sus dudas: el problema no se ha resuelto de ninguna manera. Y por ello la ley es un castillo montado en el aire.

2) *Colaborador*.—Su concepto lo encontramos en el párrafo 1.º del artículo 5.º de la ley: «tendrá la consideración de colaborador de la explotación familiar agraria la persona mayor de edad o menor emancipado que, siendo cónyuge, descendiente u otro pariente del titular, tenga una experiencia profesional mínima de dos años en actividades agrarias y como dedicación principal su trabajo en la explotación y que establezca un acuerdo escrito de colaboración con el titular».

Para que exista el colaborador se requiere un acuerdo escrito; dada la importancia de esta figura, debería de haberse establecido la escritura pública; la fecha del acuerdo es decisiva incluso para determinar el orden sucesorio, y como resulta del artículo 1.227 del Código Civil, no puede probarse con un documento privado.

Digamos también que el término «pariente» queda sin precisar, no sabemos a qué clase ni a qué grado de parentesco se refiere la ley; hubiera sido importante precisarlos, puesto que conforme al párrafo 2.º del artículo 5.º, si hay parientes no puede ser colaborador un extraño.

El contenido y efectos de los acuerdos de colaboración se fijan en los artículos 6.º a 9.º, aunque las referencias a los colaboradores son continuas a lo largo del articulado.

B) *Elementos reales*.—Los describe el artículo 3.º «Uno: Constituyen elementos de la explotación los bienes inmuebles de naturaleza rústica y los edificios, incluida la vivienda, construidos sobre los mismos; las instalaciones agropecuarias, incluso de naturaleza industrial, y los ganados, máquinas y aperos, integrados en la explotación y afectos a la misma, que pertenezcan al titular, a su cónyuge o a ambos, en propiedad.

Dos: Constituyen también elementos de la explotación los arrendamientos y los derechos de uso y disfrute que, en virtud de cualquier título y sobre tales bienes, puedan pertenecerle, así como los demás derechos que puedan corresponder a su titular y sirvan a aquélla.»

Destaquemos la referencia a instalaciones industriales, lo que permite ampliar el concepto de explotación, integrando los procesos de ela-

(10 bis) CARROZZA: Comunicación presentada al Seminario de Valladolid, mayo 1981.

boración industrial. El interés de esta posibilidad es realmente extraordinario.

C) *Elementos formales*.—El párrafo 1.º del artículo 10 dice: «Será título bastante para acreditar la calificación de explotación agraria el documento administrativo expedido, a instancia del titular, por el Ministerio de Agricultura, en el que se describan los bienes y derechos de la explotación y del que resulte que concurren los requisitos técnicos establecidos en esta ley».

Como dije antes, no sé lo que para la ley es «titularidad»; por consiguiente, no puedo saber el alcance de este título. Si su finalidad es la de configurar la explotación en orden a las relaciones entre el titular y la Administración, especialmente en lo referente a las ayudas y beneficios regulados en el capítulo VI, puede servirnos. Si la calificación administrativa que el título supone produce desplazamientos patrimoniales, como parece deducirse del artículo 4.º y de otros, esto supondría una ruptura tal. Con todo el sistema del tráfico jurídico vigente, que habría que plantearse incluso la constitucionalidad del mismo.

INTEGRIDAD DE LA EXPLOTACIÓN

El capítulo III, bajo la rúbrica «protección de la integridad de la explotación», nos pone en contacto con el problema fundamental de la explotación familiar: cómo mantener su cohesión ante el tráfico jurídico.

PEÑA critica el régimen de conservación de las explotaciones familiares en estos términos (11): «1.º La rigidez de las explotaciones puede determinar, con el transcurso del tiempo, una superestructura anquilosada que no responda a la economía del momento, y el arraigo de una población conformista, poco dinámica, y quizá pronto excesiva. 2.º Consagra soluciones típicas de una sociedad estática, que cada vez contrasta más con la nueva sociedad: cada vez más deprisa queda aquella en el pasado».

A mi juicio este capítulo III demuestra que el legislador está pensando en dos aspectos distintos que no ha sabido armonizar: uno, mantener la integridad como garantía de que el Estado recuperará los beneficios y créditos concedidos; otro, mantenerla como instrumento de política agraria a largo plazo, para que las explotaciones creadas no se disuelcan por chocar con las facultades de disposición, *inter-ivos* o *mortis-causa* de los titulares.

Como aspectos generales habría que destacar:

(11) PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS: «La conservación de las unidades agrarias en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario», *Estudios Monográficos*, 3, I.R.Y.D.A., 1975.

1.º El título que acredita la calificación de explotación familiar, no determina, por sí solo, su integridad; la obligación de mantener la integridad surgirá, conforme al artículo 11, por «la obtención de cualquiera de los beneficios económicos previstos en esta ley, o la suscripción de acuerdos de colaboración».

2.º Esta obligación sólo tendrá vigencia —párrafo último del artículo 11— «durante el plazo que se señale por la Administración».

3.º La sanción de su incumplimiento será la prevista en el artículo 67: «El incumplimiento del plan de modernización o de las obligaciones impuestas por esta ley darán lugar a que la Administración, previo expediente, aplique las sanciones pertinentes, que, en su caso, podrán consistir en el vencimiento anticipado de los préstamos concedidos y reintegro al Tesoro público de las subvenciones y bonificaciones fiscales otorgadas, incrementados en el interés establecido para dichos préstamos, actualizando el importe de tales subvenciones con arreglo al índice de precios al consumo».

4.º Pueden separarse algunos de los elementos en los casos previstos en el artículo 12.

La cohesión, pues, de la explotación familiar es mínima; y lo demuestra, además de lo que hemos dicho, el sistema registral del que luego nos ocuparemos. Incluso el Estado, para resarcirse de los préstamos, ayudas y bonificaciones, se preocupará más que de mantener la integridad de la explotación de afectar los bienes y derechos que la componen; el párrafo 2.º del artículo 10 de la ley habla de «nota marginal de afección de los bienes y derechos integrantes que constan inscritos, en garantía de los beneficios obtenidos y de las obligaciones exigidas en el artículo siguiente».

Sin embargo, pronto veremos las extraordinarias consecuencias que la ley pretende sacar de esta débil cohesión administrativa.

Veamos el alcance de la protección a la integridad en los actos dispositivos *inter-vivos* y *mortis-causa*.

A) *Actos intervivos*.—Nos vamos a detener en el artículo 13: «En caso de matrimonio, si la titularidad de la explotación recae en ambos cónyuges, para disponer de la explotación o de alguno de los inmuebles que la integran será preciso el consentimiento de los dos o, en su caso, autorización judicial con independencia del carácter común o privativo de dichos bienes. Faltando el consentimiento de uno de los cónyuges o la autorización judicial, los actos dispositivos que no hayan sido expresa o tácitamente confirmados podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se omitió o de sus herederos, durante el plazo de cuatro años

desde la realización del acto. No obstante, serán nulos los actos dispositivos a título gratuito sobre bienes comunes si faltare dicho consentimiento».

El régimen establecido es muy semejante al de gananciales del Código Civil; artículo 1.375: «en defecto de pacto en capitulaciones, la gestión y disposición de los bienes gananciales corresponde conjuntamente a los cónyuges, sin perjuicio de lo que se determina en los artículos siguientes». Artículo 1.377, párrafo primero: «para realizar actos de disposición a título oneroso sobre bienes gananciales se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges». Artículo 1.378, párrafo primero: «serán nulos los actos a título gratuito si no concurre el consentimiento de ambos cónyuges».

Por lo tanto tenemos esta importantísima consecuencia: cualquiera que sea el origen de los bienes —privativos, de la mujer, gananciales o del marido—, si la titularidad de la explotación recae en ambos cónyuges, se establece una comunidad de bienes semejante a la de gananciales. El artículo 4.º habla de «continuación de la comunidad conyugal» y el 13, párrafo último, de «bienes comunes».

¿Puede producirse realmente la comunicación de bienes? Sólo encontramos como título para ello el documento administrativo del artículo 10. Pero ese documento, como veíamos, produce unos efectos muy limitados, incluso en el tiempo, y parece desorbitado que pueda transmitir la propiedad de bienes. En cualquier caso, si esta es la intención de la ley debería haberlo dicho y regulado de manera precisa.

En este artículo 13 aparece otra expresión no menos conflictiva: me refiero a la posibilidad de «disponer de la explotación», posibilidad confirmada entre otros por los artículos 38, 44 y 62. En todos estos artículos se distingue entre explotación y sus elementos, con lo que —no hay duda— la explotación familiar puede ser objeto unitario de un negocio jurídico. Con ello se ha resuelto, así como el que no quiere la cosa, el gran problema de la construcción doctrinal de la empresa, sobre el que se han escrito, en los últimos sesenta años, ríos de tinta. La ingenuidad del legislador es evidente.

En este mismo capítulo III se ocupa la ley del *derecho de adquisición preferente*. Viene regulado en los artículos 38 a 44 y se desarrolla en la doble vertiente de un tanteo y un retracto que corresponden a los titulares del derecho de reembolso, y si éstos no lo ejercen, al Estado. También, conforme al artículo 19 corresponderá a los instituidos sucesores en pacto, incluso en el supuesto de que la enajenación sea sólo de parte de la explotación.

En cuanto al modo de realizarse las notificaciones, plazo, etc., me remito al contenido de los citados artículos. Destaquemos, y me parece acertado, que el Estado no podrá adquirir explotaciones, sino en defecto de los particulares, y que cuando las adquiera deberá destinarlas, en el plazo

máximo de tres años a la instalación de «jóvenes agricultores» o a la mejora de otras explotaciones familiares. Subrayo las palabras «jóvenes agricultores» que han pasado al citado artículo, pese a que, al menos así se dijo en la discusión parlamentaria, constituyen un galicismo; y es que toda esta normativa tiene antecedentes muy próximos en el Derecho francés. Y se me ocurre preguntar por qué no ha pensado en algún órgano intermedio entre el Estado y los particulares del tipo de las SAFER introducidas en Francia por la Ley de 5 de agosto de 1960, y que pese a las controversias suscitadas, mantiene vigente la Ley de Orientación Agrícola de 5 de julio de 1980.

B) *Actos mortis-causa*.—Dentro del capítulo III, dedicado a la integridad de la explotación se ocupa la Ley del Régimen Sucesorio. El lugar de colocación de las normas sucesorias debería de preocuparnos poco, pero en este caso tiene una importancia fundamental.

VATTIER FUENZALIDA encuentra acertada esta ubicación, que dice, «revela, de una parte, una concepción unitaria del fenómeno sucesorio lo mismo *inter-vivos* que *mortis-causa* y, de otra, el marco teleológico que encuadra el régimen sucesorio, el que presupone la transmisión íntegra de la explotación» (12).

No comparto este juicio; obsesionado el legislador con la integridad de la explotación, se ha olvidado como veremos, de lo que es la sociedad de gananciales, de lo que es la herencia, de lo que es el patrimonio e incluso de lo que es un testamento.

Para resolver la cuestión de la integridad de la explotación en la transmisión *mortis-causa*, una vez más, como siempre ocurre con los verdaderos problemas del Derecho Agrario, se precisa conciliar aspectos contradictorios: de una parte, el interés social de que las unidades agrarias, quizá costosamente conseguidas, no se desmoronen; de otra la libertad del causante y los derechos de los posibles coherederos.

El tema podría haberse atendido de una de estas formas:

1. Aprovechando las instituciones vigentes en el Código Civil.
2. Creando un cuerpo legal con normas nuevas.

La doctrina recomendaba lo primero. Así, JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS (13) habla de «modificar aquellas normas del Código Civil que presenten una dificultad para el desenvolvimiento adecuado de la explotación agrícola a través de la sucesión *mortis-causa*. ... en esta materia del

(12) VATTIER FUENZALIDA: Comunicación presentada al Seminario sobre el proyecto de Estatuto, celebrado en Valladolid, mayo 1981. Pendiente de publicación.

(13) JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS: *Propiedad, herencia y división de la explotación agraria*. Ministerio de Agricultura, 1977. En el mismo sentido, GARRIDO PALMA, *Revista de Estudios Agro-Sociales y Revista de Derecho Notarial*.

Derecho sucesorio agrario, nuestra legislación no está atrasada como pudiera a primera vista parecer, pues, nuestro ordenamiento, ofrece notables fórmulas jurídicas para hacer efectiva la protección de la explotación agrícola y bastaría con unos simples retoques técnicos para que este ordenamiento, sin abandonar el sistema ni el espíritu de nuestras leyes, encontrara plena efectividad».

A su juicio las reformas deberían llevarse a cabo en estos campos:

«1. Protección de la indivisibilidad de las unidades agrarias y, eventualmente, de las explotaciones agrícolas, que debe actuar en materia de división de cosa común (derechos de cosas) y en materia de partición de herencia, como recurso más general de actuación de la protección.

2. Modificaciones en el régimen económico-matrimonial, orientadas hacia la mayor flexibilidad del régimen mismo (modificación de capitulaciones) y hacia la mayor flexibilidad del régimen legal (sociedad de gananciales).

3. Posibilidades de elección o distribución *post-mortem* en relación con las atribuciones hereditarias y con la distribución del caudal, y admisión de una cierta fiducia sucesoria para dar facilidades a tales medios y que se fundamenta en la idea de la unidad de la familia.

4. Flexibilidad legitimaria en relación con el pago en dinero de la legítima y con las formas de atribución de la misma que, en el sistema del Código, sirve de fundamento a la anterior y que facilita la conservación de la explotación; y

5. Desarrollo de las facilidades de la llamada sucesión contractual, en forma indirecta, aprovechando también las posibilidades de desarrollo sistemático de las normas del Código Civil y de acuerdo con los precedentes del antiguo Derecho de Castilla.»

A mi juicio, el Código hubiera sido suficiente para encauzar la sucesión de la explotación familiar. Hay que tener en cuenta:

1.º Los preceptos e instituciones tradicionalmente considerados útiles para ello, como la mejora (arts. 826 y 827); la mejora en cosa determinada (art. 829); la partición hecha por el testador (art. 1.056); el pago de legítima en metálico (art. 1.062), etc.

2.º Las normas introducidas en las últimas reformas del Código Civil, que en el orden de cosas que nos ocupa, son trascendentales. Así:

a) Posibilidad de pactar cualquier régimen económico en capitulaciones (art. 1.315).

b) Posibilidad de modificarlo (art. 1.317).

c) Transmitirse marido y mujer por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos (art. 1.323).

d) Estipular, modificar o sustituir el régimen económico o establecer cualesquiera otras disposiciones por razón del matrimonio (art. 1.325).

e) Otorgar las capitulaciones antes o después de celebrarse el matrimonio (art. 1.326).

f) Y subrayamos, finalmente, los artículos 831 y 841, que transcribo:

«Art. 831. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrá ordenarse en testamento o en capitulaciones matrimoniales que muriendo el cónyuge otorgante, pueda el viudo o viuda que no haya contraído nuevas nupcias distribuir, a su prudente arbitrio, los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras y demás disposiciones del causante. Si no se hubiere señalado plazo, el viudo o viuda tendrá el de un año, contado desde la apertura de la sucesión, o, en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes.»

«Art. 841. El testador, o el contador-partidor expresamente autorizado por aquél, podrá adjudicar todos los bienes hereditarios o parte de ellos a alguno de los hijos o descendientes, ordenando que se pague en metálico la porción hereditaria de los demás legitimarios. También corresponderá la facultad de pago en metálico en el mismo supuesto del párrafo anterior al contador-partidor dativo a que se refiere el artículo 1.057 del Código Civil.»

Otras instituciones del Código, como las Sociedades, serían igualmente aprovechables tal como están o con leves retoques.

Y hay una institución más, no admitida expresamente en el Código, pero que se vive en la realidad y se lleva a la mayoría de los testamentos que hoy se otorgan, cuya importancia para la conservación de la explotación es evidente; me estoy refiriendo al usufructo universal en favor del cónyuge viudo, figura que está necesitando ya su reconocimiento expreso en el Derecho positivo.

Pese a contar con estos instrumentos, el legislador ha optado por una nueva ley, que supone un cuerpo extraño, imposible de armonizar con el conjunto del ordenamiento jurídico. Porque:

1. Se olvida del carácter universal de la herencia; ésta puede comprender además de la explotación otros bienes y también deudas; de los acreedores, de sus garantías, la ley no se ocupa. Ni siquiera sabemos si se atribuye como herencia o como legado. Parece haber una *institutio ex re certa*, lo que nos reconducirá a la compleja problemática de esta figura.

2. El testamento, ante todo, es el modo de ordenar la sucesión de una persona, y aquí aparece como un mero instrumento para conservar la explotación.

Incluso podría pensarse —ver párrafo 1.º del artículo 24— en un testamento dirigido solo a regular la sucesión en la explotación. ¿Podría coexistir con un testamento «normal»? ¿Qué efectos produciría esta dualidad? Prefiero no especular sobre el tema.

3. Desconoce la institución de los gananciales. Esto, desde luego, no es nuevo; PEÑA denunciaba lo mismo en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 1975 (14). Pero no hay duda de que la explotación familiar puede estar integrada por bienes que pertenezcan —artículo 3.º— «al titular, a su cónguye o a ambos en propiedad»; y que pueden adquirirse o incorporarse a ella bienes durante el matrimonio. Comoquiera que la ley tendrá su aplicación, sobre todo, en los territorios sometidos al Derecho común, donde el régimen normal es el de gananciales, habrá que liquidar éstos como operación previa a la adjudicación hereditaria; ni una palabra encuentro relativa a esta liquidación, y no se trata de un caso de laboratorio, sino de lo que será el pan nuestro de cada día.

4. Si la explotación tiene, como se deduce del artículo 11, una vigencia limitada en el tiempo, sobra toda regulación de la transmisión *mortis-causa*, que se producirá, por su propia naturaleza, a largo plazo.

El régimen sucesorio lo encontramos desarrollado en el articulado de la ley de esta forma:

A) Una disposición contenida en las normas generales, la del artículo 14, que establece si no se indica otra cosa en testamento o pacto sucesorio, el usufructo universal para el cónyuge sobreviviente.

B) *El pacto sucesorio*.—Viene regulado en los artículos 16 a 20. Destaquemos la importancia que adquiere la figura del colaborador, hasta el punto de que el convenio ha de ser suscrito precisamente con quien tenga este carácter. El orden de prelación es el siguiente:

1. Colaborador legitimario.
2. Colaborador con el consentimiento de los legitimarios.
3. Colaborador en ausencia de legitimarios.

La pérdida de la cualidad de colaborador, antes del fallecimiento del instituyente, es causa de revocación del pacto.

Para determinar los efectos habrá que estar a lo pactado.

En cuanto a su revocación determina las causas del artículo 20.

De esta manera, y pese a que prohíbe el Código Civil esta delación sucesoria, piensa el legislador haber resuelto la sucesión contractual de la explotación. Pero quedan sin resolver cuestiones fundamentales:

(14) PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, citado.

a) Capacidad del instituyente y del instituido. ¿Se tendrá en cuenta la capacidad general para contratar, la capacidad para testar o suceder, o ambas capacidades?

b) Carácter de la atribución de la explotación. ¿Es realmente el sucesor heredero o legatario?

c) Si el pacto es un mero llamamiento a la titularidad de la explotación, que el instituido puede aceptar o no después de la muerte del instituyente, o si tiene carácter firme y no es necesaria la aceptación ni cabe la renuncia después de la muerte de éste. Esto parece lo más conforme con la naturaleza contractual de la sucesión; sin embargo VATTIER FUENZALIDA opina: «muerto el titular, se abre la sucesión y el heredero debe aceptar expresa o tácitamente la herencia, pues en el pacto o al otorgar su consentimiento éste consintió la condición de heredero únicamente, y entre éste momento y la apertura de la sucesión pudo haber transcurrido mucho tiempo y cambiado sustancialmente la consistencia de la explotación».

En fin, no podemos plantear toda la problemática de la sucesión contractual. Sólo decir que de ninguna manera la nueva Ley la ha resuelto.

C) *La sucesión testada.*

Regulada en los artículos 21 a 26. El primero de éstos nos causa también la primera sorpresa: el colaborador, figura clave del pacto sucesorio, y también —artículo 27— de la sucesión intestada, ni se menciona en la sucesión testada. Por tanto, mediando testamento la explotación familiar puede atribuirse a cualquiera, aunque no sea colaborador, y sea o no sea, profesional de la agricultura. Para el caso de que hubiera herederos forzosos, el sucesor deberá de ser uno de éstos; también podrá serlo quien no sea heredero forzoso si éstos —palabras literales— «hubieran renunciado o convenido sobre sus derechos o incurrido en justa causa de desheredación o que se respeten sus legítimas». Con toda naturalidad se habla de convenios o renunciaciones sobre herencia futura, convenios, como sabemos prohibidos por el Código.

El artículo siguiente se refiere al *testamento comunado*. Personalmente soy partidario de llevar al Código esta forma de testar, que puede tener la gran ventaja de permitir que la suma de los bienes de uno y otro cónyuge funcione como un todo, con lo que se evitaría la situación injusta, pero frecuente en la práctica, de que el hijo que ha recibido bienes de uno de los padres, pero no del otro, pueda en la herencia de éste reclamar también su cuota.

Bien venida sea la institución, pero que se regule de verdad, pues un artículo es demasiado poco para atender la complejidad de esta figura testamentaria.

Los artículos 23 a 26 tratan de la designación de sucesor, mediante *comisario*. Sólo puede ser nombrado comisario el cónyuge, al sólo objeto de designar sucesor en la explotación agraria, siendo indelegable su función.

Destaquemos:

a) La remisión que hace el párrafo segundo del artículo 23 al artículo 21, de la que resulta que el designado sucesor no tiene que ser colaborador.

b) Que el nombramiento de comisario debe hacerse en testamento abierto. No veo la razón de prohibir las otras formas testamentarias.

D) *La sucesión intestada.*

Se ocupa la ley de la sucesión intestada, en el artículo 27. El orden sucesorio será el siguiente:

1. Heredero legítimo más próximo y que sea colaborador (aquí renace otra vez esta figura).
2. Si hay varios, el que haya permanecido más tiempo en la explotación.
3. Heredero legítimo que se comprometa a continuarla; caso de haber varios se estará al acuerdo de la mayoría.
4. De no existir herederos legítimos, sucederán los colaboradores, prefiriéndose el más antiguo en la explotación, y si hubiera varios con la misma antigüedad, el designado por la mayoría.

Sorprende el orden de llamamientos; porque, como hemos visto, son llamados en primer lugar los herederos legítimos; éstos no pueden ser otros que los señalados en los artículos 930 y siguientes del Código Civil, en una graduación que va desde los descendientes al Estado.

Como quiera que los colaboradores son llamados en el artículo 27 después de los herederos legítimos, y entre éstos se encuentra el Estado, que no puede repudiar la herencia (artículos 956 y 957 del Código Civil), ocurre que los colaboradores, como tales, no pueden ser llamados a la sucesión intestada nunca, diga lo que diga el párrafo 3.º del artículo 27.

Aunque rechacemos esta conclusión, por absurda, habría que llamar antes que a los colaboradores a los parientes colaterales hasta el cuarto grado.

Este tratamiento del colaborador no encaja con la importancia que para la ley tiene tal figura.

Por otra parte el párrafo 1.º del artículo 27, entre los varios herederos legítimos colaboradores, preferirá «al que hubiese permaneciendo más tiempo colaborando en la explotación». Será difícil probar el tiempo de esta permanencia, que no tiene por qué coincidir con el que resulte de la fecha del acuerdo; fecha que además, por ser la de un documento privado, tendrá escaso valor probatorio.

E) *Disposiciones comunes a las diversas clases de sucesión.*

Los artículos 28 a 37 se ocupan de ellas. Destaquemos:

1. La *valoración* de la explotación a que se refiere el artículo 28. «La valoración de la explotación, a efectos de la partición hereditaria, derivada de pacto sucesorio, sucesión testada o intestada, se efectuará por acuerdo de los interesados» ... «De no mediar este acuerdo, se valorará la explotación en función de la renta promedio de los últimos cinco años.»

No se precisan quiénes son los «interesados»; pero pueden serlo un grupo muy amplio de personas, y con intereses contrapuestos, lo que hará difícil el acuerdo sobre la valoración. Y más difícil será «conocer la renta promedio de los últimos cinco años».

2. El *derecho de reembolso* que conforme al artículo 30 corresponde a los legitimarios o herederos *ab intestato* en el supuesto de que antes de transcurridos quince años desde la sucesión la explotación fuera enajenada, expropiada o dejara de ser explotación familiar.

El artículo 31 da las normas necesarias para determinar su cuantía.

Es un derecho inspirado en la idea de que no haya perjuicios económicos para sus titulares en el caso de que la valoración inicial de la explotación fuera baja.

3. La posible reducción de las legítimas que prevé el artículo 32, puesto que la explotación sólo puede quedar afectada hasta el tercio de su valor.

4. La hipoteca legal que establece el párrafo segundo del mismo artículo para garantizar el pago de las porciones legitimarias que afecten a la explotación.

Esta hipoteca no se regula. Es seguro que no podrá establecerse sobre la explotación, puesto que ésta no es susceptible de inscribirse en el Registro; habrán de gravarse los bienes o derechos que la integran y consten inscritos a favor del adjudicatario.

5. El pago a los coherederos de su haber en metálico que indica el

artículo 33. Precepto interesante, pero que ha perdido parte de su interés después de la última reforma del Código.

6. La forma de los pactos sucesorios que es —artículo 35— la escritura pública.

7. La posibilidad de dividir una explotación en varias «cuando los elementos que se asignen a cada una de ellas sean suficientes para constituir otras tantas explotaciones familiares independientes». Pregunto: ¿Quién determina esta suficiencia, el testador, los herederos, la Administración? ¿Cuándo se determina? ¿Con qué efectos si no coinciden los criterios de los interesados y de la Administración?

8. Un orden de sucesión distinto al común para el arrendamiento de fincas rústicas (art. 37). Por cierto que este artículo habla de que forme parte de la explotación «una finca rústica arrendada» y creo que lo que quiere decir es «el arrendamiento sobre una finca rústica», que es un supuesto distinto.

El capítulo IV se refiere al *desarrollo y modernización* y el VI a las *ayudas y beneficios* generales.

Coherente la ley con el que es uno de sus principios fundamentales, respetar la iniciativa privada, estimula esta iniciativa a través de la oferta de una serie de ayudas, créditos, subvenciones. Nada que objetar, sino todo lo contrario, a esta política; pero se corre el riesgo de que, invirtiendo lo que deben de ser fines y lo que deben de ser medios, se constituyan las explotaciones no para enraizar una familia en la tierra, sino para tener acceso a las ayudas prometidas.

El caso de las Cooperativas está muy próximo y no debemos olvidarlo; la estadística nos habla de miles y miles de ellas constituidas. ¿Pero en cuántas se conocen y se practican los principios cooperativos? Frecuentemente son tan solo instrumentos fraudulentos para obtener una subvención o un crédito.

Aunque estos capítulos tienen gran interés práctico, pues constituyen la única parte de la ley que tendrá vigencia, por su carácter administrativo, no entro en su examen.

ACCESO DE AGRICULTORES JÓVENES

Una de las líneas fundamentales de la ley es, como indica el párrafo b) del artículo 1.º, «facilitar el acceso de los agricultores jóvenes a la propiedad de los medios de producción y a la sucesión de las explotaciones agrarias, mediante acuerdos de colaboración familiar y acceso a la propiedad».

LAMO DE ESPINOSA, en su discurso ante el Congreso decía (15): «El otro gran objetivo consistía en facilitar la incorporación agraria al medio rural ... nos encontramos hoy en una situación en que más de la mitad de la población rural española tiene más de cincuenta años, porque en los últimos tres lustros, cerca de un millón y medio de agricultores entre veinte y cuarenta y cinco años son los que han abandonado la agricultura, y en este período la población activa agraria de más de cuarenta y cinco años ha pasado del 42 por 100 al 55 por 100 del total».

Ahora bien, una política encaminada a retener la población en el medio rural, será siempre conflictiva. No olvidemos que España duplica en población agraria a la media de la CEE. Cierto, y desde muchos puntos de vista lamentable, el éxodo que denunciaba el señor Ministro, éxodo que, de ser ciertas las sugerentes ideas que expone Galbraith, será el de los mejores (16); pero hay que preguntarse también qué hubiera pasado si la emigración no se hubiese producido: tal vez la presión demográfica sobre la tierra hubiera sido insoportable. Un fenómeno de la envergadura de este, probablemente el hecho sociológico más importante de las últimas décadas, no puede contemplarse aislando algunos de sus efectos, positivos o negativos.

La solución de estos aspectos contradictorios se encontrará, no sabemos cuando, en una reordenación del territorio, que integre la cultura, la sanidad, los servicios en el medio rural y rompa la oposición entre agricultura-industria, campo-ciudad.

En cualquier caso nada más triste que el hecho de que un agricultor tenga que abandonar el campo para dar a su familia lo que en el campo no puede encontrar, y por ello es de elogiar el intento de la ley de proteger a los agricultores jóvenes.

Esta protección se desarrolla en el capítulo V, artículos 53 a 56. Las beneficiarios de estas ayudas serán:

«a) Aquellos jóvenes menores de treinta y cinco años que deseen transformar, mejorar o ampliar las explotaciones familiares a cuya titularidad hayan accedido como consecuencia de un acuerdo de colaboración de los regulados en esta ley, o

b) Aquellos jóvenes menores de treinta y cinco años que, a juicio del Ministerio de Agricultura, tengan un grado de capacitación profesional suficiente, o se comprometan a adquirirla, y que proyecten instalarse directa y personalmente, estableciendo una explotación suficiente, ya sea de forma individual o asociativa de carácter cooperativo.»

(15) Discurso de presentación del Proyecto de Ley. *Diario de Sesiones*, número 174/1981.

(16) GALBRAITH: *Teoría de la pobreza de masas* (edición francesa), Gallimard, 1980.

Las ayudas consistirán en los créditos, subvenciones y beneficios fiscales de los artículos 54, 55 y 56. De estas ayudas nos vamos a ocupar de la contenida en el párrafo a) del artículo 54.

Este artículo plantea la cuestión básica en cualquier política de instalación de agricultores jóvenes: buscar las tierras necesarias para ello. Estas tierras serán las del Estado y demás entidades públicas procedentes:

a) De «las liberadas por cese en la actividad agraria». La frase, pese a su brevedad, resulta extraordinariamente compleja; desde luego, admite, como ahora se dice, varias lecturas. Una de ellas, de acuerdo con la más pura ortodoxia marxista, nos llevaría al principio de que la propiedad de la tierra es del Estado, y que éste cede sólo su disfrute: hablar de que una tierra está «liberada» cuando cesa en ella la actividad agraria es muy sospechoso. Otra, la pondría en línea con la política de jubilación de agricultores que marca la directriz 160/72 de la CEE. Si atendemos a la discusión parlamentaria, especialmente, a la de las enmiendas 101, 154 y 157 presentadas por el Grupo Socialista en el Congreso, y que, por cierto, fueron rechazadas, esta lectura será la correcta. Ahora bien: si se pretende con tales palabras nada menos que llevarnos a una política de jubilación anticipada de agricultores, la enorme trascendencia moral, social y económica de la empresa merecería algo más que esta mención subrepticia.

b) Las proporcionadas por la aplicación de la Ley de Fincas Manifiestamente Mejorables. De los artículos 1.º, 7.º y 10 de la citada ley de 16 de noviembre de 1979 resulta la posibilidad de instalar agricultores jóvenes en las tierras expropiadas. Aquí no procede examinar estos preceptos, sólo indicar que, en la actualidad, la política que se lleva a cabo en orden a la aplicación de la ley, no va por el camino de fomentar las expropiaciones.

c) De las que «pudiera adquirir el Estado en virtud de los procedimientos arbitrados en el capítulo III del título II». Entiendo esta referencia hecha al apartado F) del capítulo III, que trata del derecho de adquisición preferente, pero que no está situado en el título II, ni en el I, ni en ningún otro, porque la ley no está dividida en títulos.

Hay que tener en cuenta:

1.º Que sólo procedería el tanteo o el retracto en el caso de enajenación a título oneroso de la explotación, posibilidad más que dudosa.

2.º El Estado sólo puede ejercerlos si no los han ejercido los titulares de derecho de reembolso.

3.º El Estado es un mal retrayente; las leyes están llenas de retractos en favor del Estado, pero la realidad, prácticamente vacía.

Las fuentes que habrían de aportar las tierras al Estado, para su posterior paso a los agricultores jóvenes, están, pues, completamente secas.

Además de la instalación directa, cabe la ayuda del Estado para la adquisición de tierras (párrafo *b*) del art. 54) y las ayudas y créditos a que se refieren el párrafo *c*) del mismo artículo y el artículo 56.

No hay en la ley, y es lógico que así sea, ninguna cuantificación de estas ayudas y créditos. Tendrán que salir del presupuesto; es de temer que la escasa presión que hoy pueden ejercer los agricultores determine que los fondos destinados sean insuficientes. Y una política como la que pretende esta ley, para ser eficaz, tiene que ser necesariamente costosa (17).

Habría que preguntar por qué la ley que pretende ser tan ambiciosa no ha intentado algún procedimiento para llevar capital privado al campo, en línea, por ejemplo, con los GFA del Derecho francés.

LA EXPLOTACIÓN FAMILIAR Y EL REGISTRO

CORRAL DUEÑAS nos dice (18): «es preciso afirmar que no cabe pensar en una ordenación del campo si no se cuenta con una base jurídica sólida que facilite la movilidad del valor de la tierra rústica y que haga a ésta idónea para toda operación crediticia y, por otro lado, haga imposible o muy difícil todo intento de disgregar la explotación eficiente conseguida. Una inscripción registral fuerte es el pilar fundamental al que debe tenderse». Y más adelante, al tratar de la inscripción de las explotaciones: «En principio, parece hasta un poco herético plantear esta posibilidad en un sistema hipotecario como el nuestro, donde el Registro gira en torno a la unidad básica o fundamental constituida exclusivamente por la finca».

Cierto que el Registro está pensado para la finca normal, pero los principios tradicionales van quebrando ante los conceptos de finca discontinua y finca funcional; y hoy la Ley Hipotecaria permite en el número 2.º del artículo 8.º que «se inscribirá como una sola finca, bajo

(17) Ver EDWARD MALEFAKIS: *Reforma Agraria y revolución campesina en la España del siglo XX*. Insiste en la necesidad de amoldar las reformas agrarias a los medios económicos de que puedan disponerse.

(18) CORRAL DUEÑAS: «La agricultura de grupo en el Registro de la Propiedad», *Revista de Estudios Agro-Sociales*, julio-septiembre 1979.

un mismo número, toda explotación agrícola, con o sin casa de labor, que forme una unidad orgánica, aunque esté constituida por predios no colindantes; y el precepto lo desarrolla el Reglamento Hipotecario en su artículo 44.

Las posibilidades que estos artículos, junto con una muy elaborada doctrina, ofrecen para la inscripción de la explotación familiar son evidentes; sin embargo, la ley que comentamos se olvida de ello.

La rúbrica del capítulo VII, «inscripción registral», resulta esperanzadora, pues si la ley se ocupa de la explotación familiar, parece lógico pensar que la inscripción registral sería también de ésta. Pero no es así: en ningún momento la ley trata de la inscripción de la explotación, sino de la de los inmuebles que la componen.

El Registro, órgano de publicidad, de garantía, de seguridad, es una buena piedra de toque para constatar la consistencia de las relaciones jurídicas de las instituciones; y en este caso, el propio legislador ha comprendido, que la explotación familiar que pretende construir carece de la consistencia necesaria para tener acceso al Registro.

Las normas concretas que encontramos son: el artículo 68, que se refiere a la inmatriculación o constancia del exceso de cabida de cualquiera de los bienes inmuebles integrantes de la explotación; artículo que en su párrafo segundo hace una referencia a los «documentos previstos en el artículo 4.º», siendo así que este artículo no menciona ninguna clase de documentos. Y el artículo 69 que regula minuciosamente un acta de notoriedad para la reanudación del tracto registral interrumpido. Acta muy semejante a la del artículo 203 de la Ley Hipotecaria, aunque con novedades de interés, y entre ellas, la no necesidad de aprobación judicial.

De todas formas no se ve la utilidad de introducir estos nuevos expedientes cuando hubieran bastado, como señala VELASCO FERNÁNDEZ leves retoques de los ya existentes (19).

Fuera de este capítulo VII encontramos normas de interés registral, y entre ellas, especialmente:

a) El artículo 10, que dice en su párrafo 2.º: «los referidos documentos serán suficientes por sí para practicar en el Registro de la Propiedad nota marginal de afección de los bienes y derechos integrantes de la explotación que constan inscritos, en garantía de los beneficios obtenidos y de las obligaciones exigidas en el artículo siguiente».

b) El párrafo 2.º del artículo 32, que habla de la hipoteca legal en favor de herederos forzosos.

(19) VELASCO FERNÁNDEZ: Comunicación presentada en el Seminario de Valladolid.

c) El artículo 59, que permite el acceso al Registro del documento en que se formalice la concesión de beneficios económicos.

De estos artículos resulta la entrada en el Registro de títulos expedidos por el Ministerio de Agricultura cuyos requisitos de forma y fondo no se precisan. El citado VELASCO FERNÁNDEZ, con respecto a esta clase de títulos dice: «con los medios que la Ley y el Reglamento Hipotecario vigentes nos ofrecen, podemos dotar de una categoría muy superior a la explotación familiar agraria, o a la empresa en general, que con los títulos administrativos creados por el proyecto de ley».

Antes de terminar me referiré, porque tiene mucho interés, a la *disposición final primera*. Una interpretación creo que no demasiado forzada de la misma, nos llevaría a poder prescindir de la ley, al menos en sus aspectos sucesorios y patrimoniales más conflictivos. Literalmente dice «la aplicación de las disposiciones de este Estatuto tendrá carácter supletorio respecto de las normas, específicas en la materia, de los derechos civiles, forales o especiales y de las dictadas por las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias».

Por tanto, si el Derecho civil común, el Foral, o el que nazca de las Comunidades Autónomas contiene «normas específicas en la materia» la ley sólo tendrá aplicación supletoria. Saber cuáles son esas normas es la clave; y creo que existen ya en el Código Civil, en la Legislación Hipotecaria, y en las Regiones Forales. Y existirán pronto, temo que con profusión, en las Comunidades Autónomas.

CONCLUSION

La ley es congruente con la que yo pienso que será una línea evolutiva de la Humanidad en las próximas décadas: recuperar el medio rural y lo que sus valores —eclipsados por la presión de la sociedad de consumo, pero no extinguidos— representan. Pero no ha sabido buscar en la realidad los instrumentos necesarios; y una ley, sobre todo una ley para el campo, tiene que conectar con la realidad viva.

Termino con esta cita, aunque suene un poco a decimonónica, lo que no es de extrañar, pues la palabras fueron pronunciadas en 1908 por JOAQUÍN ALMEDA (20): «Los empeños del labrador que arroja la semilla en campo pedregoso y tierra estéril, son ejemplo adecuado de los del

(20) JOAQUÍN ALMEDA: «La costumbre como fuente del Derecho», *Revista Jurídica de Cataluña*, tomo XIV. Citado por JUAN VALLET en *Plenitud y equilibrio en las antiguas fuentes del Derecho Foral*.

legislador que establece leyes inconvenientes y contrarias a los usos y prácticas del pueblo: pierde aquél la semilla y el trabajo, porque ni la primera arraiga, ni el segundo la hace productiva; la tierra resiste invenciblemente, agotando las fuerzas y el ingenio del insano, que a la postre ha de reconocer su impotencia».

JURISPRUDENCIA

I. Resoluciones y sentencias

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

Por JUAN MANUEL REY PORTOLÉS

REGISTRO DE LA PROPIEDAD

SON INSCRIBIBLES LAS MUTACIONES JURÍDICO REALES DERIVADAS DE UNA ESCRITURA DE CAPITULACIONES MATRIMONIALES POSTNUPCIALES, AUNQUE UNO DE LOS ESPOSOS, POR CONFLICTO MÓVIL, QUEDE SOMETIDO A UN ORDENAMIENTO (EN EL CASO, EL VENEZOLANO) QUE NO LAS ADMITA, SI LAS AUTORIZA, EN CAMBIO, LA LEY PERSONAL DEL OTRO CÓNYUGE. INTERPRETACIÓN COHERENTE DE LOS DOS INCISOS DEL ARTÍCULO 9.5 DEL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO CIVIL.

Resolución de 7 de diciembre de 1981 (B. O. del E. de 4 de enero de 1982).

Excmo. Sr.: En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Tacoronte, don Juan Antonio Pérez Giralda, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de La Laguna, a inscribir una escritura de capitulaciones matrimoniales;

Resultando que por escritura autorizada por el Notario de Tacoronte, don Juan Antonio Pérez Giralda, el día 9 de agosto de 1980, los esposos don Juan Cabrera Alonso, súbdito venezolano por naturalización desde el 29 de agosto de 1978, y doña Eulalia de la Cruz Labrador, española, procedieron al otorgamiento de capitulaciones matrimoniales; que, según resulta de la referida escritura, los comparecientes habían contraído matrimonio

el día 24 de abril de 1942, en la villa de La Orotava, siendo ambos de nacionalidad española;

Resultando que presentada copia de la anterior escritura en el Registro de la Propiedad, fue calificada con nota del siguiente tenor literal: «Denegada la inscripción del presente documento, por adolecer del defecto que se califica de insubsanable siguiente: Resultando de los antecedentes de este Registro, que don Juan Cabrera Alonso era de nacionalidad española y hoy día, de la comparecencia de la escritura, ser súbdito venezolano, la posible modificación del régimen económico matrimonial estará supeditado a lo establecido en el párrafo (sic en el *B.O.E.*) del artículo 9 del Código Civil. Y aun partiendo de la más benévola interpretación de dicho precepto, cual es el no entender que tal modificación está supeditada a que la nueva Ley Nacional haya de ser común a ambos cónyuges, resulta evidente que habiendo cambiado de nacionalidad el marido, el cambio de su régimen económico matrimonial no ha de ser impedido por su nueva Ley Nacional. Y resultando de certificación que se aporta, expedida por el Cónsul general de la República de Venezuela en Santa Cruz de Tenerife, que, conforme al artículo 144 del Código Civil de dicha República, la validez de las capitulaciones matrimoniales modificativas está supeditada a su otorgamiento o mejor registración antes de la celebración del matrimonio, es evidente la nulidad de lo pactado en el precedente documento. La Laguna, 3 de octubre de 1980»;

Resultando que por el Notario autorizante de la escritura se interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que en el presente supuesto han de destacarse los siguientes hechos: 1) que los esposos ostentaban la nacionalidad española al tiempo de contraer matrimonio; 2) que la esposa sigue ostentando sin variación dicha nacionalidad; 3) que las relaciones patrimoniales del citado matrimonio se rigen por la Ley española, que fue la del marido en el momento de la celebración de aquél y la última común de los esposos, y 4) que los bienes objeto de la escritura cuya inscripción se deniega están sitos en España; que la admisibilidad de las capitulaciones matrimoniales —teniendo diferente nacionalidad los esposos— viene condicionada, según el vigente artículo 9, 3.º, del Código Civil, a su admisión por la Ley de uno de los dos esposos, el marido o la mujer, admitiéndose, por tanto, las capitulaciones matrimoniales cuando lo autorice la Ley Nacional de cualquiera de los esposos; que la reforma del título preliminar del Código Civil pretendió con esta nueva regulación el favorecer el imperio de la voluntad y la validez de las capitulaciones, así como mejorar la situación de la mujer; que, a diferencia del supuesto de variación de la nacionalidad de los dos esposos, en el caso de modificación de la nacionalidad de uno solo de ellos, ha de venir regulado por el artículo 9, 3.º, en su primera parte, que permite con carácter general el otorgamiento de capitulaciones cuando lo permita la Ley del marido o la Ley de la mujer; que el tipo de conflicto móvil contemplado por el artículo 9, 3.º, del Código Civil es el relativo al cambio de estatuto personal de los dos esposos; que entender lo contrario supondría el desconocer que el pronombre relativo «su» está referido a «los cónyuges»; que sería un absurdo declarar la admisión de capitulaciones matrimoniales si lo autoriza cualquiera de las leyes nacionales del marido o de la mujer, para a continuación declarar su prohibición si están prohibidas por la Ley de uno solo de ellos, y, por último, habría que aceptar que el cambio de estatuto personal de uno solo

de los esposos —que puede no ser consentido o conocido por el otro— puede llegar a afectar al régimen económico del matrimonio; que en el supuesto del recurso, el otorgamiento de las capitulaciones no está amparado en una conexión anómala, sino que es la Ley permisiva —la española— la que regula las relaciones patrimoniales del matrimonio; que, en consecuencia, las capitulaciones matrimoniales son válidas por permitirlo la Ley española —artículos 1.315 y 1.320 del Código Civil—, que es aplicable según la norma del primer inciso del artículo 9, 3.º

Resultando que el Registrador de la Propiedad informó: que el primer párrafo del artículo 9, 3.º del Código Civil establece una regla general que es aplicable no sólo al supuesto de que los esposos tengan nacionalidad diferente, sino también cuando los esposos la tienen común; que tal regla general dispone para regular las relaciones patrimoniales del matrimonio dos conexiones: la primera consiste en el régimen pactado caso de ser éste admitido por la legislación personal de cualquiera de los cónyuges, y una conexión subsidiaria que se remite a la Ley reguladora de las relaciones personales entre los cónyuges; que la contradicción existente entre el primer párrafo y el segundo de dicho artículo 9, 3.º, ha llevado a la doctrina a sostener las más variadas posturas, siendo de destacar las tres siguientes: 1.ª Aquella que entiende que el principio de inmutabilidad sólo es aplicable al supuesto de régimen económico matrimonial pactado, mientras que si se tratase de régimen legal supletorio se aplicaría la regla del cambio automático cuando se adquiere una nueva nacionalidad común por ambos cónyuges. 2.ª Aquella que sostiene que tanto si el régimen económico es pactado como si se (sic en el *B.O.E.*) rige el legal supletorio, ha de aplicarse el principio de la inmutabilidad con la salvedad que el propio precepto admite, es decir, que para poder efectuar el cambio de régimen, se requerirá que exista cambio de nacionalidad, acuerdo entre los cónyuges y admisibilidad o ausencia de prohibición por la nueva Ley Nacional. 3.ª Aquella que entiende que ya ha sido superado el dogma de la inmutabilidad del régimen económico matrimonial y, por tanto, al no distinguir el artículo 9, 3.º, el momento en que pueden otorgarse las capitulaciones que se permite en el primer párrafo, es posible que tal pacto tenga lugar antes o después de la celebración del matrimonio con posibilidad, pues, de modificar el régimen preexistente, tanto legal como pactado, aunque si bien unos autores admiten la posibilidad de cambio de régimen por variación de la nacionalidad de uno de los cónyuges, si lo permite cualquiera de las leyes personales, otros autores se inclinan en este supuesto por tener en cuenta la Ley Nacional adquirida; que, a juicio del informante, la correcta interpretación puede averiguarse a través de la trayectoria legislativa del actual artículo 9, 3.º, del Código Civil, y así puede señalarse que —aparte del precedente permisivo del Código Civil italiano de 1942— el anteproyecto de reforma elaborado en el año 1944 seguía fielmente el principio de la inmutabilidad, que ya en el año 1962 el proyecto de reforma del título preliminar admite la posibilidad del cambio de régimen económico matrimonial, y que el proyecto de 1965 y la Ley de Bases de 17 de marzo de 1973 señalaban que «el cambio de nacionalidad no alterará el régimen económico matrimonial salvo que así lo acuerden los cónyuges conforme a su nueva Ley Nacional común», redacción que es idéntica a la formulada por el Decreto de 3 (sic en el *B.O.E.*) de mayo de 1974, con la salvedad de que

se ha sustituido el término «conforme» por el de «no impedimento» y habiéndose suprimido la exigencia de la Ley Nacional común; que ante los precedentes del actual artículo 9, 3.º, podría entenderse que su párrafo primero viene referido al régimen inicial del matrimonio y distinguiendo según existan o no capitulaciones prematrimoniales, y el segundo párrafo vendría referido a la modificación de dicho régimen inicial, que sólo se admitiría dentro de los límites que el propio precepto señala; que, en definitiva, aun dando al precepto la interpretación más amplia relativa a la admisión de capitulaciones matrimoniales en todo caso y momento, en el supuesto de cambio de nacionalidad había de cumplirse la exigencia legal de ausencia de veto por la nueva Ley Nacional; que, por último, en caso de prosperar la tesis del recurrente, debe exigirse la prueba del momento en que se produjo la naturalización como venezolano de don Juan Cabrera Alonso para determinar las consecuencias que pudieran haberse derivado en orden a la nacionalidad de su esposa, pues caso de haber seguido la nacionalidad del marido, el propio recurrente reconoce la imposibilidad de la convención capitular;

Resultando que el Presidente de la Audiencia Territorial de Las Palmas acordó para mejor proveer que se aportase al recurso el documento acreditativo del cambio de la nacionalidad de don Juan Cabrera Alonso y de su fecha, y resultando del documento aportado —una constancia expedida por el Director de Control de Extranjeros del Ministerio de Relaciones Interiores de la República de Venezuela— que a don Juan Cabrera Alonso le fue concedida la nacionalidad venezolana por naturalización publicada en la *Gaceta Oficial* de dicha República de fecha 29 de agosto de 1978; que el Registrador de la Propiedad manifestó —a efectos de calificación— que estimaba dicho documento como suficiente al objeto de acreditar que la naturalización se produjo con posterioridad a la Ley de 2 de mayo de 1975, con lo que la misma no afectó a su esposa, que conservó su nacionalidad;

Resultando que el Presidente de la Audiencia dictó auto por el que se confirmaba la nota del Registrador, alegando análogos fundamentos a los señalados por aquel funcionario;

Vistos los artículos 9, 3.º; 21, y 1.320 y 1.322 (redacción anterior a la Ley de 13 de mayo de 1981) inclusive del Código Civil;

Considerando que contraído matrimonio el día 24 de abril de 1942, siendo ambos cónyuges españoles, y naturalizado venezolano el marido el 29 de agosto de 1978, la cuestión que plantea este expediente es la de decidir acerca de si es inscribible una escritura de capitulaciones matrimoniales en la que los esposos disuelven y liquidan la sociedad legal de gananciales y se adjudican los bienes de la misma, a la vez que se pacta para el futuro el régimen de separación;

Considerando que el cambio producido en nuestra legislación interna, al modificarse el Código Civil por la Ley de 2 de mayo de 1975 y sustituir en el entonces artículo 1.320 el principio de inmutabilidad de las capitulaciones matrimoniales por el de la posibilidad de su alteración, incide en la interpretación que ha de hacerse del artículo 9, 3.º, también reformado poco antes por la Ley de 1973 y que regula la cuestión relativa a las relaciones patrimoniales de los esposos en el campo del Derecho internacional privado;

Considerando que el artículo 9, 3.º, del Código Civil, en su primera parte,

prevé la norma de conflicto para las relaciones patrimoniales en el caso de que la nacionalidad de los esposos sea diferente, e indica que si cualquiera de las leyes nacionales de uno de los cónyuges lo permite, se puede pactar entre ellos las correspondientes capitulaciones matrimoniales, y sólo en defecto de pacto se regirán estas relaciones patrimoniales por la misma Ley que las relaciones personales;

Considerando que la anterior disposición aparece establecida con un carácter general, por lo que, en principio, hay que entender comprendida en su texto lo mismo las capitulaciones otorgadas antes del matrimonio, como las posteriores, con independencia de si su nacionalidad actual es originaria o derivativa, ya que la Ley no distingue en estas materias y solamente exige que tal pacto esté permitido por la Ley Nacional de cualquiera de los esposos;

Considerando que no es obstáculo a lo anterior la norma contenida en el inciso final del repetido artículo 9.3 del Código Civil, que se refiere únicamente al supuesto derivado del cambio de nacionalidad de los dos esposos —lo que aquí no ha sucedido—, y sin que se deba extender su contenido a supuestos distintos, como lo prueba no sólo una interpretación gramatical dados los términos literales del precepto referido a los «cónyuges», sino también una interpretación lógica, ya que de extenderse su contenido a más supuestos del indicado, dicho precepto sería contradictorio al permitir la celebración de las capitulaciones si lo admite una de las legislaciones aplicables y, a la vez, prohibirlas si lo impide una sola de ellas;

Considerando que, en consecuencia, adquirida la nacionalidad venezolana por el marido y subsistiendo la nacionalidad española en la mujer, al permitir nuestra legislación la modificación de las capitulaciones matrimoniales incluso después del matrimonio, basta esta circunstancia para que puedan los interesados realizar el acto discutido y ser reconocida su validez en el Derecho español, con independencia de lo que pueda ordenar el Derecho venezolano.

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

COMENTARIO.—I. La presente Resolución ha venido a aclarar un aspecto marginal del desafortunado artículo 9.3' de nuestro Código Civil, en la versión que le dio el Decreto legislativo 1836/1974, de 31 de mayo, en ejecución de la Ley 3/1973, de 17 de marzo, de Bases para la modificación del Título Preliminar de aquel Cuerpo legal. Y digo que sólo despeja un aspecto marginal porque de sus considerandos únicamente cabe deducir cuál es el supuesto de hecho de la proposición segunda del aludido artículo 9.3 y, en cierta medida y por antítesis, cuál es el de la proposición primera de dicho párrafo. Pero, en cambio, cuidadosamente esquivo pronunciarse sobre el alcance general de la regla de conflicto contenida en el artículo 9.3 y, por remisión, de la que anida en el artículo 9.2; y eso que dicho alcance general dista mucho de ser claro o diáfano.

En efecto, el apartado 2 del artículo 9 establece que: «*Las relaciones personales entre los cónyuges* (y no es cuestión de precisar ahora este concepto de 'relaciones personales') *se regirán por su última* (subrayo lo de última) *(ley nacional común durante el matrimonio y, en su defecto, por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración.*» De donde cabe deducir, en un primer análisis de esta regla conflictual, que siempre que

los esposos, simultánea o sucesivamente, ostenten durante su matrimonio una misma nacionalidad, ésta será la que rija las relaciones personales de su enlace; relaciones cuya regulación irá variando en la medida en que lo hagan las leyes personales (= nacionales: cfr. art. 9.1 del Título Preliminar) de los contrayentes, siempre que su respectiva mutación les haga confluír en una ley nacional común. Esta variabilidad de la norma aplicable a las relaciones personales conyugales parece que es una consecuencia obligada del adjetivo «última», que califica a la primera ley declarada competente por la referida regla de Derecho internacional privado. Sólo cuando los cónyuges hayan permanecido, durante todo su enlace, ostentando leyes personales diversas, de tal manera que se pueda afirmar que nunca han gozado de una última (ni primera) ley nacional común, entra en juego la norma conflictual de segundo grado, que remite, un tanto discriminatoriamente, a la ley personal del marido al tiempo de la celebración.

Pues bien, para las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, el artículo 9.3, proposición primera, establece una ley aplicable idéntica a la que acabo de indicar para las relaciones personales, aunque sólo «a falta o por insuficiencia de capitulaciones permitidas por la ley de cualquiera de ellos». Eso significa que si las relaciones personales se rigen por dos reglas de conflicto: 1.ª, por la última ley nacional común (variable), y 2.ª, por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración del matrimonio, las relaciones patrimoniales se reglamentan por tres, a saber: con carácter previo, por las capitulaciones que hubieren convenido los cónyuges al amparo de la ley personal de cualquiera de ellos (y dentro de los límites por ella permitidos), y sólo a falta o por insuficiencia de esta norma de primer grado, se pondría en funcionamiento la remisión a las de segundo y tercer orden antes dichas. Y eso significa también que las relaciones patrimoniales entre los cónyuges (sin entrar ahora tampoco a delimitar ese concepto) cambiarán de regulación si las leyes personales de ambos varían, al unísono o sucesivamente, hacia otra ley nacional, que sería entonces la última común; por lo menos, así parece forzoso concluirlo (cuando no entre en juego la ley capitular) de la remisión efectuada desde el artículo 9.3 al 9.2 del Título Preliminar. Pero he aquí que, a renglón seguido, el apartado 3 de ese artículo 9 sigue diciendo, a pesar de lo que acabo de deducir, que: «El cambio de nacionalidad no alterará el régimen económico matrimonial, salvo que así lo acuerden los cónyuges y no lo impida su nueva ley nacional». ¿Cómo se puede afirmar que las relaciones patrimoniales interconyugales mutarán de normativa si las leyes personales de los cónyuges varían uniformemente, y decretar acto seguido que dicha variación de nacionalidades no alterará el régimen económico matrimonial? ¿No se trasluce una aparente contradicción entre las proposiciones primera y segunda del artículo 9.3 de nuestro Título Preliminar?, contradicción, además, de enorme trascendencia no sólo en el ámbito del Derecho internacional privado, sí que también en el del interregional, regido por las mismas normas de colisión (art. 16.1 del Título Preliminar), pero con la agravante de que en éste siempre hay *ex necesse* una última ley nacional común, a la vista de lo que preceptúa el artículo 14.4 del Título Preliminar (1).

(1) Siempre que no se descalifique esa norma del artículo 14.4 como contraria al principio de igualdad de los cónyuges consagrado por nuestra vigente Constitución, tanto por el artículo 32.1 («El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica») como por el artículo 14 («Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por ra-

Pues bien, como decía al principio, esa cardinal cuestión de nuestro artículo 9.3 no ha querido ser resuelta por el Centro Directivo, a pesar de que algunos pasajes del informe del Registrador le ofrecían cierto pie para ello. Al contrario, con evidente precaución, por lo demás comprensible, se ha limitado a resolver el supuesto de hecho sometido a su consideración, dejando en la penumbra cuál es su criterio para resolver la contradicción (ya he anticipado que aparente) a que acabo de aludir.

Por eso y antes de intentar resumir lo que me parece el estado de la cuestión acerca del problema —para mí— básico del artículo 9.3, voy a esquematizar la doctrina que cabe inferir de la presente Resolución.

II. El supuesto de hecho viene sintetizado en los resultandos primero, segundo y quinto, y aún más en el primer considerando. Se trataba de un matrimonio de españoles contraído en La Orotava el 24 de abril de 1942, en el que el marido obtuvo muy posteriormente (2), y desde luego parece

zón de sexo... o cualquier otra condición o circunstancia personal...»). Al tema de la posible eficacia derogatoria inmediata de nuestra Constitución me he referido in extenso en la nota 19 de mi trabajo «Comentario a 'vuela pluma' de los artículos de Derecho sucesorio (cuatro más) reformados por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio», aparecido en esta misma Revista en el núm. 533, correspondiente a noviembre-diciembre de 1982, págs. 1545 a 1558. A los datos y bibliografía que allí expuse sólo cabe añadir la importante doctrina que se destila de la reciente Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional núm. 80/1982, de 20 de diciembre, dictada en el recurso de amparo núm. 160/1982 (Boletín Oficial del Estado de 15 de enero de 1983, Suplemento al núm. 13), que ha reconocido incluso retroactividad de tipo medio a nuestra Norma Fundamental, a diferencia de lo que no se atrevió a decidir la Sentencia del mismo Tribunal de 1 de junio de 1981, según expuse en la nota referida. En el reciente fallo a que ahora aludo (ponente FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE) se declararon nulas sendas sentencias del Tribunal Supremo y de la Audiencia Territorial de Sevilla, que, en una pretensión de reconocimiento de filiación natural, no habían estimado derogado el primitivo artículo 137 del Código Civil, el cual al establecer un plazo para el ejercicio de la acción de estado distinto y discriminatorio respecto al previsto en el también originario artículo 118 en orden a la reclamación de filiación legítima, adolece de inconstitucionalidad sobrevenida por contrario al artículo 14 de la vigente Constitución, ¡incluso aunque la demanda en primera instancia se hubiera interpuesto antes de la entrada en vigor de nuestra actual Ley de leyes! No creo que la audacia del Supremo Órgano interpretativo de la Constitución llegase al extremo de declarar inconstitucionales las normas de Derecho internacional privado e interregional que utilicen un punto de conexión discriminatorio por razón de sexo, como las de los artículos 9.2 y 14.4 del vigente Título Preliminar, entre otras cosas porque se originaría un vacío jurídico integrable sólo al arbitrio de cada intérprete, con la consiguiente inseguridad normativa, en contra de lo que garantiza el artículo 9.3 de la propia Ley Fundamental, pero... Ya en fase de corrección de pruebas ha aparecido un comentario, acaso excesivamente crítico, de esta Sentencia a cargo de FERNANDO FERNÁNDEZ DE BOBADILLA en el Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada, núm. 26 de la 2.ª época, correspondiente a febrero de 1983, págs. 154 a 166. El aspecto más vulnerable del fallo, a mi modo de ver, estriba en que no se puede declarar la inconstitucionalidad (sobrevenida) del artículo 137 antiguo del Código Civil sin impugnar también la legitimidad de la Disposición transitoria séptima de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que viene a convalidar temporalmente a aquél cuando establece que: «Las acciones de filiación SE REGISTRAN EXCLUSIVAMENTE por la legislación anterior cuando el progenitor cuestionado o el hijo hubiere fallecido al entrar en vigor la presente Ley». Sólo que como la Ley 11 ya es posterior a la Constitución, si algún precepto de aquélla contradice el derecho a la igualdad de filiaciones reconocido por ésta (desde el momento en que ordena subsistir transitoriamente sus discriminatorios dictados), esa inconstitucionalidad de ley posterior sólo puede declararla el Pleno del Tribunal Constitucional y no una de sus Salas concededoras del amparo (art. 55.2 de la L.O.T.C.).

(2) La Dirección da como fecha de la naturaleza en su considerando primero la del 29 de agosto de 1978, cuando del resultando quinto se deduce que lo que se produjo en esa fecha fue la publicación en la *Gaceta Oficial* de la República de Venezuela de la previa concesión de la nacionalidad. Haría falta conocer con todo pormenor la legislación venezolana para saber si aquella publicación en el *Diario Oficial* tiene para ella carácter constitutivo de la nueva ciudadanía o sólo un alcance de mera publicidad-noticia como lo guarda para nosotros en el caso del párrafo segundo del artículo 223 del Reglamento del Registro Civil. Pero, en todo caso, es de suponer que aunque la nacionalidad venezolana se hubiera alcanzado antes o al margen (v. gr., mediante su inscripción, como entre nosotros, en el Registro Civil) de su difusión en el periódico oficial, cronológicamente no distaría mucho de la que le atribuye, acaso con pleno conocimiento de causa, el Centro Directivo. Obsérvese con qué cautela se pronuncia el Registrador cuando confirma su calificación, anómala ya en el trámite de apelación, diciendo que a la vista del documento expedido por el Director de Control de extranjeros del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Venezuela lo estima suficiente al objeto de acreditar que la naturalización se produjo *con posterioridad* a la Ley de 2 de mayo de 1975. Cabe observar de paso que la manifestación extemporánea del Registrador acerca de ese nuevo documento unido al expediente para mejor pro-

que después de la entrada en vigor de nuestra Ley 14/1975, de 2 de mayo, la naturalización como súbdito venezolano. El 29 de agosto de 1980 otorgaron escritura de capitulaciones, en la que disolvieron y liquidaron la sociedad de gananciales que hasta entonces había regido su enlace y pactaron para el futuro el régimen de separación. Pero he aquí que, según el artículo 144 del vigente Código Civil de Venezuela de 1942, cuya tercera edición oficial es de 16 de julio de 1943 (3), los esposos no pueden por su propia voluntad modificar contractualmente su régimen matrimonial *después de celebrado* el matrimonio.

Y entonces surge la discrepancia interpretativa de nuestra norma de conflicto:

1. Interpretación del Registrador (secundada por el Presidente de la Audiencia): Aquél en su nota sostiene que aun partiendo de la interpretación más benévola posible de la proposición segunda del artículo 9.3 de

veer ex artículo 124 del Reglamento hipotecario, no supuso la adición de un nuevo motivo de denegación reprobado por el artículo 127 de dicho Reglamento, sino simplemente la confirmación de un «cabo suelto» que se había dado por supuesto en una calificación difícil y cuya presentación, además, en el Registro —como dice el art. 124 citado— no era «necesaria para la inscripción denegada» por lo menos desde la interpretación del Registrador, ya que no desde la sostenida por la Dirección. En efecto, si para aquél la proposición segunda del artículo 9.3 del T. P. impide las capitulaciones matrimoniales otorgadas por persona que ha devenido nacional de un Estado que las veta absoluta o postmatrimonialmente, es indiferente que el otro cónyuge le haya seguido o no a la nueva ciudadanía prohibitiva, en cambio, si dicha proposición segunda sólo opera —como entiende la Dirección— cuando han convalidado hacia la legislación impeditiva los dos cónyuges, es evidente la trascendencia que para ella encerraba el documento aportado. Extraña, por tanto, que se anticipase a su solicitud el Presidente de la Audiencia para, en definitiva, fallar como el Registrador, y resulta lógico, en cambio, que no lo hubiese aportado *motu proprio* el Notario recurrente para robustecer su hermenéutica, que fue la secundada en última instancia, toda vez que él ya había hecho constar —parece— en la comparecencia ex artículo 161 del Reglamento Notarial que doña Eulalia de la Cruz Labrador era española. No se me antoja práctica de recibo para los instrumentos autorizados después (sobre todo bastante después) de la entrada en vigor de la Ley de 2 de mayo de 1975 (*ítem* más para los ulteriores a la Ley 51/1982, de 13 de julio, sobre nacionalidad) que deba un cónyuge, singularmente la esposa, ir justificando que no se vio arrastrado hacia la ciudadanía del otro, al contrario, ese efecto debe presumirse del artículo 21, 2 anterior o del 22.4.º actual, pues de no ser así y extremando los supuestos todo compareciente debería acreditar que no perdió (hecho negativo) la ciudadanía española durante su menor edad por haberla perdido entonces el titular de su patria potestad (art. 23.3.º anterior), incluso aunque el negocio se otorgue después de la entrada en vigor de la Ley 51/82 y, por tanto, del actual artículo 25.

En cambio, un verdadero «cabo suelto» que del supuesto no aparece que se atara del todo es el de si don Juan Cabrera Alonso había perdido para nuestro derecho interno la nacionalidad española, conforme al párrafo segundo del anterior artículo 22 del Código Civil, y aún más, si se había inscrito tal pérdida de acuerdo con el artículo 232 del R. R. C. (versión del Real Decreto 3455/1977, de 1 de diciembre), a fin de desvirtuar la probable presunción del artículo 68 de la Ley de Registro Civil. Dada la fecha de su matrimonio (y acaso el hecho mismo de éste. cfr. Resolución de la D. G. R. y N., Servicio 4.º, de 19 de enero de 1979; *Anuario*, págs 473-4) se puede presumir que era plenamente capaz a estos efectos en 1978 y que no estaba sujeto al servicio militar en período activo; que hubiese residido fuera de España al menos durante los tres años inmediatamente anteriores, tampoco resulta improbable a la vista del conocido fenómeno sociológico de la emigración canaria a Venezuela (es una hipótesis). Resta en pie sólo el obstáculo de la posible falta de inscripción de la pérdida de la nacionalidad (art. 232 R. R. C.), pero como la nacionalidad de origen no es amparable bajo el artículo 2 de la Ley de Registro Civil y como la presunción del artículo 68 de la misma sólo tiene el alcance de los artículos 1.250 y 1.251, 1, del Código Civil, bien pudo considerarse que al manifestar el compareciente señor Cabrera que era venezolano, exhibiendo el correspondiente pasaporte, renunciaba a beneficiarse de la *praesumptio legis* de españolidad que le concedían nuestras leyes. De todas maneras insisto en que se trata de meras suposiciones más ante un flanco sobre el que guarda absoluto silencio la Resolución: acaso la pérdida de la nacionalidad española y hasta su inscripción estaban absolutamente en regla y comprobadas.

Pero, en fin, concluyo esta larga nota haciendo ver la diferente redacción de los artículos 160 y 161 del Reglamento notarial, de la que cabría deducir que la nacionalidad o regionalidad no se deberían hacer constar sólo por lo que «resulte de las declaraciones de los otorgantes», mas se trata de un espejismo que desvanece el artículo 187 del propio Reglamento, que habla de «vecindad» y a cuyos ponderados términos parece que hay que estar con seguridad al fedatario recurrente no le asiló ninguna duda sobre la nacionalidad venezolana del señor Cabrera.

(3) Publicada en *Información Jurídica* del Ministerio de Justicia, Madrid, años 1954, 1955, 1956 y 1957; la referencia en VICENTE L. SIMÓ SANTONJA: *Los regímenes matrimoniales en el mundo de hoy*, Ed. Aranzadi, págs 296 a 299. *Vide* bibliografía en JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS *Derecho civil español, común y foral*, 10.ª ed., tomo 1.º, vol. 1.º, Ed. Reus, Madrid, 1962, pág. 27.

nuestro Título Preliminar, cual sería el no entender que la posible modificación del régimen económico matrimonial está supeditada a que la nueva ley nacional haya de ser común a ambos cónyuges, resulta evidente que habiendo cambiado de nacionalidad el marido, el cambio de su régimen económico matrimonial no ha de ser impedido por su nueva ley nacional. En otras palabras, concede que puede cambiarse el régimen económico matrimonial de una pareja, aunque sea sólo uno de sus miembros el que mute de nacionalidad, pero en ese caso la posible modificación ha de estar autorizada o consentida por el nuevo ordenamiento. Posteriormente, en el Informe expone hasta tres posturas doctrinales en orden a la interpretación de nuestro artículo (posturas cuya paternidad, por más esfuerzos que he hecho, no he podido atribuir a ninguno de los autores que luego citaré) y parece adherirse a la variante segunda de la expuesta en tercer lugar, es decir, parece opinar que, dentro de aquella línea interpretativa que entiende que ya ha sido superado el dogma de la inmutabilidad del régimen económico matrimonial y que, por tanto, al no distinguir el artículo 9.3 el momento en que pueden otorgarse las capitulaciones permitidas por su primer párrafo, es posible que tal pacto tenga lugar antes o después de la celebración del matrimonio; pero en todo caso es preciso que, aunque sólo varíe la nacionalidad de uno de los cónyuges, la mutabilidad económico-matrimonial venga autorizada por la ley advenediza, en nuestro caso, por la venezolana. Cree encontrar apoyo para su tesis en la evolución histórica del precepto, a que luego me referiré (4), y, en fin, apunta que de prosperar la tesis del recurrente sería preciso justificar (aquí se excede el calificador, como expongo en nota 2) que la esposa de don Juan Cabrera Alonso no se vio arrastrada a la nueva nacionalidad de éste por imperativos, hay que suponer, o del primitivo artículo 22, redacción originaria, o del artículo 23.4.º, versión de la Ley de 15 de julio de 1954, porque de ser así, ni siquiera desde la interpretación del Notario sería registrable el negocio capitular; y hay que reconocer que en esto último se muestran conformes todas las instancias.

2. Postura del Notario recurrente: El fedatario autorizante comienza sentando cuatro hechos, de los cuales el segundo se hallaba a la sazón documentalmentemente indemostrado, pero podía y debía presumirse; el tercero invierte el orden de las razones por las que el Derecho español debe

(4) Aunque como lo hago a otro propósito, anticipo aquí que los antecedentes legislativos del artículo más bien juegan en contra de la tesis del Registrador y a favor de la del recurrente. En efecto, el párrafo segundo de la base cuarta, apartado 1 de la Ley 3/1973, de 17 de marzo, a la cual estaba obligado a ceñirse el texto articulado, rezaba: «*Las relaciones patrimoniales, a falta de capitulaciones permitidas por la ley de cualquiera de los cónyuges, se regirán por la misma ley que las relaciones personales. El cambio de nacionalidad no alterará el régimen económico matrimonial, salvo que así lo acuerden los cónyuges conforme a la nueva ley nacional COMÚN*», mientras que el Decreto legislativo sustituye este último inciso por el giro, no parece que conscientemente diverso, «*y no lo impida su nueva ley nacional*». Precisamente observando ese matiz ya se produjo en la doctrina una polémica muy próxima a la que ha resuelto la presente Resolución, pues sostuvo ANTONIO MARÍN LÓPEZ en *Los efectos del matrimonio* .., que citaré en la nota 10, que dado que la modificación sólo será posible de acuerdo con la nueva ley nacional común, según especificaba la Ley de Bases, «*si la adquisición de la nacionalidad por el marido no se transmite a la mujer, y no existe así ley común, no será posible alterar el régimen económico matrimonial*» (pág. 91), postura, como se ve, próxima a la del Registrador de nuestro caso y que nos permite comprender en qué probable sentido invoca éste los antecedentes legislativos, mientras que contraopinió JESÚS DELGADO ECHEVARRÍA en *Las relaciones patrimoniales* .., que reseñaré en la nota 21, que para él debía «*aceptarse un criterio distinto, admitiendo las capitulaciones postnupciales permitidas por la ley de cualquiera de los cónyuges según la regla general del apartado 3 del artículo 9 del Código Civil, a pr*» (pág. 45, nota 15). Como puede apreciarse, DELGADO apuntó ya la solución correcta en el supuesto que nos ocupa.

regir las relaciones patrimoniales del matrimonio en cuestión (5), y el cuarto parece querer cerrar el paso a cualquier reminiscencia doctrinal o jurisprudencial que pudiera intentar aducirse al amparo del torturante último inciso del artículo 1.325 originario del Código Civil. Expuesto lo anterior pasa a defender su tesis, según la cual, la proposición primera del artículo 9.3 contempla el supuesto de que las nacionalidades de los esposos sean diversas —como en nuestro caso—, hipótesis en la cual es posible pactar capitulaciones con sólo que lo autorice la ley de cualquiera de ellos; en tanto que la proposición segunda se refiere a un supuesto en que los dos esposos adquieren una nacionalidad derivativa, en cuyo caso sólo es posible alterar el régimen económico matrimonial de los cónyuges si no lo impide la nueva ley nacional de ambos. Y apoya su interpretación en los siguientes argumentos: 1) gramatical: el adjetivo posesivo (que no pronombre relativo) «su» del 9.3.2.º, se refiere morfológicamente al sustantivo «los cónyuges» acabados de citar; 2) sistemático: si la proposición primera del apartado 3 del artículo 9 autoriza un régimen convencional, aunque sea sólo la ley personal de uno de los cónyuges la que permita pactar capitulaciones, sería contradictorio que la proposición segunda del mismo apartado prohibiese inmediatamente esa misma posibilidad, y 3) lógico: de prosperar la interpretación del Registrador habría que aceptar que el cambio de estatuto personal de uno solo de los esposos —que puede no ser consentido o conocido por el otro— puede llegar a afectar al régimen económico del matrimonio, en el sentido —parece que hay que entender— de que un régimen hasta entonces mudable por convenio devenía inopinadamente inmodificable.

3. Doctrina de la Dirección General: Esta, después de centrar la cuestión en el considerando primero, prepara su solución afirmando en el segundo que el principio de mutabilidad (*post nuptias*, se entiende) de las capitulaciones introducido por la Ley de 2 de mayo de 1975 incide en la interpretación que ha de hacerse del artículo 9.3, reformado poco antes, no directamente por la Ley de 1973, como afirma el Centro Directivo, pero sí por el Decreto legislativo 1836 de 1974. De todas maneras no se ve muy claro el porqué de esa incidencia: ¿es que si en el Derecho común no se hubiera admitido la variabilidad postmatrimonial del régimen económico conyugal, se hubiera resuelto de otra manera? Situémonos en el periodo entre la entrada en vigor del Decreto de 31 de mayo de 1974 y la de la Ley de 2 de mayo de 1975, e imaginemos que habiéndose el esposo nacionalizado suizo, por ejemplo (6), la esposa hubiese seguido siendo española por no corresponderle adquirir la nueva ciudadanía de su consorte (artículo 23.4.º, versión 1954). ¿Se podría afirmar que frente al Derecho español no sería admisible, al amparo del artículo 9.3, aisladamente considerado, una escritura de capitulaciones en que los desposados de mi ejemplo hubiesen sustituido su originario régimen ganancial por el suizo de la unión de bienes? El artículo 9.3 —luego repasaré brevemente su génesis— fue un precursor del principio de mutabilidad capitular postmatrimonial, y para ese mérito, propio sólo entonces del ámbito iusinternacional privado, no necesitó el refuerzo de la Ley de 1975, que se limitó a propalarlo en el

(5) Pues afirma, según el resumen que de su escrito hace la Resolución, que «las relaciones patrimoniales del citado matrimonio se rigen por la Ley española, que fue la del marido en el momento de la celebración de aquél y la última común de los esposos», siendo así que ya sólo este segundo punto de conexión era necesario y suficiente para sentar la premisa que se pretendía.

(6) El artículo 179 del Código Civil suizo de 10 de diciembre de 1907 consiente que el contrato de matrimonio se otorgue antes o después de la boda.

ámbito del Derecho interno. De todos modos, el considerando segundo no pasa de ser un *obiter dictum* sin mayor trascendencia, en el que no vale la pena insistir.

Los considerandos tercero y cuarto ya se adentran en el fondo del asunto e interpretan, con valor de doctrina, la proposición primera del artículo 9.3. Según ellos, esa primera parte del precepto:

- prevé la norma de conflicto para las relaciones patrimoniales interconyugales en el caso de que la nacionalidad de los esposos sea diferente;
- y dada su generalidad, hay que entender comprendido en su texto lo mismo las capitulaciones otorgadas antes del matrimonio, como las posteriores;
- y además, con independencia de que la nacionalidad de los cónyuges sea originaria o derivativa.

Nada que objetar a estas dos últimas afirmaciones, sólidamente amparadas en el *ubi lex non distinguit...* Si, en cambio, parece algo gratuito el aserto inicial de que el artículo 9.3.1.º presupone para su operatividad como norma de conflicto la distinta nacionalidad de los cónyuges. Piénsese que si dos esposos foráneos de idéntica nacionalidad suscitan entre nosotros alguna controversia judicial o extrajudicial relacionada con su régimen económico matrimonial, el aplicador de la norma sería reconducido a la ley competente, a saber, la capitular o la común, precisamente por el artículo 9.3 del Título Preliminar, que de esta suerte no exige siempre disparidad de ciudadanías entre los cónyuges. No se olvide que el presupuesto para la aplicación del Derecho internacional privado, según la más autorizada doctrina (7), es el hecho de que una relación humana presente alguno de sus elementos personales, reales o formales vinculado con países distintos del de la *lex fori*: alguno sí, pero también todos.

El considerando quinto se aplica, en cambio, a precisar el supuesto de hecho del artículo 9.3, proposición segunda, que para el Centro Directivo se refiere únicamente al caso en que sean los dos esposos los que cambien de nacionalidad, en cuya hipótesis podrán alterar su régimen económico matrimonial, si así lo acuerdan y no lo impide la nueva ley nacional de ambos (8). Y cimenta esta exégesis en dos de los argumentos, los que califiqué de gramatical y sistemático, de los esgrimidos por el fedatario recurrente. En otras palabras, el conflicto móvil (9) que imagina el artículo 9.3.2.º, presupone para nuestra Dirección General que la movilidad del

(7) *Vide*, por todos, ADOLFO MIAJA DE LA MUELA: *Derecho internacional privado*, I, 8.ª ed., Atlas, Madrid, 1979, pág. 11.

(8) Los términos amplios en que se expresa este considerando permiten afirmar que para la Dirección General la nueva ley nacional de los esposos no es necesario que resulte común a ambos. Parece más bien que bastaría que sus respectivas ciudadanías fuesen, a la vez, derivativas y prohibitivas de los pactos postnupciales.

(9) La expresión «conflicto móvil», utilizada por el Notario recurrente, ha sido acuñada por los internacionalistas para designar al surgido por la mutación de algún punto de conexión de la relación jurídica controvertida, razón por la que abogan para que las reglas de Derecho internacional privado se formulen teniendo en cuenta la dimensión temporal, es decir, precisen en qué momento se ha de considerar el punto de conexión que conduce a la ley competente, *desideratum* del que son buen ejemplo los apartados 2 y 3 del artículo 9. *Vide* BARTIN —que fue el iniciador de la expresión— *Principes de Droit international privé d'après la loi et la jurisprudence française*, tomo I, París, 1930, págs. 28 a 31; MORRIS: «The Time Factor in the conflict of Law» (*The international and comparative Law Quarterly*, 1966, páginas 422 a 435), y RIGAUX: «Le conflit mobile en Droit international privé» (*R. de C.*, 1965, I, tomo 117, págs. 333 y ss.), todos ellos reseñados por mi llorado maestro MIAJA, *op. cit.*, pág. 451. Un examen de la figura y de su interrelación con los conflictos transitorios, que tienen lugar cuando es la legislación, además del punto de conexión, la que varía puede verse en JUAN VALLET DE GOYTISOLO y RAMÓN FRAGUAS MASSIP: «Conflictos móviles y conflictos transitorios en materia de regímenes matri-

punto de conexión afecte a los dos elementos personales de la relación cuestionada, es decir, a los dos esposos parte del régimen económico conyugal.

Y, en fin, el considerando sexto se limita a ser la conclusión, bien deducida, del silogismo iniciado en los tres anteriores: Si el supuesto de hecho encaja en la proposición primera del artículo 9.3, que admite las capitulaciones objeto de la calificación (considerandos tercero y cuarto), y no en la proposición segunda de dicho artículo, que las prohibiría (considerando quinto), es evidente la validez para el Derecho español del negocio celebrado, con independencia de lo que pueda ordenar el Derecho venezolano (considerando sexto).

La Resolución que como parece, pues, no sólo acertada, sino bien construida, prescindiendo de insignificantes matices o expresiones que ya he señalado. El problema sometido a su consideración lo resuelve con justeza, y de paso delimita los supuestos de hecho de los dos incisos del artículo 9.3 de nuestro Título Preliminar (con más nitidez el de la proposición segunda que el de la primera, todo sea dicho). Mas, como apuntaba al comienzo, deja conscientemente en la sombra el otro problema derivado de la remisión desde el apartado 3 al apartado 2 del artículo 9.

III. Yo, en cambio, creo que este comentario resultaría incompleto si no abordase brevemente cuál es el estado de la cuestión a este respecto, aludiendo para ello a los siguientes extremos:

A) Génesis histórica de los actuales apartados 2 y 3 del artículo 9 del Código Civil.

1. Antecedentes del apartado 2.—Para antecedentes más remotos o de otra índole (Partidas, Sentencias de 20 de octubre de 1954 y 29 de septiembre de 1956, Derecho comparado, etc.) recomiendo la lectura de los trabajos de ANTONIO MARÍN LÓPEZ (10) y de MARTIANO AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO (11). A mí sólo me interesa destacar que:

— En el anteproyecto de reforma del Código Civil, preparado por la Comisión General de Codificación en enero de 1944 (12), su artículo 8 establecía que: *«Las relaciones personales y económicas entre cónyuges se regirán por la ley nacional del marido al contraer matrimonio. El cambio posterior de nacionalidad afectará a las relaciones personales únicamente si se produjo por voluntad expresa de ambos...»* (párrafo segundo).

moniales», ponencia presentada al VII Congreso Internacional del Notariado Latino, México, 1965, inserta dentro de la obra editada por la Junta de Decanos de los Colegios Notariales que recoge todas las presentadas por el Notariado español a los congresos internacionales del Notariado latino, vol. 3, Madrid, 1975, págs. 941 a 970. En nuestro caso no llegó a superponerse al conflicto móvil otro transitorio porque el esposo cambió, parece ser, de nacionalidad después de la Ley de 2 de mayo de 1975.

(10) En *Comentarios a las reformas del Código Civil. El nuevo título preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975*, Ed. Tecnos, vol. 1°, págs. 435 y ss.; también en «Los efectos del matrimonio en la reciente reglamentación española de Derecho internacional privado», *Anuario de Derecho Internacional*, vol. I, Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra, 1974, págs. 76-80.

(11) En *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por MANUEL ALBALADEJO GARCÍA, tomo I, Edersa, 1978, págs. 146 y ss.

(12) De ese anteproyecto, en la parte que nos interesa, fue ponente el ilustre internacionalista JOSÉ YAGUAS MESSÍA. Puede verse el *iter* pormenorizado del Título Preliminar en JOSÉ MARÍA CASTÁN VÁZQUEZ: «La génesis de la reforma del título preliminar del Código Civil», en *Revista de Derecho Privado*, enero de 1976, págs. 3 a 21. Más brevemente, ANTONIO HERNÁNDEZ GIL. *Génesis y aportaciones del nuevo título preliminar del Código Civil*, en ciclo de conferencias sobre el nuevo título preliminar del Código Civil patrocinado por los Ilustres Colegios de Abogados y Notarios de Barcelona y Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, Barcelona, 1975, págs. 7 a 12.

— El anteproyecto de Ley de Reforma del Título Preliminar de 1962 (13) decía, en cambio: «*Las relaciones personales entre cónyuges se regularán por la última ley nacional común, y en su defecto, por la ley nacional del marido al tiempo de contraer matrimonio*».

— El anteproyecto de 1965 rezaba escuetamente: «*Las relaciones personales entre cónyuges se regularán por la ley del marido al tiempo de contraer matrimonio*».

— Finalmente, el borrador del texto articulado sometido al Pleno de la Comisión General de Codificación de 5 de diciembre de 1973 (secundando el mandato de la Ley de Bases) ya dio al artículo 9.2 su redacción actual, tras rechazarse ulteriormente, en el seno de aquella Comisión, una enmienda presentada por ALBERTO BERCOVITZ.

Como vemos, la trayectoria del artículo 9, apartado 2, de nuestro Título Preliminar fue zigzagueante a propósito de la ley competente para regir las relaciones personales del matrimonio: De ser permanente, salvo voluntad expresa de los cónyuges, en el anteproyecto YÁNGUAS, pasó a ser mutable, si la ley común de los esposos variaba uniformemente, en la versión TRÍAS; devino absolutamente inmodificable en el anteproyecto de 1965, para cristalizar, finalmente, en una fórmula idéntica a la de la segunda etapa, a saber, variabilidad sin límites siempre que muden al mismo ordenamiento las leyes personales de los esposos, y punto de conexión discriminatorio y fijo, en segundo término: ley nacional del marido al tiempo de la celebración.

2. Antecedentes del apartado 3.—Marginando de nuevo otros precedentes (14), los próximos pueden sintetizarse así:

— El anteproyecto de 1944, después de afirmar, como expuse, en su artículo 8 que: «*Las relaciones personales y económicas entre cónyuges se regirán por la ley nacional del marido al contraer matrimonio*», añade a renglón seguido: «*El cambio posterior de nacionalidad... en ningún caso modificará el régimen económico conyugal*».

— El anteproyecto de 1962 reproducía la anterior regla, pero contemplaba ya el fenómeno de la mutabilidad voluntaria del régimen al añadir esta frase: «*...sin perjuicio del que puedan convenir los cónyuges, conforme a la nueva ley nacional común. Los que adquirieran la nacionalidad española o la recuperasen, siempre que no estuvieran sometidos a un régimen económico contractual, podrán acogerse en cualquier momento, por mutuo acuerdo, al régimen legal de su vecindad civil*».

— Y el anteproyecto de 1965 contenía una norma idéntica a la del actual artículo 9, párrafo 3, es decir, regía las relaciones patrimoniales, a falta de capítulos, por la misma ley que las personales.

Cual puede apreciarse, los presupuestos mentales bajo los que operaban estos tres primeros antecedentes consistían en que las relaciones económicas o patrimoniales entre los cónyuges debían regirse por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración, sin que pudiera modificarse en el futuro (anteproyecto YÁNGUAS), pudiéndose variar por convenio conforme a la nueva ley nacional común (anteproyecto TRÍAS) o anteponiéndosele,

(13) Influido en este punto por el también ilustre internacionalista JOSÉ MARÍA TRÍAS DE BES (vid. CASTÁN VÁZQUEZ, *op. cit.*, pág. 14).

(14) Para ellos, de nuevo vide MARÍN, *op. cit.*, págs. 441-2, y AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, *op. cit.*, páginas 148 y ss.

como ley preferente, la ley capitular (anteproyecto de 1965). En todo caso, modificable o no y antepuesta o pospuesta a la ley capitular, el punto de conexión básico e intrínsecamente fijo era, en estos tres primeros antecedentes, la Ley Nacional del marido al tiempo de la boda.

Pero llega la etapa de la Ley de Bases y si el Proyecto gubernamental sugería para la cuarta de ellas un enunciado general que decía: «... se desarrollará el principio de la ley personal determinada por la nacionalidad, señalando su alcance respecto de instituciones o aspectos hasta hoy englobados en fórmulas excesivamente genéricas, de manera que comprenda las materias relativas a la capacidad y estado civil de las personas, relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges...», la Ponencia de la Comisión de Justicia de las Cortes consideró conveniente, al hilo de las enmiendas presentadas, proponer para el texto una mayor concreción respecto de las normas de conflicto aplicable a las instituciones que refería el Proyecto.

En particular, y por lo que atañía a la enmienda número 28 del Procurador señor ANGULO MONTES, explica: «La Ponencia incluye una norma previendo las consecuencias del cambio de nacionalidad, aunque circunscritas sólo al régimen económico del matrimonio. En ella se combina ponderadamente, y de acuerdo con ejemplos relevantes del Derecho comparado, la conveniencia de salvaguardar las que el señor ANGULO MONTES denomina situaciones jurídicas inmutables, con la necesidad de someter a una única norma el régimen patrimonial de los cónyuges»; y a propósito de la enmienda número 36 (señor MORILLA ALONSO) sigue justificando el Informe: «La (aludida enmienda) que parece centrada en el tema de la igual posición de ambos cónyuges, resulta atendida, en lo posible, con la referencia a la ley común a ambos, cuando lo fuere; en otro caso, la remisión a la del marido, en situaciones esencialmente conflictivas, como las que se contemplan, parece criterio dominante de la doctrina y en el Derecho comparado».

Cualquiera que sea el sentido de esas escuetas explicaciones, lo cierto es que, según este Informe de la Ponencia, la base cuarta del Proyecto debería decir lo siguiente:

«En el ámbito del Derecho internacional privado se desarrollará el principio de la ley personal determinado por la nacionalidad, de manera que comprenda la capacidad y estado civil de las personas, los derechos y deberes de familia y la sucesión hereditaria, teniendo en cuenta los criterios siguientes: 1. Las relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges se regularán por la ley nacional común y, en su defecto, por la ley nacional del marido al tiempo de contraer matrimonio. El cambio de nacionalidad no alterará el régimen económico patrimonial, salvo que así lo acuerden los cónyuges, conforme a la nueva ley nacional común...»

Obsérvese que el punto de conexión que se sugería para las relaciones conyugales de toda índole (personales y patrimoniales) era a la sazón intrínsecamente fijo, puesto que no se utilizaba todavía el adjetivo «última» para calificar a la ley nacional común, a la que se llamaba como primera ley competente. Al contrario, la intención de los ponentes parecía consistir en, por un lado, disimular con una apariencia de igualitarismo la regla conflictual discriminatoria que invoca la ley del marido y, por otro, en posibilitar la mutabilidad por pacto del régimen económico matrimonial si lo permitía la nueva ley nacional común. Para lo primero, que es lo único que ahora interesa, acude al subterfugio de establecer como ley

competente de primer grado la ley nacional común (al tiempo de la boda, se entiende). Me recuerda cierto reglamento de régimen interior de un departamento universitario donde se pretendía aureolar con tintes pseudo-democráticos su gobierno interno, estableciendo que en él se tomarían las decisiones *por unanimidad* del consejo de profesores, ¡y sólo en defecto de esa unanimidad decidiría el catedrático! En la norma de colisión de la Ponencia se pretendía lo mismo, sólo que el «catedrático» de mi anécdota aquí era el esposo.

Pues bien, el caso es que sobre el tema de mi estudio debió producirse debate (desgraciadamente para mí incognoscible) en el seno de la Comisión de Justicia, pues de acuerdo con el dictamen de ella, el aludido apartado 1 de la Ley de Bases ya dispuso (sin que, como era tradicional, se alterase nada en el Pleno de aquellas Cortes) que:

«1. Las relaciones personales entre los cónyuges se regularán por su última ley nacional común durante el matrimonio y, en su defecto, por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración.»

Las relaciones patrimoniales, a falta de capitulaciones permitidas por la ley de cualquiera de los cónyuges, se regirán por la misma ley que las relaciones personales. El cambio de nacionalidad no alterará el régimen económico matrimonial, salvo que así lo acuerden los cónyuges, conforme a la nueva ley nacional común.»

¿Qué había ocurrido? Pues, por lo pronto, se habían escindido, incluso en párrafos diferentes, el régimen de las relaciones personales y el de las relaciones patrimoniales. Pero es que, además, en aquéllas se había introducido la movilidad a través de la inclusión del adjetivo «última» calificador de la primera ley competente. En éstas, aparentemente, también, por mor de la remisión a la misma ley de las relaciones personales, pero ¿fueron conscientes aquellos parlamentarios de esta última medida? Me temo que no, que su intención fue acaso separar, sí, las relaciones personales de las patrimoniales para anteponer, en éstas, la ley capitular a cualquiera otra; pero hecho eso, parece que pretendían seguir invocando como ley subsidiaria la del marido al tiempo de las nupcias (con la estratagema pseudoigualitaria de apelar antes a la ley común), sin percatarse de que en la ley reclamada se había introducido la nota de la mutabilidad merced a la inclusión de un simple adjetivo. El «reenvío», en este caso, les había jugado una mala pasada, cuyas víctimas somos todos los aplicadores actuales de la norma.

Así las cosas, tanto el borrador como la redacción definitiva del texto articulado, conscientes o no del desaguisado (no he podido compulsar la enmienda de ALBERTO BERCOVITZ —desestimada—, que refiere MARÍN: *Comentarios...*, cit., pág. 443), se vieron obligados a acatar el enunciado de la Ley de Bases, de manera que henos aquí ante el contrasentido que denuncié al principio. Contrasentido que puede resumirse en que por regular las relaciones patrimoniales entre cónyuges mediante una remisión al régimen de las relaciones personales, y por introducir en la norma conflictual de éstas un criterio de conexión mudable de modo automático, se ha consumado en el artículo 9.3 una regulación contradictoria: de su primera proposición se infiere que la ley reguladora de las relaciones patrimoniales varía, si varían también y uniformemente las leyes personales de los cónyuges, y de su proposición segunda, en cambio, se deduce lo contrario:

que dichas relaciones patrimoniales —o, por lo menos, el sector de ellas denominado «régimen económico matrimonial»— no se alteran cuando lo hacen las nacionalidades de los esposos, salvo que así lo acuerden éstos y no lo impida su nueva ley nacional.

B) Opiniones de la doctrina.

Ante esta aporía frente a la que nos ha colocado el descuido, sin duda inintencionado, del legislador, ¿cuáles han sido las opiniones de los escasos autores que se han ocupado de nuestro precepto?:

1. Hay un primer sector que ni se percata del problema, sino que se limita a reproducir los actuales apartados 2 y 3 del artículo 9, en cuanto derecho vigente, pero sin dedicarles el menor comentario, al menos en lo que a mi propósito respecta. Aquí cabría situar a MIAJA DE LA MUELA (15) y a GONZÁLEZ CAMPOS (16).

2. Un segundo sector, compelido por el método exegético que utiliza, glosa con todo pormenor los apartados 2 y 3 del artículo 9, pero sorprendentemente, o no repara en el contrasentido que se produce por la remisión desde el segundo al primero o lo supera sin explicarlo. Representantes de este grupo son ANTONIO MARÍN LÓPEZ (17) y MARIANO AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO (18). También puede situarse aquí a VICENTE L. SIMÓ SANTONJA (19).

(15) *Derecho internacional privado*, cit., vol II, 7.ª ed, Ed Atlas, Madrid, 1977. págs. 285 y 296. también en su conferencia «El legislador interno en funciones de legislador internacional, ante los conflictos de leyes», en *Curso monográfico sobre la ley de bases para la modificación del Título Preliminar del Código Civil*, publicación del I. C de Abogados de Valencia y de la Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, Valencia, 1975, pág. 183.

(16) JULIO DIEGO GONZÁLEZ CAMPOS: Lección 33 de la obra colectiva *Derecho Civil internacional*, dirigida por MARIANO AGUILAR NAVARRO y que constituye el vol II de su *Derecho internacional privado*, Universidad Complutense, Madrid, 1975, págs 388 y 401.

(17) En *Comentarios*, cit., afirma (pág. 438) «Cuando el nuevo artículo 9.2 habla de la última ley nacional común durante el matrimonio. SE ESTABLECE LA MUTABILIDAD AUTOMÁTICA DEL RÉGIMEN. A falta de ella rige la ley nacional del marido en el momento de la celebración del matrimonio. Esto tiene por objeto mantener la unidad de la familia y significa una opción entre la ley nacional de él o de ella, lo que puede constituir una contradicción con el principio de igualdad de derechos de los sexos». Luego, sin embargo, desde la pág. 444 a la 449 efectúa un comentario crítico del apartado 3, excelente por lo demás, pero, a lo largo de él, no repara en que si las relaciones patrimoniales se rigen por la misma ley que las personales, en defecto de pactos capitulares, las primeras quedan expuestas a la misma mutabilidad automática, por cambio conjunto de nacionalidad, que ha reconocido para las segundas.

(18) En el tomo I de los *Comentarios*, cit., concluye a propósito del artículo 9.2: «La solución favorable a la MUTABILIDAD de los efectos personales, que aparecía supeditada en el Proyecto de 1944 (art. 8.ª, 2) a la existencia de 'voluntad expresa de ambos (cónyuges)' en el cambio de nacionalidad SE CONSAGRA INCONDICIONALMENTE EN LA ACTUAL REDACCIÓN DEL CÓDIGO CIVIL» (págs 146-7). Mas luego, en la pág. 159, afirma algo tan certero, aunque inexplicable, como lo siguiente «El artículo 9.3.ª del Código Civil dice que: 'Las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, se regirán por la misma ley que las relaciones personales'. Esa SUPUESTA equiparación entre las relaciones personales y patrimoniales en cuanto a la determinación de la ley aplicable NO ES TOTAL, pues en lo que concierne a las relaciones personales la competencia de la ley nacional del marido al tiempo de la celebración del matrimonio se enuncia a título subsidiario, en defecto de una última ley nacional común durante la vida del mismo. MIENTRAS QUE RESPECTO DE LAS RELACIONES PATRIMONIALES CONSTITUYE LA REGLA DE APLICACIÓN GENERAL, SIN QUE EL CAMBIO DE NACIONALIDAD VENGA A ALTERAR EL RÉGIMEN ECONOMICO MATRIMONIAL, salvo que así lo acuerden los cónyuges y no lo impida su nueva ley nacional. Es precisamente esa DIFERENCIA en la solución que recibe la problemática del conflicto móvil lo que aconseja un tratamiento separado de ambos tipos de relaciones», y por último en la pág. 161 termina con esta frase: «La DIFERENCIA de rigor que existe entre los efectos personales y patrimoniales del matrimonio en lo relativo a la ADMISIÓN DE LA MUTABILIDAD obedece a la necesidad de combatir la posibilidad de fraude en una materia como ésta, caracterizada por la diversidad en el contenido de los distintos Ordenamientos y por la complejidad de los intereses comprometidos». Sin duda se sitúa en la orientación correcta AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO al sostener que las relaciones patrimoniales interconyugales no varían si lo hacen las leyes personales de los esposos, pero le ha faltado, a mi parecer, desarrollar mejor los motivos, «sólo atisbados, de su particular desobediencia al texto legal».

(19) En su resumen sobre la situación en España de los *Régimes matrimoniaux successions et libéralités Droit international privé et Droit comparé*, editado por la Union Internationale du Notariat

3. Finalmente, un tercer y último sector se percató perfectamente, aunque sea dentro del ámbito del Derecho interregional, de la anomalía producida por el reenvío desde el tercer al segundo apartado del artículo 9, pero trata de superarla distinguiendo, como si fueran conceptos distintos, entre «relaciones patrimoniales», que son las que mudarían conforme a la proposición primera del artículo 9.3, y «régimen económico matrimonial», que permanece inalterado, salvo voluntad y posibilidad en contrario, conforme a la proposición segunda de dicho precepto. Los principales y, que yo sepa, por ahora únicos representantes de esta línea de pensamiento son JOSÉ MARÍA PUIG SALELLAS (20) y JESÚS DELGADO ECHEVARRÍA (21) (21 bis).

latin Commission des affaires européennes bajo la dirección de MICHEL VERWILGHEN. Les edition de la baconnière, Neuchâtel (Suisse) págs 675 a 806: en concreto, y después de sorprenderse con razón de que subsistiese el artículo 1325 del Código Civil, tras la Ley de 2 de mayo de 1975 (pág. 714), contrasentido que sólo ha desaparecido en 1981. afirma en la pág. 726 que conforme al artículo 9.3 prevalece la inmutabilidad (del régimen económico matrimonial) para los esposos que no han manifestado su voluntad en contrario o cuya ley nacional nueva excluye la mutabilidad, con absoluta marginación, pues, por parte de Simó, de lo que decreta la proposición primera de aquel precepto.

(20) En su conferencia «El matrimonio y los cambios de regionalidad», dentro del Ciclo de Barcelona, citado, sostiene:

«a) Las relaciones personales entre cónyuges se rigen, en el ámbito internacional, por su última ley nacional común durante el matrimonio y, en su defecto, por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración (art. 9.2 del nuevo Título Preliminar). Es obvio, en cambio, que en el ámbito interregional la ley personal será siempre común a ambos esposos, en virtud de aquella extensión a la mujer de la regionalidad del marido (se refiere a la del art. 14.4). En definitiva, pues, las relaciones personales entre los esposos en el ámbito interregional se gobernarán siempre POR LA LEY DE SU ACTUAL REGIONALIDAD.

b) Las relaciones patrimoniales, a falta o por insuficiencia de capitulaciones matrimoniales, se rigen, en el ámbito internacional, por la misma ley que las relaciones personales (art. 9.3), por lo que habrá que reiterar aquí en el ámbito del Derecho interregional, la vigencia de LA LEY DE LA ACTUAL REGIONALIDAD DE LOS ESPOSOS. Pero esta regla tiene una particularidad. Efectivamente.

c) El cambio de nacionalidad y, por tanto, el de regionalidad, NO ALTERA EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL, según el propio artículo 9.3 en su segundo inciso, pero con un matiz: salvo que así lo acuerden los cónyuges y no lo impida su nueva ley nacional o, en nuestro ámbito, su nueva ley regional» (págs. 132-3).

Hay que decir que PUIG SALELLAS parece considerar como efectos personales del matrimonio, mudables junto con la ley personal común:

- el efecto emancipatorio;
- los tres deberes conyugales enumerados por el antiguo artículo 56.
- la comunicación de honores, y
- la autoridad marital, licencia incluida

Por otra parte, considera como relaciones patrimoniales, también mudables, la posibilidad entre esposos de efectuarse donaciones, prestarse intercesiones u otorgarse contratos en general, y, en fin, entendiéndolo como estricto régimen económico matrimonial (invariable) el de comunidad (universal o restringida), separación, etc., que pueda existir entre los esposos.

Y arguye (pág. 139): «Es evidente que si todo lo patrimonial es, entre esposos, régimen económico matrimonial, la distinción que aplica el artículo 9.3 entre relaciones patrimoniales en general, que se gobiernan, en lo interregional, por la ley de la última regionalidad, y régimen económico matrimonial, que en principio no cambia, sería superflua».

(21) En «Las relaciones patrimoniales entre cónyuges en el Derecho interregional», ponencia presentada a las Jornadas de Derecho foral celebradas en Jaca del 28 al 31 de agosto de 1976, publicada, junto con otras dos, una del mismo autor y otra de él también, pero en colaboración con JOSÉ ANTONIO PASTOR RIDRUEJO, por el Consejo de Estudios de Derecho aragonés, Sección aragonesa del Instituto Español de Derecho Foral, Zaragoza, Librería General, 1976, separata del Anuario de Derecho Aragonés del mismo año. En dicha ponencia afirma (pág. 28): «En el apartado 3 del artículo 9 del Código Civil se considera, sin duda, una categoría de relaciones patrimoniales entre cónyuges que no forman parte del régimen económico matrimonial, y que, por tanto, no están sujetas a la regla de inmutabilidad. Así resulta ya a primera vista, de los términos en que el legislador se expresa. La asunción de la opinión contraria no sólo identificaría dos términos que el legislador habría distinguido entonces sin ninguna causa ni consecuencia, sino que haría gravemente incorrecta la remisión que respecto de la regulación de las relaciones patrimoniales se hace a 'la misma ley que las relaciones personales'. Esta 'ley de las relaciones personales' es la de la última regionalidad común durante el matrimonio y, en su defecto, la del marido al tiempo de celebrarlo, lo que supone la posibilidad de cambio de la ley reguladora de dichas relaciones. Mientras que el régimen económico matrimonial sólo puede estar regido, dada su inmutabilidad por posterior cambio de regionalidad (salvo capítulos) por la ley del marido en el momento de contraer matrimonio, nunca por una posterior ley regional común. Luego si la remisión del apartado 3 del artículo 9 al apartado 2 del mismo artículo ha de tener sentido razonable, es que hay

C) Mi criterio.

Aunque un comentario de jurisprudencia no constituya la sede idónea para examinar una postura doctrinal sobre problema de tanta envergadura, pienso, por mi parte, que la sutil e ingeniosa distinción de PUIG SALELLAS y DELGADO ECHEVARRÍA, irreproachable de acuerdo con la letra del artículo 9.3,

alguna clase de relaciones patrimoniales entre cónyuges que, no estando sujetas a la regla de inmutabilidad, pueden quedar sometidas a la norma de las relaciones personales. Me parece por ello absolutamente seguro que en el apartado 3 del artículo 9 del Código Civil el concepto de 'relaciones patrimoniales entre cónyuges' es más extenso que el de 'régimen económico matrimonial', el cual está contenido en el primero sin coincidir con él. Más adelante (pág. 29) el citado autor considera que pueden integrar esas «relaciones patrimoniales» sin constituir «régimen económico matrimonial» cuestiones como las siguientes: «*litis expensas, alimentos entre cónyuges (cuya diferenciación —dice— de la contribución a las cargas del matrimonio —tema del régimen económico matrimonial— no será fácil); prohibición de compraventa entre cónyuges; prohibición de donaciones entre cónyuges; prohibición de alianzas que a la mujer casada impone el artículo 322 Comp. cat.; potestad doméstica de la mujer casada; administración de los parafernales por el marido.*» Luego (pág. 31) intenta DELGADO perfilar la noción de «régimen económico matrimonial» y destaca cómo ello constituye un factor primordial no sólo en orden a dilucidar qué relaciones interconyugales no se alteran por el cambio de regionalidad de los esposos (tema del artículo 9) sino también para averiguar qué normas, a pesar de estar contenidas en el Título IV del Libro I del Código Civil no alcanzan aplicación general y directa en toda España (tema del art. 13.1.º del Código Civil). Precisamente, por ese doble alcance del concepto se ve obligado a efectuar verdaderos malabarismos jurídicos pues por un lado y como cabal foralista desea ampliar la noción de régimen económico matrimonial para no ver recortada por el Derecho común la competencia foral en esa materia, y, por otro, como jurista sensato y moderno intenta que algunas soluciones legales obsoletas, cual la de prohibición de donaciones entre cónyuges, por ejemplo, no alcancen a aforados exentos de ella que se avencien en territorio de Derecho común: mas los aludidos equilibrios los justifica diciendo (página 33): «*Pudiera pensarse que el tratar la cuestión como de régimen económico matrimonial a unos efectos, y ajena a éste a efectos distintos, no es sino una argucia para lograr siempre el resultado, más apetecible para el intérprete, de ampliar el campo de aplicación de los Derechos forales. No es ello así, sino reflejo del alcance indudablemente distinto que el concepto 'régimen económico matrimonial' ha recibido del legislador en los varios preceptos en que lo utiliza.*» Y tras ejemplificar esa variedad al hilo de los artículos 1.319-1.322 (versión 1975) concluye: «*Como se ve, el legislador ha utilizado de forma algo distinta —no esencialmente, pero sí en sus límites— el concepto de régimen económico matrimonial, en razón del ámbito de problemas que aborda en cada caso, de modo funcionalmente vinculado a la solución pretendida. Al intérprete, por más que esta variedad —acaso inevitable— le enoje, no queda sino comprobar la diversidad y tratar de precisar los límites propios de cada caso, según el contexto y la finalidad pretendida.*» Pero la insatisfacción íntima que produce a DELGADO la distinción entre «relaciones patrimoniales» y «régimen económico matrimonial» se evidencia al final de su ponencia, pues al formular su propuesta de regulación de este tema en una *non nata* ley de Derecho interregional (que era el motivo central de la ponencia y de las Jornadas en que se presentó), y tras efectuar un rápido excurso por las Compilaciones, afirma (pág. 57): «*Se trataba de ver —con dicho excurso— si en la propuesta de regulación que formulemos es conveniente mantener la categoría de las relaciones patrimoniales entre cónyuges que no forman parte del régimen económico matrimonial ni, por tanto, están sujetas a la regla de la inmutabilidad. Creo poder afirmar que sólo hay una institución para la que el mantenimiento de tal categoría podría ser conveniente: la viudedad aragonesa. A la vista de esta situación, y teniendo además en cuenta que los foralistas solemos entender el régimen económico matrimonial en sentido muy amplio, comprendiendo como un todo indivisible la regulación de las relaciones patrimoniales de la familia en el más amplio sentido, me inclino por prescindir de la distinción entre unas cuestiones patrimoniales que forman parte y otras que son ajenas al régimen económico matrimonial. Todas deben seguir la misma regla que es la de la inmutabilidad...*»

(21 bis) Redactado ya este comentario me percaté de que omitía en esta relación pluma tan aguda y últimamente tan prolífica sobre la reforma como la de TOMÁS GIMÉNEZ DUART, quien en su trabajo «El artículo 1.320 del Código Civil. ¿es aplicable en Cataluña?», en R. J. C., núm. 1, de 1982, enero-marzo, págs. 193 a 209, se adhiere a la opinión de PUIG SALELLAS y distingue, como él, entre relaciones patrimoniales y régimen económico matrimonial. La originalidad del planteamiento de GIMÉNEZ DUART reside en que él pretende darle un contenido más moderno a la rúbrica «relaciones patrimoniales», pues considera incluíble en ella lo que se denomina «régimen matrimonial primario», constituido en el Código básicamente por los artículos 1.315 a 1.324. De ahí que la regla del artículo 1.320 la considere inaplicable a «*los matrimonios cuyo estatuto personal o vecindad civil sea la catalana, aun cuando por su vecindad originaria o por pacto expreso el régimen concreto de su matrimonio sea alguno de los regulados en Derecho común*» (pág. 208). Yo, en cambio, opino que aun no respondiendo a un denominador común y debiéndose analizar repla por repla a fin de precisar excepciones, las contenidas en los artículos 1.315 y siguientes —y desde luego el art. 1.320— constituyen materia de régimen económico matrimonial y deben considerarse tan inmutables por cambio de ley personal como el estatuto matrimonial mismo de separación o comunidad. El desarrollo de esta tesis, cimentada no sólo en la topografía legal, me llevaría demasiado lejos en una nota extemporánea, y por eso bástame añadir que precisamente porque los actos de disposición sobre la vivienda habitual es materia de régimen económico matrimonial ni siquiera se aplica el último párrafo del artículo 96 del Código Civil a los esposos casados bajo un régimen no sometido al Derecho común y que se hubiesen separado o anulado o disuelto su enlace, porque así lo consiente el artículo 13.1 que sigue teniendo virtualidad delimitadora dentro de los artículos del Título IV del Libro I de aquel Cuerpo legal.

era, no obstante, algo artificial y estaba muy influida por su deseo de advenir a soluciones justas y modernas en orden a problemas hoy bastante superados, como:

- la no extensión de la licencia marital a los esposos casados bajo regímenes forales de separación;
- la posibilidad de capitular por parte de los que se avecindaban en regiones forales (negada criticablemente por la jurisprudencia) o la de seguir haciéndolo los que desde ella se sujetaban al Derecho común;
- *idem* la de efectuarse donaciones válidas o convalidables;
- etc., etc.

Pero hoy, tras las reformas de 2 de mayo de 1975 y 13 de mayo de 1981, amén de otras tangenciales, no se me antoja ortodoxo seguir distorsionando los conceptos y forzando las reglas cuando los problemas pueden resolverse por sus cauces naturales (22).

Por eso estimo que la línea acertada es la trazada intuitivamente por AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO y por SIMÓ SANTONJA, de manera que se debe interpretar la remisión que el inciso inicial del artículo 9.3 hace al apartado 2 como efectuada sólo al punto de conexión subsidiario, es decir, a la ley nacional del marido al tiempo de la celebración. Ello entraña que si para las relaciones personales, en caso de conflicto móvil, impera una ley variable, no acontece lo mismo para las relaciones patrimoniales regidas, en idéntica tesitura y salvo ley capitular preferente, por un punto de conexión fijo, cual será la ley personal del esposo al tiempo de la boda. Me apoyo para ello:

— En que así cabe interpretar la remisión del artículo 9.3 a la luz de los antecedentes legislativos del precepto (art. 3.1 del Código Civil), una vez desvelada la curiosa peripecia que condujo a su probablemente involuntaria redacción actual.

— En que así lo refuerza el sentido propio de las palabras (art. 3.1 del Código Civil) empleadas por el artículo 9.3, pues al remitirse al apartado 2, a fin de dilucidar la ley competente sobre las relaciones patrimoniales. lo hace en singular (cf. «... se regirán por la misma ley que las relaciones personales»), lo que evidencia que el legislador pensaba en una sola norma

(22) Al contrario lo que debe constituir objeto de nuestra preocupación actual es, por un lado, precisar qué se debe entender por relaciones personales interconyugales a efectos del artículo 9.2, a la vista de que su núcleo básico. «los derechos y deberes de familia» (cfr. arts. 66 a 71 actuales), cuenta con ley conflictual propia en el artículo 9.1, y, por otro, seguir resolviendo con criterios modernos problemas interregionales o iusinternacionales derivados de reglas obsoletas de algunos de los ordenamientos en conflicto, v. gr., las de los artículos 20, 23, 321 y 322 de la Compilación catalana, pero para enmendar algunos de los atavismos que no se haya llevado por delante la Constitución, insisto en que no creo recomendable distorsionar las reglas de conflicto; al contrario, se debe afinar la calificación de los conceptos e instituciones *secundum legem fori*, de suerte que se pueda considerar, por ejemplo, que todos los artículos compilativos acabados de citar contemplan cuestiones de capacidad (art. 9.1 del Código Civil) y no de relaciones patrimoniales entre cónyuges (art. 9.3). En otros supuestos, para advenir a soluciones justas quizá sea preciso poner en práctica técnicas como la que los internacionalistas llaman «adaptación», cuyo desenvolvimiento me llevaría demasiado lejos, por lo que me limito a remitirme a la obra de NURIA BOLUZA VIDAL *Problemas de adaptación en Derecho internacional privado e interregional*, Ed. Tecnos, Madrid, 1977. Por cierto, no me he referido a la interpretación que esta autora sostiene del artículo 9.3 del T. P. porque la expone con una concisión (págs. 187 y 195) que impide comprenderla bien, ya que parece admitir el cambio «automático» de régimen económico matrimonial por el tránsito conjunto de los cónyuges a una nueva ley personal, es decir, parece, en postura insólita, dar prevalencia a la proposición primera sobre la segunda del artículo 9.3 hasta el punto de anular ésta por aquélla. Como, ante la referida concisión, el riesgo de malinterpretarla es considerable, he preferido prescindir de esas referencias marginales a nuestro artículo contenidas en su, por lo demás, bien construido libro.

de destino, la del marido al tiempo de la celebración. De haber sido consciente de la adición experimentada por el artículo 9.2 hubiese efectuado el reenvío diciendo, más o menos, que: «*Las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, a falta o por insuficiencia de capitulaciones permitidas por la ley de cualquiera de ellos, se regirán por las mismas leyes que las relaciones personales*». No obstante, el argumento no es definitivo y caben otras explicaciones del singular. En este mismo orden gramatical, si estuvieran en lo cierto PUIG SALELLAS y DELGADO acerca de la distinción consciente entre «relaciones patrimoniales» y «régimen económico», hubiera sido necesario que el legislador hubiese intercalado una conjunción adversativa (no obstante, sin embargo, pero, etc.) entre los dos incisos o frases del artículo 9.3.

— En que así resulta también del contexto del propio artículo 9.3 (de nuevo art. 3.1 del Código Civil), pues sólo de esa manera, y salvo alambicadas y problemáticas distinciones, aparece coherente y no contradictoria la proposición segunda (23).

— En que así lo avalan los antecedentes históricos de la norma (*ítem*: artículo 3.1), a saber, el primitivo artículo 1.325, interpretado por las Sentencias de 1 de julio de 1955 y 30 de junio de 1962, el cual ha podido coexistir no pocos años con el artículo 9.3 del Título Preliminar.

— En que así lo exige la lógica interna del precepto porque admitiendo, a efectos dialécticos, la mutabilidad automática de las relaciones patrimoniales en caso de cambio común de ley personal, ¿por qué no experimentan idéntica variabilidad las relaciones patrimoniales de esposos casados con capitulaciones, para los cuales no entra en juego la ley de las relaciones personales? ¿Es que acaso se trasluce una voluntad de mayor fijeza a propósito de las relaciones patrimoniales con sólo que se otorguen capítulos, cuya finalidad puede ser muy varia, e incluso no referirse para nada al régimen económico matrimonial?

— En que así lo ha seguido presuponiendo la jurisprudencia posterior al Título Preliminar actual. Me refiero a la conocida Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (Servicio IV) de 6 de mayo de 1977, que declaró la ininscribibilidad en el Registro civil de unas capitulaciones otorgadas por esposos vizcaínos, en contravención del artículo 41 de su Compilación, pero que dejó también la puerta abierta a la

(23) Pero es que además hay otra norma coetánea a la que nos ocupa y dentro, pues de su contexto también, que demuestra que el legislador razona bajo el presupuesto mental de que el cambio, aún común, de las leyes personales de los esposos no afecta a su régimen económico matrimonial. Me refiero al artículo 16.2 del propio Título Preliminar, en cuyo primer párrafo se establece que «*El derecho de viudedad regulado en la Compilación aragonesa* (donde es un efecto del matrimonio: art. 72.1 de la misma) *corresponde a los cónyuges sometidos al régimen económico matrimonial de dicha Compilación, aunque después cambie su vecindad civil, con exclusión en este caso de la legítima que establece la ley sucesoria*». Y aunque podría pensarse que, dada la excepcionalidad de la regla, la idea de que se parte es justamente la contraria, la de que el cambio dual de vecindad conlleva la del régimen económico salvo el efecto aquí exceptuado, se trataría de un razonamiento equivocado, pues lo que la norma quiso fue, por un lado, subrayar que la viudedad aragonesa, en su doble fase de derecho expectante y de usufructo sucesorio, deriva del matrimonio y forma parte del régimen económico matrimonial (podría decirse que el art. 16.2 es en este aspecto un ejemplo de «calificación» legal), y, por otro, evitar la atribución al cónyuge superviviente de un doble beneficio *mortis causa*: el que pudiera recibir por matrimonio y el que pudiera corresponderle *iure successionis*, según la ley personal del esposo premuerto. No interpreta así el inciso final del artículo 16.2.1 («*con exclusión en este caso de la legítima que establezca la ley sucesoria*») JOAQUÍN SAPENA TOMÁS en «Vecindad civil y conflictos interregionales», conferencia pronunciada el 20 de febrero de 1975, separata del libro *Curso monográfico sobre la Ley de Bases para la modificación del Título Preliminar del Código Civil*, Publicaciones del I. C. de Abogados de Valencia, págs. 280-1, pero sí JOSÉ LUIS MERINO y HERNÁNDEZ en «Un problema resuelto y otro que se crea (sobre el derecho de viudedad aragonés)», separata del A. D. C., 1975, Madrid, I. N. E. J., pág. 245), y JESÚS DELGADO ECHIVARRÍA en «La viudedad aragonesa en el Derecho interregional», ponencia inserta en la separata citada en la nota 21, págs. 79-80.

posibilidad de que los cónyuges perdieran su condición de infanzones y adquirieran nueva vecindad en las villas o en cualquier otro territorio español, hipótesis en la cual «hubieran podido *alterar* por pacto capitular su primitivo régimen económico matrimonial, al permitirlo entonces su ley personal (art. 9.3, en relación con el 16.1 del Código Civil)...»; ergo, la Dirección al exigir pacto capitular para la mutación del régimen, parte de la base de que la misma no se produciría automáticamente por el mero cambio de la ley personal común.

— En que mi interpretación rectificadora de la remisión efectuada al artículo 9.2 nos uniformaría con el Ordenamiento italiano, probable modelo de nuestro legislador en este punto, pues el artículo 18 del Codice Civile regula las relaciones personales entre cónyuges de diversa ciudadanía por la última ley nacional común durante el matrimonio o, en ausencia de ella, por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración de aquél, mientras que el artículo 19 norma las relaciones patrimoniales entre los esposos exclusivamente por la ley nacional del marido al tiempo de la boda, sin que también el cambio de nacionalidad de los cónyuges influya sobre las relaciones patrimoniales y salvas las convenciones entre ellos en base a a nueva ley nacional común. No afirmo con ello que la regla de conflicto italiana (y su asimilada —si se admite— española) sea inmejorable, pues parece más técnica, con alguna salvedad, ya que no la del artículo 15 de la más que octogenaria Einführungsgesetz alemana, sí, por cierto, la de los artículos 52 a 54 del Código Civil portugués, en los que, por efecto del Decreto-ley número 496/1977, de 25 de noviembre, se han desterrado los puntos de conexión discriminatorios.

— Y finalmente, y en la medida que constituye un dato indiciario de la realidad social en que ha de ser aplicada la norma (art. 3.1, una vez más), me apoyo, por último, en que así me consta que se ha venido interpretando en la práctica el artículo 9.3 del Título Preliminar, por lo menos en la de las oficina notariales y registrales de mi entorno, en todas las cuales vemos determinando el régimen económico matrimonial de legiones de emigrados a Cataluña en función básicamente de la vecindad civil del esposo al tiempo de sus nupcias.

Puede parecer por ello que toda la presente digresión o comentario, un tanto marginal a la Resolución, constituye un vivo ejemplo, a la vista del resultado del «viaje», de las «alforjas innecesarias» de que nos habla el refrán; pero yo, por lo menos, me quedo más satisfecho de mi práctica cotidiana después de los datos que me he visto obligado a acopiar y de los razonamientos, un tanto prejuiciosos, es cierto, que dejo expuestos.

J. M. R. P.

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

Por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ
JOSÉ CERDÁ GIMENO
FRANCISCO CASTRO LUCINI y
JORGE SALAZAR GARCÍA

I. REGISTRO DE LA PROPIEDAD

EXPEDIENTE DE DOMINIO. NATURALEZA. OPOSICION Y JUICIO DECLARATIVO. LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO (SENTENCIA DE 29 DE MAYO DE 1981).

Hechos.—Varios señores, titulares registrales de la mitad indivisa de una finca, siguen expediente de dominio para lograr la inscripción a su favor de la otra mitad indivisa. Hay oposición de un descendiente del titular de dicha mitad, y contra el mismo formulan los primeros demanda de mayor cuantía solicitando la declaración de haberse producido a su favor la prescripción adquisitiva extraordinaria de la mitad indivisa citada y, en consecuencia, ser procedente la cancelación de las inscripciones existentes de la misma y su inscripción a favor de los actores.

La parte demandada se opone, negando la posesión base de la usucapción alegada.

El Juzgado de Primera Instancia de San Lorenzo de El Escorial estimó la demanda y, apelada la sentencia, la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid la revocó, sin entrar en el fondo del asunto, por estimar defectuosamente constituida la relación procesal, al no haber sido traídos a la litis los demás presuntos herederos del titular registral.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por los demandantes, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al mismo, siendo Ponente el Magistrado don Manuel González-Alegre Bernardo; entre otras, por las siguientes razones:

«Considerando: Que los motivos primero, segundo y quinto, amparados en el número uno del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de

Enjuiciamiento Civil, plantean la problemática del litis consorcio pasivo necesario desde tres órdenes de argumentaciones, y así, en el primero, se denuncia su aplicación indebida, con base en que siendo el pleito consecuencia de un expediente de dominio sólo se demandó al único que, comparciendo en el mismo, mostró su oposición, viniendo a inferir que la incomparecencia de los restantes afectados es demostrativa de su aquiescencia a lo pretendido en este procedimiento, con apoyo y denuncia de la violación de la doctrina sentada en las sentencias que se citan, mas ello sin tener en cuenta que dichas sentencias o bien se están refiriendo a actos de jurisdicción voluntaria, cuyo expediente se hizo contencioso por oposición a la solicitud promovida, o contemplan supuestos en que los interesados, no demandados, mostraron patentemente aquella conformidad a la declaración que a los mismos pudiera afectarles; situaciones ambas muy distintas a la que motivó la recurrida sentencia: a) porque, independientemente de cuál sea o se atribuya la naturaleza jurídica del expediente de dominio, e incluso sin ignorar que para determinado sector doctrinal, más hipotecarista que procesal, lo sea de acto de jurisdicción voluntaria, no obstante tener que vencer para ello obstáculos realmente insalvables, bástenos recordar el artículo mil ochocientos once de tal citada Ley procesal, el que excluye del ámbito de dicha jurisdicción todo acto en que existen partes conocidas o determinadas, o el más trascendente mil ochocientos diecisiete de la propia Ley, conforme al cual si se hiciera oposición por alguno que tenga interés el asunto se hará contencioso sin alterar la situación que al iniciarse tuvieran los interesados, ni lo que fuese objeto de la pretensión principal, nada de lo cual se da en el expediente de dominio, toda vez que ya de inicio se prevé la existencia de contradictores a los que precisamente hay que traer al expediente, para seguidamente regular su oposición, si bien lo sea limitada al acreditamiento de la adquisición del dominio, proposición y práctica de pruebas, para terminar por auto en el que el Juez declare justificados o no los extremos aducidos en el escrito inicial, si bien no tenga o goce del valor de cosa juzgada material, por lo que no ha de impedir la posterior incoación del juicio declarativo que corresponda por quien se considera perjudicado, es que, terminado, en el caso de autos, el expediente, del que los recurrentes dicen no ser sino su continuación el presente procedimiento, por sobreseimiento del mismo, lo cual en verdad es poco ortodoxo, toda vez que, conforme a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria —artículo doscientos uno, quinta—, en relación a la terminación del expediente, lo ha de ser por auto conteniendo una de aquellas declaraciones a las que se hizo anterior referencia, pero desde luego sin convertirlo en contencioso, al acudir los actores a este juicio declarativo, claro es, lo fue con total independencia de aquel expediente al que se puso fin en la forma ya expresada y, por tanto, con sujeción a las normas reguladoras del mismo, de las que no ha de ser una excepción las que determinan las personas que han de ser traídas como partes por afectarles las declaraciones que, en su momento, se pueden acordar en la sentencia que se dicte, siendo muy distintas las pretensiones formuladas de las que lo pudieron ser en aquel expediente reducido a ser título justificativo de la reanudación del tracto sucesivo interrumpido, mientras que ahora se pretende se declare la adquisición por prescripción extraordinaria de la finca a la que tanta referencia se viene haciendo, con las consecuencias inherentes al ejercicio de toda acción contradictoria del dominio inscrito;

y b) porque el no haber comparecido en el expediente de dominio no puede equipararse a aquella patente demostración de aquiescencia o conformidad, con lo que con arreglo a las pretensiones de los actores puedan declarar la sentencia que se dicte, pues aquella incomparecencia, en un procedimiento judicial de naturaleza *sui generis*, pero cuya resolución no priva a los interesados de ejercitar el derecho que se crean les asiste, no puede tomarse como una implícita o explícita renuncia a los mismos, muy contrariamente con el valor de la sentencia que ponga fin a este juicio ordinario declarativo que obliga, en consecuencia, a que sean debidamente convocados al mismo; por todo lo que este primer motivo ha de ser desestimado.»

«Considerando: Que en el segundo de los motivos se tiende a combatir la fundamentación de la exigencia del litis consorcio pasivo necesario, con apoyo en el principio de Derecho *nemo debet inaudito damnari*, pues según se afirma cede en circunstancias 'como las de la presente litis cuando los no oídos como partes lo han sido como testigos en el seno de la misma', y volviendo a insistirse, según se dice, a mayor abundamiento, en que 'no se opusieron a las mismas pretensiones en el expediente de dominio en el que fueron citados en forma legal', y aparte esto último por haber quedado examinado y resuelto en el anterior Considerando, centrando la cuestión en cuanto se refiere a la subsanación del defecto que motiva la recurrida sentencia por la citación de los que debieron ser partes como testigos, es de señalar que en forma alguna puede equipararse a los efectos de subsanar tal defecto procesal de orden público, puesto que sabido es que nadie puede ser condenado sin haber sido parte en el juicio o darle tal oportunidad, pues a tal equivale el haber sido oído y vencido, como cuanto a la necesidad de traer al pleito, con tal cualidad, a quienes puede afectar la sentencia, pues la veracidad de la cosa juzgada exige la presencia en el proceso de todos los que debieron ser parte en el mismo, sin que la mera circunstancia ocasional de ser testigo pueda tomarse con el mismo valor y efecto de ser parte, pues aunque por dicha razón le permita conocer la existencia del procedimiento, queda al margen de lo que, para el mismo, constituye un auténtico derecho, cual es el poder discutir, oponerse, proponer y practicar, a su instancia, las pruebas oportunas a sus intereses, en resumen, ser oídos y vencidos en juicio con el alcance al que se hizo anterior referencia, como al propio tiempo significa obligación para los actores, la de traer al juicio a todos los que la resolución puedan afectar sin ser árbitros para que lo sean los que voluntariamente elijan, o sacar deducciones en su propio beneficio de las que estimen actitudes demostrativas de renunciaciones a dichos derechos, y la no menor del Tribunal de hacer declaraciones sobre negocios que se contrajeron o pueden afectar a quienes estén ausentes del procedimiento y no pueda extenderse los efectos de la cosa juzgada (sentencia de veintisiete de mayo de mil novecientos sesenta y cuatro); y es así cuando incluso las propias sentencias que se citan por el recurrente son conformes a lo expresado la de veintidós de marzo de mil novecientos setenta y seis, trata del supuesto de ser demandado como heredero de su padre, entendiéndolo debió ser como donatario, lo que le permite a la Sala afirmar ha sido convocado y oído en juicio, en el que ha podido expresar y ha expuesto cuanto le interesaba; la de once de febrero de mil novecientos sesenta y seis, en la que tratándose de indemnización de daños y perjuicios se descarta la necesidad de traer a la litis a

todos los que desde el primer momento se tiene la convicción de que no han participado en la originación de tales daños; tratando las de catorce de octubre de mil novecientos sesenta, siete de julio de mil novecientos cuarenta y nueve, cuatro de mayo de mil novecientos sesenta y ocho de cuestión bien distinta, cual es si no habiendo sido excepcionada la falta de litis consorcio pasivo necesario constituye o no cuestión nueva a efectos de casación, hoy día ya superada por la doctrina sentada en numerosas sentencias; y es la de veintisiete de mayo de mil novecientos sesenta y cuatro la que precisamente, en relación al principio *nemo debet inaudito damnavit*, estimando el motivo que le sirve de apoyo, al no haber sido parte en el pleito las personas a cuyo nombre fue arrendado un local, que de estimarse la demanda se verían privados de los derechos y facultades que ostentaban y aunque no deje de recoger el hecho de que uno de ellos 'ni siquiera como testigo haya sido oído en la litis', no quiere decir otra cosa que una recriminación ante el olvido, por parte del actor, pues no se da otro valor a los que aun siendo testigos no fueron parte en la litis; por todo lo que el motivo ha de ser desestimado.»

NOTA: Es de destacar en la presente sentencia la atribución, por las razones que indica, de una naturaleza *sui generis* al expediente de dominio, frente a ciertos autores, que lo incluían entre los procedimientos de jurisdicción voluntaria, excluyéndolo, en consecuencia, de la normativa general que para éstos contiene la Ley rrituaria.

DOBLE INMATRICULACION. NO TIENE APLICACION EL ARTICULO 34 DE LA LEY HIPOTECARIA. LA PREFERENCIA DE UNA U OTRA INSCRIPCION DEBE RESOLVERSE POR LA VIA CIVIL (SENTENCIA DE 13 DE JUNIO DE 1981).

Doctrina de la sentencia.—El supuesto de doble inmatriculación, es decir, de inmueble inscrito a favor de titulares distintos, constando en inscripciones contradictorias entre sí, a las que, por lo mismo, les falta la exactitud necesaria para la producción de sus efectos registrales, es una situación anómala que impide la correcta aplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, y ante ella, como se deduce del artículo 313 del Reglamento Hipotecario, y como lo tiene reiteradamente declarado la jurisprudencia de esta Sala —sentencias, entre otras muchas, de 17 de enero y 17 de junio de 1973, 31 de octubre de 1978 y 16 de mayo de 1980— al neutralizarse los efectos de ambas inscripciones hay que acudir para resolver la pugna o colisión entre ellas y determinar cuál sea la prevalente, sin posible aplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, a la vía civil, pues sólo las reglas y normas del Derecho civil son las que han de determinar quién tiene el título de dominio más antiguo con inscripción registral anterior.

DOMINIO PUBLICO: TIENEN ESTA CONSIDERACION LOS TERRENOS COMPRENDIDOS EN LA ZONA MARITIMO-TERRESTRE. LA OPOSICION A LOS EFECTOS DE TAL CONDICION DEBE FUNDARSE BIEN EN UN CAMBIO DE DESTINO O BIEN EN SU DESAFECTACION, NO SIENDO SUFICIENTE PARA ELLO LA INSCRIPCION REGISTRAL DE LA FINCA. ES TITULO SUFICIENTE PARA EL EJERCICIO DE LA ACCION REIVINDICATORIA POR EL ESTADO LA RESOLUCION ADMINISTRATIVA FIRME DEL DESLINDE PRACTICADO. ESTA EXCEPTUADO DE INSCRIPCION Y LA INSCRIPCION REGISTRAL CONTRADICTORIA NO PUEDE PERJUDICARLE (SENTENCIA DE 23 DE JUNIO DE 1981).

Doctrina de la sentencia.—Es doctrina jurisprudencial de esta Sala, mantenida en la sentencia de 19 de diciembre de 1977, en la que se reproducen las de 3 de junio de 1974, 7 de mayo de 1975 y 23 de abril de 1976, la que viene a establecer: a) Que los terrenos comprendidos en la zona marítimo-terrestre se califican como de bienes de dominio público, correspondiendo al particular que se oponga a la pretensión del Estado de reivindicarlos probar los hechos obstativos a la misma o, en su caso, los derechos que sobre los mismos aduzcan. b) Que la pretensión obstativa del particular sólo puede prosperar si se 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 1880. c) Que el particular que se oponga a los efectos y consecuencias que determina que los terrenos enclavados en tal zona pertenecen al dominio público «deben probar inexcusablemente bien su cambio de destino, bien su desafectación por un acto de soberanía». Y d) Que estos hechos obstativos no se pueden fundar en la simple inscripción registral de la finca, pues tales bienes están fuera del comercio de los hombres, son inalienables e imprescriptibles y llevan en su peculiar destino la propia garantía de inatacabilidad e inmunidad; habiendo especificado la sentencia de 26 de abril de 1969 que los derechos legalmente adquiridos a los que la Ley de Costas se refiere no son los que provienen de un título de dominio o inscripción tabular o de una posesión más o menos dilatada, por cuanto necesitan de un acto de soberanía para producir la entrada en el comercio de los hombres, concretamente la desafectación o el cambio de destino, a partir de cuyo momento dejan de pertenecer al dominio público para entrar en el comercio humano, por lo que para que el particular pueda invocar «un derecho legalmente adquirido» precisa una decisión estatal que ordene la desafectación.

Es título suficiente de dominio para legitimar el ejercicio de la acción reivindicatoria por parte del Estado la resolución administrativa firme del deslinde practicado de la que resulta que la finca cuya reivindicación se pretende está enclavada dentro de la zona marítimo-terrestre.

Como se proclama en la antedicha sentencia de 19 de diciembre de 1977, recogiendo las de 28 de noviembre de 1973 y 3 de junio de 1974, es doctrina de este Tribunal: a) que los bienes de dominio público, al estar exceptuados de inscripción en el Registro de la Propiedad, no necesitan de las ventajas y garantías que proporciona el sistema registral, cuyo contenido no puede perjudicarles; b) que el principio de legitimación registral formulado en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria lo es con la fuerza y

virtualidad de una «presunción *iuris tantum*», que se destruye cuando la realidad física y jurídica se enfrentan con la realidad registral —sentencia de 7 de mayo de 1975—; y c) que tal virtualidad debe quedar enervada cuando frente a la inscripción registral se acredita la real existencia de una zona marítimo-terrestre de dominio público, perfectamente determinada y dentro de la cual se justifica que se encuentran los terrenos litigiosos, inscritos a nombre de un particular —sentencia de 23 de abril de 1976, que cita las dos anteriores.

J. S. G.

III. OBLIGACIONES

ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

DESAHUCIO: NO SE SOLICITO LA PRORROGA POR EL ARRENDATARIO CON UN AÑO DE ANTELACION AL VENCIMIENTO DEL CONTRATO, COMO PIDE EL ARTICULO 10 DEL REGLAMENTO DE ARRENDAMIENTOS (SENTENCIA DE 10 DE FEBRERO DE 1981).

El arrendamiento se concertó en 1970, aunque en otro litigio anterior se declaró que existía desde 1965, pero aun así el arrendamiento acabaría en 1971, al concluir los seis años; pero en 1976 el arrendatario requirió al arrendador, anunciándole la prórroga del contrato, contestando el propietario que piensa cultivar directamente la tierra, por lo que, fallecido el arrendatario en 1977, se dirige la demanda contra sus herederos, solicitando el desahucio ante el Juzgado del Puerto de Santa María, que accedió a él por vencimiento de plazo, confirmándolo la Audiencia de Sevilla.

No triunfa el recurso de revisión. El único motivo se basa en el error de hecho en la apreciación de la prueba, ya que se funda en el escrito de demanda, que carece del carácter de documento auténtico, pero además lo que deriva de tal documento no es lo que pretende el recurrente, sino que en 15 de septiembre de 1971 el fallecido arrendatario se negó a concertar un nuevo contrato y, no obstante, prolongó su posesión de la finca arrendada. En la sentencia recurrida se da por probado que el contrato se convino en 1970 por seis años, por lo que, formulado el requerimiento de prórroga en 15 de julio de 1976, es evidente que no medió hasta la conclusión del plazo legal en noviembre del mismo año el plazo de un año, anterior a la extinción del contrato, que exige el artículo 10 del Reglamento, por lo que no procede la prórroga solicitada.

RETRACTO: NO PROCEDE PORQUE EL ACTOR NO ES APARCERO, SINO PRECARISTA (SENTENCIA DE 15 DE JUNIO DE 1981).

El actor dice que lleva la finca en aparcería durante nueve años y que, dividida ésta entre los dos hermanos propietarios, siguió como aparcero de los dos trozos de tierra con independencia. Uno de ellos vendió su finca,

presentándose demanda de retracto contra el comprador ante el Juzgado de Elche, e igualmente respecto al otro trozo, que también se había vendido, sin que se comunicase al aparcero ninguna de las ventas. Uno de los demandados se opuso, alegando que el actor no es aparcero, sino precarista, y, aunque fuese arrendatario, tampoco se le aplicaría la legislación arrendaticia, ya que era hermano de la anterior propietaria de las fincas, interponiéndose además la demanda fuera de plazo. El Juzgado desestimó la demanda, confirmando la Audiencia de Valencia.

No ha lugar a la revisión pretendida. El recurrente citó como fundamento del error de hecho documentos que aluden a hechos y personas que no intervienen en la litis presente y, por tanto, carecen de existencia física en los autos. Tampoco se impugna debidamente que el recurrente es aparcero de la vendedora del inmueble, sino aparcero del arrendatario del mismo, quedando al cesar el arriendo como precarista, por lo que no procede el retracto, ya que el actor carece de la cualidad de arrendatario, imprescindible para ejercer esta acción.

DESAHUCIO: NO SE ALEGO EL CULTIVO DIRECTO Y PERSONAL, POR LO QUE NO SON APLICABLES LAS PRORROGAS DE LOS REALES DECRETOS DE 1978 Y DE 1979 (SENTENCIA DE 16 DE JUNIO DE 1981).

En 1972 se dieron en arrendamiento las fincas al demandado que en 1978 pretendió la prórroga del contrato por seis años, pero los propietarios interpusieron demanda de desahucio ante el Juzgado de Carrión de los Condes, que la rechazó, pero la Audiencia de Valladolid la revocó, admitiendo el desahucio.

No triunfa el recurso de revisión. Antes de este litigio hubo otro motivado por un contrato de 1966, contrato que fue novado en 1972, ampliándose por otros seis años más, reduciendo el número de fincas y el precio de la locación, según sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1978, recaída en el recurso de revisión que entonces se interpuso. Al comunicar el 31 de marzo de 1978 el deseo de prórroga se opusieron los propietarios por entender que dicho anuncio era extemporáneo, pues debió hacerse con un año de antelación, es decir, en 1977. Se estimó aplicable el Real Decreto de 30 de junio de 1978, así como el de 16 de junio de 1979, con su prórroga automática hasta la nueva Ley de Arrendamientos Rústicos o, en todo caso, por un año; pero la sentencia recurrida revocó la anterior, ya que el cultivo directo y personal al que se referían aquellas disposiciones no fue siquiera aducido en primera instancia, y lo único que se alegó entonces fue la prórroga del artículo 10 del Reglamento, cuando había transcurrido el plazo determinado, lo que no puede desvirtuarse, porque en esa fecha estuviese tramitándose el pleito precedente, que terminó ante el Tribunal Supremo el 1 de febrero de 1978. Lo relativo al cultivo directo no puede aplicarlo el Juzgador de oficio conforme al *iura novit curia*, ya que la cuestión es de hecho y no jurídica. El Real Decreto de 1978 y el de 1979 se refieren a la prórroga de los contratos de los cultivadores directos y personales y no a toda clase de arrendamientos, sin que se pruebe aquel carácter, como hemos visto. Tampoco se puede admitir que la notificación de la prórroga no se pudiera hacer hasta que recayera sen-

tencia en el pleito anterior, ya que la tramitación judicial no suspende los efectos de las obligaciones de las partes ni veda el ejercicio del derecho de éstos, por lo que la solicitud extemporánea de la prórroga sólo puede atribuirse a defecto u olvido del mismo arrendatario, lo cual conduce a resolución del contrato por expiración del término de acuerdo con el número 1 del artículo 28 del Reglamento.

DESAHUCIO: SE TRATA DE UN SOLO CONTRATO Y NO DE VARIOS, POR LO QUE EL VENCIMIENTO DE PLAZO ES COMUN PARA TODAS LAS PARCELAS ARRENDADAS. NO SE EXCLUYERON TAMPOCO LAS PARCELAS DEDICADAS A VIÑA (SENTENCIA DE 29 DE DICIEMBRE DE 1980).

Se concertó una aparcería en 1972 de 31 fincas, que, pasado un año, se convirtió en arrendamiento. Finalizada la prórroga, los propietarios requirieron a la viuda e hijos del arrendatario para que dejaran las fincas, notificando éstos su deseo de continuar como arrendatarios. Ante el Juzgado de Valdepeñas se interpone demanda de desahucio, admitida por éste, y la Audiencia de Albacete confirmó la sentencia anterior.

No prospera el recurso de revisión. El recurrente funda todos los motivos en la causa tercera del número 4 del artículo 52 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos, sin fundamentar ninguno en la causa cuarta, lo que implica la intangibilidad de los hechos que han servido de base a la instancia. Los recurrentes dicen que se trata de un contrato complejo por haberse incorporado sucesivas parcelas al terreno originariamente arrendado y es inadecuado el procedimiento por seguirse el trámite de los desahucios y no el del juicio declarativo correspondiente, complejidad que no se deduce de la sentencia recurrida. Aunque no se hable de extinción de arrendamiento la sentencia que decreta el desahucio implica dicha extinción, ya que si no no procedería el lanzamiento de la finca que aquél significa. Tampoco puede prosperar el motivo referente a que el contrato se ha ido integrando por diversas parcelas que se van añadiendo a las primeramente arrendadas, por lo que no ha vencido el plazo respecto a algunas, ya que la sentencia recurrida expresa que lo arrendado incluía porciones cultivadas y otras no, sin que pueda entenderse que las partes cultivadas forman parte de contratos de arrendamiento posteriores. Es hecho probado que las fincas arrendadas estuvieron perfectamente identificadas y las partes no se propusieron contratar sobre otras distintas. El último motivo que pretende que las viñas han de durar lo que las cepas plantadas no puede admitirse, ya que el terreno dedicado a viñas es una pequeña parte del total arrendado, inferior a la cuarta parte, y no se probó que las parcelas plantadas de vides se excluyeran del contrato, sin que esta conclusión haya sido impugnada por el cauce adecuado.

**RETRACTO ARRENDATICIO: *PROCEDE ESTE RETRACTO, NO HABIEN-
DOSE PROBADO LA FALTA DE PERSONALIDAD DEL DEMANDADO
NI QUE EL PRECIO SEA DISTINTO AL PLASMADO EN LA ESCRI-
TURA DE COMPRAVENTA* (SENTENCIA DE 29 DE DICIEMBRE DE 1980).**

El arrendatario que se ha enterado de la venta de la finca que cultiva interpone demanda ante el Juzgado de La Bisbal, pidiendo el retracto. El demandado alega que la compraventa se había resuelto por escritura y que el actor no era arrendatario, sino que ocupaba la finca por mera liberalidad del propietario. El Juez admite la demanda, resolución que confirma la Audiencia de Barcelona.

No triunfa el recurso de revisión. No pueden servir de base a este recurso las normas de carácter procesal contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, según ha declarado la jurisprudencia, y tal carácter de norma procesal conviene a la excepción dilatoria del número 4 del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que se refiere a que el demandado no tenga el carácter o representación con que se le demanda, no pudiéndose confundir con la falta de derecho o acción que por dar vida a una excepción perentoria constituye el fondo del pleito. El que la sentencia condene al otorgamiento de la escritura es natural, por ser el instrumento adecuado para que el retrayente se subrogue en las condiciones estipuladas en el contrato de transmisión mediante los reembolsos del artículo 1.518 del Código Civil, conforme al artículo 16 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos. Los documentos aportados —certificaciones bancarias— no prueban la realidad del precio de 2.500.000 pesetas que a la finca atribuye el recurrente, ya que no contradicen lo afirmado por la Sala y no constituyen un hecho irrefutable, absolutamente contrario a dichas afirmaciones.

**DESAHUCIO: *LA ACTIVIDAD DOLOSA DEL COLONO SUPONE UNA DE
LAS CAUSAS DE RESOLUCION DEL ARRENDAMIENTO QUE SE DA
EN ESTE SUPUESTO* (SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1980).**

En 1971 se formalizó contrato por seis años, pero aunque los arrendatarios han notificado al actor el propósito de continuar el arrendamiento por seis años, los demandados, sin consentimiento del propietario, han realizado obras en la finca, con desprecio de los derechos dominicales de la parte actora. El Juez de Villarcayo declaró el desahucio, y lo mismo hizo la Audiencia de Burgos, en apelación.

Igual suerte corre el recurso de revisión. Los actos de los arrendatarios son lesivos para los intereses de los arrendadores, consistiendo en la demolición de las instalaciones de distribución interior de un edificio perteneciente a las fincas arrendadas, la destrucción de los «poyos» o lindes entre dos parcelas, la tala de cerezos y la variación de un camino de servidumbre, arrogándose facultades dominicales e incurriendo en un proceder desleal y antijurídico que integra un supuesto subsumible en las causas resolutorias del contrato. El dolo o culpa del arrendatario equivalen a la concurrencia de una actividad del colono reñida con la diligencia media exigible al cultivador y determinante de agravio económico para el propietario, bien

porque tuviera intención de causarlo, bien porque las actividades desarrolladas lo han sido sin desear el resultado dañoso y la causación antijurídica de un daño llevan insita la presunción de culpabilidad, sólo destruible por la prueba por el demandado de la irreprochabilidad de su conducta, que difícilmente se compagina con la trascendencia de los actos de los colonos.

DESAHUCIO: NO PROCEDE PORQUE LE ES APLICABLE LA PRORROGA PREVISTA EN LA DISPOSICION TRANSITORIA PRIMERA DEL REAL DECRETO DE 30 DE JUNIO DE 1978 Y EN EL ARTICULO UNICO DEL DE 16 DE JUNIO DE 1979, NO IMPORTANDO QUE EL APROVECHAMIENTO SEA EL GANADERO (SENTENCIA DE 26 DE ENERO 1981).

El arrendatario venía disfrutando de la finca desde hacía más de veinte años, siendo su único aprovechamiento el ganadero, pero se demanda el desahucio ante el Juzgado número 1 de Cáceres por expiración del término. Este desestimó la demanda, con base en que se hacía uso de todos los aprovechamientos de la finca, y no sólo los ganaderos, llevando cuarenta años como arrendatario, que cultivaba directa y personalmente, estando vigente el contrato en el momento de interponer la demanda. La Audiencia confirma esta sentencia.

El recurso de revisión no triunfa. Estando vigente el contrato en 1 de octubre de 1978, se declara por la sentencia la prórroga prevista en la disposición transitoria primera del Real Decreto de 30 de junio de 1978 y en el artículo único del de 16 de junio de 1979, que prorrogaron, respectivamente, por un año cada uno, los contratos que afecten a cultivadores directos y personales, a medida que expirara el plazo de los mismos, no siendo incompatible el aprovechamiento ganadero con la explotación personal y directa por parte del arrendatario, ya que de lo que se trata es de conferir el tratamiento especial que la prórroga supone a todas las explotaciones de fincas en que el arrendatario desenvuelva una actividad personal que sea la causa principal de la producción, trayendo tal interpretación del nuevo proyecto de Ley de Arrendamientos y del apartado 5 del artículo 10 del Reglamento de 1959, que entiende por explotación directa aquella en que se asumen los riesgos totales de la empresa agrícola, sin distinguir las diversas clases de aprovechamientos, deduciéndose lo mismo del criterio de este Tribunal, que se muestra en la sentencia de 14 de marzo de 1978. Por tanto, al acreditarse que existe una explotación directa y personal de la finca por el arrendatario, obliga a concluir que tal contrato vigente hasta 1 de octubre de 1979 le es aplicable la prórroga obligatoria que se contiene en aquellos Reales Decretos, acomodándose así a la interpretación finalista recomendada por el artículo 3.º del Código de tales Reales Decretos que esta Sala ha acogido en sentencia de 13 de junio de 1980, ya que con estas disposiciones se trata de resolver el problema social que se plantearía en tiempos de crisis económica con el despido de arrendatarios que cultivan personalmente las tierras arrendadas.

EXTINCION DE ARRENDAMIENTO: NO SE ADMITE EL RECURSO POR NO HABER CONSIGNADO EL RECURRENTE LAS RENTAS VENCIDAS (SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 1981).

Vencido el plazo de un arrendamiento de aprovechamiento ganadero, sin derecho a prórroga, no abandona la finca el arrendatario, por lo que el propietario solicita el desahucio ante el Juzgado de Ciudad Rodrigo, que dio lugar al mismo. La Audiencia declara la nulidad de lo actuado desde la providencia que admitió la apelación y declara la firmeza de la sentencia de primera instancia.

No prospera el recurso de revisión. El arrendatario no había satisfecho las rentas cuando interpuso el recurso de apelación, incumpliendo así el artículo 54 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos, en relación con los artículos 1.566 y 1.567 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que han de satisfacerse las rentas que se devenguen durante la sustanciación del pleito, antecedentes que imponen no sólo la inadmisión del recurso de apelación, sino también tener por desierto el recurso de revisión, facultad que compete a los Tribunales en todos los juicios de arrendamientos rústicos, excepto los de retractos, y que pueden ejercitar de oficio como normas de orden público, de inexcusable observancia.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO: NO OBSTA A LA DURACION DEL CONTRATO QUE SE FIJE PARA EL PAGO DE LA RENTA UNA FECHA DISTINTA A LA DE VENCIMIENTO DEL AÑO DE VIGENCIA DEL ARRENDAMIENTO (SENTENCIA DE 2 DE FEBRERO DE 1981).

Se arriendan varias fincas rústicas con una casa, pajar y bodega que se consideran inherentes al lote de fincas. El arrendatario se obligaba también a dejar de barbecho el tercio en cantidad y calidad, y se pactó que las partes se requerirían con la acostumbrada anticipación al finalizar el arriendo y, de no hacerlo, se entendería prorrogado por seis años, pero en las condiciones que determine la propiedad. Como esta cláusula no libera al arrendatario de pedir la prórroga con un año de anticipación, habiéndose cumplido en abril de 1978 los doce años y habiendo fracasado las gestiones amistosas, se presenta demanda de desahucio ante el Juzgado número 1 de Burgos, que después, ante el ruego de los demandados, desistió de ella, llegando a una transacción que no cumplieron los demandados, por lo que se presenta nuevamente demanda en la que se pide alternativamente que se cumpla el contrato transaccional entre las partes o se declare terminado el contrato por cumplimiento de plazo contractual e incumplimiento de las cláusulas del contrato. El Juzgado número 3 de Burgos estimó íntegramente la demanda, declarando resuelto el contrato, lo que confirma la Audiencia.

El recurso de revisión no es admitido. La acción planteada es personal y el recurrente suscita un tema de hecho: la identificación de la finca que es de exclusiva competencia del Juzgador de instancia, sólo impugnabile por la causa cuarta y no por la tercera del número 4 del artículo 52 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos. El período de vigencia del arrenda-

miento comenzó en 1966, por seis años, y luego se amplió por otros seis, en virtud de la cláusula referida, por lo que el contrato debía durar doce años, y en el momento de interponer la demanda había concluido el arrendamiento y era procedente la causa de desahucio primera del artículo 28 del Reglamento de Arrendamientos. No hay contradicción entre la cláusula que fija la duración del arriendo a partir de 1966 y la que establece el cómputo de la merced arrendaticia desde septiembre de 1967, dada la claridad existente respecto a la vigencia del contrato, no obstaculizada por el hecho de que el pago de la renta se fije en fecha distinta a la en que termine cada año del contrato, además de ser cuestión nueva planteada por vez primera en el recurso.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO: LA DURACION DEL ARRENDAMIENTO DE PASTOS Y RASTROJOS PUEDE SER FIJADA LIBREMENTE POR LAS PARTES (SENTENCIA DE 3 DE FEBRERO DE 1981).

En el contrato de arrendamiento para pastos por diez años la cláusula quinta decía que si los propietarios vendían la finca se daría por finalizado el contrato el día 29 de septiembre del año en que se vendiese la finca, renunciando el colono a sus derechos como arrendatario. Vendida la finca, se notificó al demandado, que alegó que la cláusula citada era nula de pleno derecho y no tenía valor ni efecto legal alguno. Se interpone demanda ante el Juzgado número 2 de Ciudad Real, pidiendo que se declare extinguido el contrato por acuerdo de las partes con fecha 29 de septiembre siguiente a la compraventa. El Juzgado estimó la demanda, pero la Audiencia Territorial de Albacete revocó esta resolución.

Tiene éxito el recurso de revisión. El único tema jurídico que todo ello plantea es el de la naturaleza del objeto dado en arrendamiento, pues del mismo depende la aplicabilidad de los números 1 ó 3 del apartado b) del artículo 9.º del Reglamento, a cuya virtud la duración de estos arrendamientos será fijada libremente por las partes. En la sentencia recurrida se dice que la cuestión es si debe finalizar o subsistir el vínculo arrendaticio, sin tener en cuenta que era preciso resolver previamente la naturaleza de lo arrendado, no obstante lo cual revoca lo decidido por el Juez de instancia, sin desvirtuar el fundamento de su decisión, que se presenta como ajustada a derecho, lo cual sirve de base al recurso, en cuyo primer motivo se denuncia la inaplicación del párrafo primero del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, motivo que debe ser estimado, porque la sentencia impugnada no resuelve el punto central y decisivo aducido por las partes del que depende la aplicación de unos u otros preceptos legales, lo que sin examinar los restantes motivos conduce a la estimación del recurso en su totalidad, procediendo a la confirmación de la sentencia de primera instancia, revocando la recurrida.

APARCERIA: CUALQUIERA DE LOS COMUNEROS PUEDE COMPARECER EN JUICIO PARA DEFENDER LOS INTERESES DE LA COMUNIDAD. PROBADO EL FRAUDE Y DESLEALTAD DEL APARCERO, PROCEDE LA EXTINCIÓN DE LA APARCERIA (SENTENCIA DE 7 DE FEBRERO DE 1981).

El propietario notificó al aparcero su propósito de resolver la aparcería, pero éste desea seguir como arrendatario en las fincas, en la proporción correspondiente a una mitad de ellas, por lo que interpone demanda ante el Juzgado de Aranda de Duero, solicitando la liquidación de cuentas por el propietario, el abono de los daños causados y la continuación como arrendatario. El propietario negó todo lo expuesto por el aparcero y formuló reconvencción, pidiendo el desahucio por haber durado la aparcería el plazo máximo marcado por la ley, sin que quepa, por tanto, la conversión en arrendamiento, y, además, por fraude y deslealtad del aparcero. El Juzgado estimó en parte la demanda y en parte la reconvencción, declarando que procede el desahucio del aparcero, sin que tenga derecho a la conversión en arrendamiento, pero procede la liquidación de cuentas, debiendo indemnizar los propietarios al aparcero y debiendo, por su parte, el aparcero reintegrar a los demandados las máquinas y utensilios reclamados por éstos. La Audiencia de Burgos confirmó aquella sentencia, salvo en cuanto a las fincas comprendidas, de las que excluyó las cuatro primeras enumeradas.

No prospera el recurso de revisión. La falta de legitimación del copropietario compareciente es un vicio formal que no puede servir de base al recurso de revisión, como ha declarado reiterada jurisprudencia. Por otra parte, no se puede considerar la falta de personalidad del demandado, que lo fue en su propio nombre y en el de sus hermanos, actuando siempre por sí y en nombre de aquéllos. Además, según reiterada jurisprudencia, cualquiera de los comuneros puede comparecer en juicio y ejercitar acciones que benefician a la comunidad, teniendo en cuenta que todos los comuneros pueden realizar actos de administración y, por tanto, desahuciar arrendatarios. Tampoco puede servir la insuficiencia de poder, ya que al no comparecer los hermanos no tienen por qué otorgar poder a procuradores, pues éste ha de ser otorgado por quien se persone y sea parte en aquél, como ha hecho el ahora recurrido. En cuanto a las fincas sembradas de alfalfa, la sentencia recurrida declara que éstas no se incluyen en la aparcería ni desde el inicio del contrato ni a partir de las campañas agrícolas 1970-71 y subsiguientes, y lo que pretende el recurrente es llegar a otra interpretación de los documentos aportados, sustituyendo la del Juez por la suya particular. Demostrado el incumplimiento del aparcero de forma clara y flagrante, de sus obligaciones de rendir cuentas y entregar la parte correspondiente de productos al propietario, llegando a verificar ocultación de éstos, por lo que los hechos básicos constitutivos de la deslealtad y el fraude existentes en el aparcero quedan incólumes y ha de estimarse correctamente interpretado el artículo 47 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, dados los acertados razonamientos de la sentencia de primera instancia, reproducida por la Audiencia. En consecuencia, no hace falta examinar si procede la extinción de la aparcería por cumplimiento del plazo, dado que se ha resuelto por fraude y deslealtad del aparcero.

DESAHUCIO DE APARCERIA: *PROCEDE EL DESAHUCIO POR FRAUDE Y DESLEALTAD DEL APARCERO* (SENTENCIA DE 7 DE FEBRERO DE 1981).

En 1974 se cedió en aparcería-masovería una finca por uno de los condueños en su propio nombre y en el de su hermano, por el que se concede la explotación pecuaria de una finca para ganado vacuno y para otros ganados con diversas modalidades, repartiéndose los beneficios por mitad entre propietario y aparceros. Aunque en el contrato no se hable de «masovería», ésta es la calificación que merece el contrato, a tenor del artículo 43 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos. El contrato se hizo por un año, prorrogable por otro si ninguna de las partes avisa con seis meses de antelación al otro. En 1977 se notifica por conducto notarial la intención de los propietarios de que el 1 de mayo de 1978 dejen la finca los aparceros, levantándose actas notariales acreditativas del abandono y del mal uso que han hecho de las fincas aquéllos, probándose también el fraude en materia de pagos debidos por el aparcero. El juicio de desahucio ante el Juzgado de Granollers tiene éxito, así como ante la Audiencia de Barcelona.

El Tribunal Supremo confirma las anteriores sentencias en revisión. Aparte de no fundar debidamente tal recurso por las infracciones de formalidades procesales que tienen su encaje en la causa segunda del apartado cuarto del artículo 52 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos, lo que impone la desestimación del primer motivo, y, por otra parte, contra la denegación de la prueba de confesión judicial no se formula reclamación ni en primera ni en segunda instancia, tendente a subsanar la supuesta falta. En cuanto al pretendido incumplimiento por el actor de sus obligaciones contractuales, el Juzgado se pronuncia en el sentido de que el referido actor venía dando cumplimiento a las prestaciones pecuniarias y no se probó no hiciera lo propio con las demás convenidas, siendo obvio que al no haber sido atacadas tales afirmaciones fácticas por la vía de la causa cuarta del apartado cuarto del artículo 52 el motivo no puede prosperar por carecer del debido apoyo.

C. R. R.

ARRENDAMIENTOS URBANOS

RETRACTO: *NO PROCEDE EL RETRACTO CUANDO VARIOS ARRENDATARIOS PRETENDEN EL DE UN CONJUNTO INMOBILIARIO QUE SE HA VENDIDO COMO UNA UNIDAD* (SENTENCIA DE 5 DE ENERO 1981).

Vendido un local, arrendado a muchos arrendatarios, a una sociedad, diciéndose en la escritura que se transmite como «conjunto inmobiliario», es decir, como una sola finca, cuando ellos creen que se trata en realidad de 79 fincas arrendadas a otros tantos inquilinos, alegando además que la vendedora es la principal accionista de la sociedad compradora. El Juzgado número 4 de Barcelona aceptó el retracto, pero la Audiencia revocó la anterior sentencia.

No prospera el recurso de casación por infracción de ley. El retracto requiere como supuesto básico que el objeto de la transmisión sea un local o espacio independiente dotado de sustantividad o de una finca en la que haya un solo arrendatario, pero no cabe su ampliación a supuestos distintos de los previstos por el ordenamiento positivo, según la sentencia de 27 de junio de 1969, y, por ello, la hipótesis de agrupación a que se refiere el artículo 47 de la Ley, encaminada a combatir el fraude de la ley, previniendo confabulaciones impeditivas del retracto, mediante la arbitraria suma o acumulación de locales arrendados, pretende atajar una actitud dolosa del arrendador tendente a burlar esa preferencia adquisitiva, proceder reprochable que según la jurisprudencia no es permitido apreciar cuando la enajenación abarca la totalidad de una finca que constituye una unidad patrimonial, aunque ocupado por varios arrendatarios, ya que sería absurdo e inadmisibles entender que los pisos o locales han sido agrupados a los solos fines del contrato, por lo que si se trata de la venta de un edificio completo integrante de una unidad jurídica inscrita como finca única en el Registro, se excluye el retracto de no darse las notas definidoras de la situación contemplada en el párrafo segundo del artículo 47. La Sala sentenciadora dice que la finca constituye una unidad a pesar de hallarse compuesta por varios cuerpos o naves, estando la finca inscrita en un solo folio en el Registro a efectos de lo dispuesto en el artículo 8.º y en el 243 de la Ley Hipotecaria y en el 44 del Reglamento Hipotecario, y si bien caben discrepancias entre el Registro y la realidad extrarregistral, en este caso todos los datos conducen a pensar que la entidad registral única guarda acomodación a la verdad extratabular, como lo demuestra el informe del arquitecto, que indica que el conjunto constituye una sola finca por su construcción, por su aspecto y destino, lo que corrobora una comunicación del Ayuntamiento, que dice haber sido concedida una licencia de edificación para un conjunto unitario urbanísticamente indivisible. El contrato de 1972 contiene estipulaciones alusivas al compromiso de edificar y a la entrega de una cantidad con la significación de arras del futuro arrendamiento, pero no destruye la realidad de que el edificio es un complejo inmobiliario unitario. La finalidad social de los derechos de tanteo y retracto y su interpretación extensiva no admite ni podría hacerlo la viabilidad de esa preferencia adquisitiva cuando el local ocupado por el arrendatario no constituye una finca independiente, sino que es parte de un conjunto unitario.

RETRACTO: HA CADUCADO LA ACCION POR SU NO EJERCICIO EN EL PLAZO DE SESENTA DIAS SIN QUE PUEDA PROSPERAR LA TESIS DEL RECURRENTE DE QUE LA ACCION NO PRESCRIBE HASTA LOS QUINCE AÑOS POR SU CARACTER PERSONAL (SENTENCIA DE 12 DE FEBRERO DE 1981).

En 1943 se arrendaron unos locales para una industria de alquiler de toldos, subrogándose su esposa al fallecimiento del arrendatario. En 1978 se comunicó el expediente de derribo de la finca y por él tuvieron conocimiento los herederos de la arrendataria de la venta de la finca, ya que no se les había comunicado, por lo que ejercitan el retracto ante el Juzgado número 3 de Salamanca, contestando la entidad adquirente que los here-

deros de la arrendataria no tenían derecho a subrogarse en el arrendamiento y, por tanto, no tenían derecho de tanteo. El Juzgado desestimó la demanda, lo que confirmó la Audiencia Territorial.

El recurso de casación por infracción de ley no tiene éxito. El motivo distingue entre prescripción y caducidad, alegando que la caducidad se refiere al derecho de retracto y no a la acción dimanante del mismo, y los actores ejercieron legalmente aquél mediante un acta en la que manifestaron fehacientemente dentro de los sesenta días su voluntad de retraer, sin que pueda hablarse de caducidad después, ya que el derecho queda perfeccionado y nace la acción correspondiente que ningún precepto somete a caducidad, sino a las normas generales de la prescripción extintiva, es decir, al plazo de quince años. Esta es una cuestión nueva no alegada en instancia, pero su rechazo se impondría porque mediante el ejercicio de la acción lo que el demandante pretende es obtener el reconocimiento de un derecho que le otorga la ley, siendo considerada la acción como el derecho mismo en actuación. A la vista de todo ello, carece de toda consistencia el razonamiento del recurrente al distinguir entre el reconocimiento del derecho, que es para lo que le vincula la caducidad del artículo 48 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y el del ejercicio de la acción para obtener la declaración de tal derecho, pues ello conduciría a que, verificada la exteriorización de su deseo de retraer, su acción para hacerla efectiva quedará viva mientras no transcurra el término prescriptivo de quince años de las acciones personales. Toda la jurisprudencia ha proclamado que la acción caduca si no se ejercita en sesenta días, y como el conocimiento de la transmisión fue conocido por el demandante desde 25 de enero de 1978, sin que los actores promovieran el acto conciliatorio hasta 22 de junio, por lo que la sentencia, al estimar la caducidad de la acción retratual ejercitada, interpretó correctamente tanto el artículo 48 de la Ley como la constante doctrina jurisprudencial que lo interpreta, sin que el recurrente haya citado una sola resolución que pueda abonar la tesis del recurso.

NULIDAD DE CONTRATO: ES NULA LA CLAUSULA QUE VA CONTRA EL DERECHO DE PRORROGA FORZOSA, YA QUE ESTE ES DE DERECHO NECESARIO Y NO PUEDE SER MODIFICADO POR LA VOLUNTAD DE LAS PARTES (SENTENCIA DE 10 DE MARZO DE 1981).

Se demandó al Organismo Autónomo de Administración Institucional de Servicios Socioprofesionales ante el Juzgado número 4 de Valencia sobre nulidad de arrendamiento. El contrato se formalizó en 1955, aunque la finca ya estaba ocupada anteriormente por la Organización Sindical. En dicho contrato había una cláusula por la que el arrendamiento debía terminar a los tres meses desde la inauguración de la «Ciudad del Aprendiz» para desalojar los locales, y se cumplió en 18 de junio de 1962, a pesar de lo cual continuó la Organización Sindical ocupando los locales indebidamente. El Juzgado absolvió de la demanda a la Administración Institucional referida, declarando nula la estipulación indicada del contrato de 1955, relativa a la condición resolutoria del contrato. La Audiencia de Valencia estimó en parte la demanda y el recurso de apelación, declarando válida la condición resolutoria, por lo que al haber construido la Organización Sin-

dical la llamada «Ciudad del Aprendiz» y haber transcurrido más de tres meses desde su inauguración, queda resuelto el contrato de 1955, debiendo dejar el local libre y a disposición del actor.

El recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado tiene éxito, acogiendo el motivo cuarto del recurso, en que se denuncia la infracción por violación del número 3 del artículo 6.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos y de igual número del artículo 6.º del Código Civil, ya que la Sala desconoce el carácter de derecho necesario de la normativa sobre prórroga forzosa de los arrendamientos, mediante estimar la licitud de la cláusula octava del contrato de 1955. El beneficio de la prórroga obligatoria para el arrendador y potestativa para el arrendatario, acogida por el artículo 57, en combinación con el artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos aparece como de derecho necesario y no puede ser modificada por la voluntad de las partes, siendo irrenunciable en los términos del artículo 6.º de dicha Ley, y ello desde la Ley de Bases de 1946, que lo concibió como punto crucial del sistema, siendo más esencial todavía que otras singularidades de la locación urbana, como la limitación de rentas, manteniéndose hasta el ordenamiento vigente de modo que a la relación arrendaticia no ha de ponerse fin contra la voluntad del arrendatario, como no sea por las causas enumeradas en el artículo 114, a los cuales hay que limitarse, fuera del supuesto de que el contrato deje de ser una locación urbana y se transmute en contrato de otra naturaleza. La jurisprudencia ha declarado nula cualquier cláusula que establezca una limitación a la prórroga legal, condicionándola por la voluntad de las partes y contradiciendo con ello el ordenamiento legal. La Sala estimó válida la cláusula de condición resolutoria y, por tanto, en junio de 1962, al inaugurarse la Institución Sindical de Oficios Industriales, quedó cumplida la condición resolutoria, produciéndose la resolución del contrato; pero esta cláusula debió ajustarse para su licitud a las rígidas normas sobre prórroga forzosa, so pena de incidir en vicio de nulidad correlativa a la infracción de las mismas, debiendo entenderse que, no obstante la misma, expirado el plazo de duración estipulado en la primera, entra en juego el beneficio de la prórroga forzosa para el arrendador, conforme al artículo 57, todo por contener dicha cláusula una renuncia nula al indicado derecho, coetánea de la conclusión o perfeccionamiento del contrato de arrendamiento, que cae de lleno dentro de la prohibición legal.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO: LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS PUEDE EJERCITAR LA FACULTAD DE RESOLVER EL ARRENDAMIENTO DE UN LOCAL DESTINADO A UNA ACTIVIDAD MOLESTA O INCOMODA, AUNQUE NO EJERCITASE PREVIAMENTE EL APERCIBIMIENTO AL PROPIETARIO O AL INQUILINO (SENTENCIA DE 12 DE MARZO DE 1981).

Arrendado un local por su propietario para un negocio de rótulos luminosos, para lo que es precisa la manipulación de plástico, material altamente inflamable, la Comunidad de Propietarios, enterada del carácter de industria peligrosa, que debe instalarse a dos mil metros del núcleo de población, decidió requerir al propietario para que resolviese el contrato,

sin que aquél ejercitara la acción correspondiente, por lo que presentó demanda ante el Juzgado número 1 de León, solicitando la resolución del arrendamiento. El demandado alegó que el contrato no era de arrendamiento, sino de opción de compra, aduciendo además la falta de peligrosidad de la actividad ejercida en el local. El Juzgado desestimó la demanda por falta de legitimación pasiva del demandado, sin entrar en el fondo del asunto, pero la Audiencia revocó la anterior y decretó el desahucio.

No triunfa el recurso de casación por infracción de ley. La sentencia recurrida demuestra que la indicada Comunidad de Propietarios cumplió el requisito del segundo párrafo del artículo 19 de la Ley de Arrendamientos Urbanos para la obtención judicial de la pretensión, cual es no haberlo ejercitado el propietario en el plazo de quince días después del requerimiento practicado al efecto. La relación jurídica entre el demandado y el propietario es la de arrendamiento. La actividad desarrollada en el local, además de molesta e incómoda, puede ser peligrosa. La Junta de Propietarios podía ejercer la facultad que le concede la Ley de Propiedad Horizontal de aperecibir al titular, o en su caso al ocupante del local, para que, desatendido este aperecibimiento, pueda obtener judicialmente la privación del uso del piso o local a aquel y a quienes con él convivan, pero sin que afecte a los restantes derechos dominicales y a las obligaciones derivadas del título dado que su condición de titular dominical no posibilita el desproveerlo de su dominio, pero de no poner en ejecución la facultad citada siempre tenía vivo el ejercicio contra él de la correspondiente acción para obtener del Juez, mediante la vía judicial el lanzamiento o la resolución del contrato en su caso, previo el transcurso del plazo prudencial que al titular le hubiere sido señalado por la expresada Junta de Propietarios, cual ha sucedido aquí, lo cual no es sino una subrogación de acciones que no precisa de tal aperecibimiento previo al precitado arrendatario. Por otra parte, el contrato de 1976 contiene la cesión del uso del local por tiempo determinado y precio cierto, por lo que se dan los requisitos del arrendamiento que previene el artículo 1.543 del Código Civil, sin que obste el que se le una una reconocida opción de compra por dos años, que no consta ejercitada, sin que de la interpretación del contrato se deduzca sino la coexistencia de ambos contratos durante ese plazo. Los informes técnicos aportados señalan que la industria no deja de tener un carácter peligroso para los ocupantes del inmueble, sin que dichos informes dejen de tener el carácter de documento auténtico a efectos de casación, conforme dice esta Sala desde el momento que sus afirmaciones vienen sometidas a la libre apreciación del juzgador conforme al artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

DESAHUCIO DE INDUSTRIA: NO EXISTE TRASPASO EN LA CESION DE INDUSTRIA O NEGOCIO POR PRECIO, YA QUE AQUEL SE REFIERE SEGUN LA L. A. U. AL DE LOCAL DE NEGOCIO SOLAMENTE, INCLUSO AUNQUE SE CEDA ESTE AL MISMO TIEMPO (SENTENCIA DE 31 DE MARZO DE 1981).

Se solicita ante el Juzgado número 4 de Zaragoza el desahucio de una industria de horno de pan con almacén y despacho, habiendo desaparecido el primitivo arrendatario, aunque siga vendiéndose pan en el local. Alegaron

los demandados que eran propietarios del negocio y arrendatarios del local, por lo que se oponían al pretendido desahucio. El Juzgado admitió la excepción de los demandados y rechazó la demanda, lo que confirmó la Audiencia Territorial.

El Tribunal Supremo admite el recurso de casación. En el contrato de 1969 se estableció y pactó que la recurrente, propietaria de un negocio de panadería cedió en calidad de traspaso el negocio a los recurridos, mediante el abono de doscientas mil pesetas en cuatro plazos, así como la suma de tres mil pesetas mensuales en concepto de arriendo de las instalaciones correspondientes a la fábrica de pan, despacho de venta, almacenes y piso. La Audiencia califica el contrato de arrendamiento de industria a diferencia del Juez, que consideró que era de local, pero rechazó la demanda por estimar abusivo el ejercicio del derecho (art. 7 del Código Civil) abuso configurado por la circunstancia de haberse hecho entrega por los demandados de la suma de doscientas mil pesetas, que considera prima única del arrendamiento, cuestión esta que no había aflorado al proceso ni las partes habían aducido nunca. Ante esto la propietaria ejercitó el recurso de casación, con base en la incongruencia de la sentencia, con las pretensiones de los litigantes, con violación del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la jurisprudencia, que dice que no debe otorgar el juez más de lo que piden las partes. La sentencia recurrida incurre en el defecto alegado por la recurrente y así debe estimarse, ya que las partes no piden la ineficacia de la acción por abuso de derecho, ya que la demandante pretende sólo la acción resolutoria del que llama arrendamiento de industria frente a los demandados, que consideran que es un arrendamiento de local sujeto a prórroga forzosa, por lo que al introducir la sentencia un dato de hecho extraño al proceso es clara la incongruencia denunciada y la necesidad de estimar los dos motivos estudiados en cuanto se falla sobre extremo no pedido con la indefensión de la parte. No puede admitirse la posibilidad de justificar la incongruencia como aplicación del deber judicial de vigilancia y sanción de los actos contrarios a la ley mediante la declaración de nulidad, doctrina que debe estimarse con prudencia para evitar la proliferación de nulidades excesivas en materias que entran en el ámbito de la autonomía de la voluntad y la jurisprudencia declara la posibilidad de declarar de oficio la nulidad para evitar que los fallos de los Tribunales por el silencio de las partes puedan amparar hechos torpes o constitutivos de delito, también es cierto que sólo es posible ante actos nulos de pleno derecho, pero no ante negocios no afectos de vicio o no infractores de un precepto claro y terminante y menos respecto de actos o negocios cuya apariencia correcta merece el debido respeto, mientras no se impugnen en forma o eficazmente, dando así oportunidad a la otra parte para su defensa, en atención a las posibles consecuencias de la acción. El abuso del derecho no pertenece al ámbito de los actos contrarios a las normas sino al del ejercicio de los derechos en armonía con sus límites y el principio de la buena fe es materia dispositiva que ha de actuarse como acción o excepción y como remedio al perjuicio que se causa en materia no regulada por otras normas destinadas a la solución de conflictos y colisión de derechos, por lo que debe ser actuada por las partes y manifestarse de modo claro y patente según el principio de contradicción.

En la segunda sentencia de la misma fecha se dice que no constituye traspaso el que suscriben el dueño de la industria y del local y un extraño

a quien se cede el negocio, adquiriendo éste al propio tiempo el carácter de arrendatario del local, supuesto que es el de autos, donde la voz «traspaso» no puede tener otro sentido que el de cesión por precio o venta y no el técnico de la ley especial solo aplicable a la cesión hecha por el arrendatario sin que pueda atribuirse el sentido de prima o premio, cuando es el dueño el que cede sin contraprestación de renta o merced periódica de tiempo determinado, por lo que procede confirmar la sentencia de la primera instancia.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO: PROSPERA LA REVISION AL PROBARSE LA MAQUINACION FRAUDULENTE DE LOS ACTORES PARA EVITAR QUE LOS DEMANDADOS TUVIERAN CONOCIMIENTO DEL LITIGIO PARA RESOLVER EL CONTRATO (SENTENCIA DE 18 DE MAYO DE 1981).

En rebeldía de los demandados, herederos de la arrendataria primitiva, se declara resuelto el contrato de arrendamiento de un local de negocio por el Juzgado número 3 de Málaga. En consecuencia se interpuso recurso de revisión ante el Tribunal Supremo por los demandados con base en que los herederos del arrendatario abonaban la renta de dicho local, habiendo cerrado el negocio por unas obras efectuadas en la calle donde estaba el local, de forma provisional, encontrándose con el desalojo del mismo sin haber tenido conocimiento del procedimiento hasta el día en que se realizó aquel, en ejecución de sentencia de primera instancia resolutoria del contrato.

Tiene éxito la revisión solicitada. No procede la alegación del Fiscal de haberse interpuesto la revisión fuera del plazo, ya que el recurrente tuvo conocimiento del litigio el 22 de mayo de 1979 en que se llevó a efecto el lanzamiento del local, por lo que, formalizado el recurso el 21 de agosto, lo fue dentro de los tres meses que señala el artículo 1.798 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El recurso se funda en la maquinación fraudulenta de la causa cuarta del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y del examen de los autos se deduce que los autores obtienen un certificado de defunción de la arrendataria, desglosando su Procurador dicho certificado al día siguiente del lanzamiento a petición de la parte. Los actores vinieron percibiendo a través de un administrador las rentas hasta mayo de 1979, siendo lógico que, aunque pueda pagar cualquiera, el que lo haga tenga interés en hacerlo. Era fácil saber la dirección de los demandados, ya que el nombre comercial de los mismos figuraba en el local arrendado y en la guía telefónica. Los actores no pusieron ninguna diligencia en averiguar el parentesco de este señor con la fallecida arrendataria, careciendo de justificación la ocultación de sus nombres y la solicitud de que como desconocidos fueran citados por edictos en el litigio sobre resolución del arrendamiento del local, interesando dicha forma de citación con la finalidad de que, al no enterarse del planteamiento de la demanda, se sustanciase el juicio en rebeldía, obteniendo una sentencia favorable sin que los demandados compareciesen a defender sus posibles derechos, actuación que constituye la maquinación fraudulenta de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

DESAHUCIO: NO PRUEBA EL RECURRENTE LA PRETENDIDA MAQUINACION FRAUDULENTE DEL ACTOR PARA QUE EL INQUILINO NO PUDIERA COMPARECER EN JUICIO AL HACER LA NOTIFICACION EN UN PISO DESOCUPADO, PROPIEDAD DEL RECURRIDO (SENTENCIA DE 12 DE NOVIEMBRE DE 1980).

Se pide el desahucio de una vivienda por falta de pago ante el Juzgado Municipal número 10 de Madrid, que lo concedió, sin que hubiera comparecido el demandado. Este presentó escrito ante el Juzgado, solicitando la nulidad de las actuaciones y que se dejara sin efecto la sentencia dictada, cuyo incidente fue rechazado por el Juez. El demandado interpuso recurso extraordinario de revisión en el que se alegaba que el actor se había negado a dar recibo de las rentas enviadas por giro, por lo que un juicio de desahucio por falta de pago no prosperó ante el Juzgado Municipal ni ante el de Primera Instancia. Apenas transcurrido un mes se interpuso de nuevo otro juicio, sin que el recurrente tenga en su poder los justificantes del pago por hallarse incorporados aún a los autos del litigio anterior, sin que recibiera una segunda citación, sino la notificación de la sentencia declarando el desalojo, por lo que, existiendo fraude en la notificación hecha a un vecino que lo fue en un piso propiedad del mismo actor, se interpone este recurso extraordinario.

Se rechaza este recurso de revisión. La pretendida maquinación fraudulenta al hacer la citación en un piso desocupado de su propiedad no ha sido probada por el recurrente, apareciendo en autos que se hizo en el piso 4.º izquierda de la calle Doña Mencía, número 31, de la capital, no firmando la vecina, pero sí un testigo, de lo que certifica el Secretario, por lo que no acreditándose la maquinación fraudulenta del recurrido, se declara improcedente el recurso.

OBTENCION DE CIERTAS DECLARACIONES REFERIDAS A UN LOCAL DE NEGOCIO: SON NULAS LAS CLAUSULAS DE AUMENTO PROGRESIVO DE LA RENTA, SEGUN REITERADA JURISPRUDENCIA, PERO VALIDOS LOS AUMENTOS YA PAGADOS POR EL ARRENDATARIO CON ANTERIORIDAD A LA IMPUGNACION DE TAL CAUSA (SENTENCIA DE 22 DE NOVIEMBRE DE 1980).

Ante el Juzgado número 1 de Albacete se presentó demanda sobre declaraciones referidas a local de negocio, alegando que en 1972 se realizó el contrato de arrendamiento de local de negocio con revalorización cada cuatro años con un incremento porcentual igual al que durante ese periodo sufriera el salario mínimo legal. Con treinta días de anticipación al vencimiento del primer plazo de cuatro años se notificó el aumento al arrendatario, con lo que se le privó a éste del plazo de treinta días que le concede el artículo 101 de la ley para contestar al arrendatario sobre la procedencia del aumento. El arrendatario, en acto de conciliación, rechazó la cantidad que quería cobrar el propietario considerando ilícito e ilegal el aumento pretendido. El demandante cree que es nula de pleno derecho la cláusula contractual sobre elevación de la renta igual a la del salario mínimo, ya que no preveía la reducción de la misma, según doctrina jurisprudencial,

debiendo devolver el arrendador la cantidad cobrada por consecuencia del incremento legal. El propietario alegó contradicción en la postura del actor, que, por una parte, admite el aumento, pagando lo exigido, y, por otra, solicita la nulidad de la cláusula contractual, por lo que nadie puede ir contra sus propios actos, pidiendo la desestimación de la demanda. El Juzgado rechazó la demanda, confirmándola la Audiencia Territorial.

Tiene éxito el recurso de casación por infracción de ley. La Ley de Arrendamientos vigente permite la autonomía de la voluntad en su artículo 97, pero dada la subsistencia de la norma imperativa sobre el beneficio de la prórroga para el arrendatario, según el artículo 57, el convenio sobre incremento de renta que quiebre la correspondencia entre prórroga y renta, constantemente aludida por la jurisprudencia, tiene la significación de un acto realizado en contravención fraudulenta de un precepto imperativo, nulo según el artículo 9 por ser el vehículo para eludir una regla de *ius cogens*, haciéndolo tan oneroso que se convierta en ilusorio el ejercicio del derecho de prórroga que al locatario concede el artículo 6.º Reiterada doctrina jurisprudencial dice que los pactos de elevación de rentas que contemplan un incremento progresivo y constante carecen de validez por conculcar la norma de derecho necesario sobre la prórroga y la prohibición de su renuncia, ya que estas cláusulas infringen el principio capital en derecho de obligaciones sancionado por el artículo 1.256 del Código Civil de que el cumplimiento y la eficacia del negocio bilateral no puede quedar al arbitrio de uno de los contratantes, norma imperativa que provoca la nulidad de todo pacto que la contradiga por aplicación del artículo 6.º del Código. Los pagos hechos por el arrendatario responden a la efectividad de un acuerdo sobre incremento de su contraprestación, que se independiza ganando sustantividad de la cláusula por la que se pacta la elevación periódica e indefinida del precio del arrendamiento, cuando el monto obtenido se ajusta a la equidad y responde a la función del contrato conmutativo sin romper el juego de los intereses patrimoniales de las partes excluyendo toda nota de anormalidad o abuso, susceptible de impugnación con base en el artículo 9.º de la ley. La Sala sentenciadora admite la validez de estas cláusulas por ser insólita la hipótesis de que bajen los índices correctores y la ley se funda en la autonomía de la voluntad. Pero estos argumentos se oponen a la doctrina del Tribunal Supremo, declarando hasta la saciedad la nulidad de tales cláusulas por contravenir las normas imperativas ya vistas sobre prórroga del contrato. En la segunda sentencia de la misma fecha se declara válido el aumento ya pagado por el arrendatario y nula la cláusula de aumento progresivo y porcentual.

DESAHUCIO DE LOCAL DE NEGOCIO: PROCEDE LA REVISION, YA QUE EL PROPIETARIO CONOCIA LA ADJUDICACION DE LOS DERECHOS ARRENDATICIOS HECHA EN SUBASTA AL RECURRENTE (SENTENCIA DE 19 DE ENERO DE 1981).

En el Juzgado número 13 de Barcelona se presenta demanda de desahucio por falta de pago, de un local de negocio, que lo admitió, decretando el desalojo sin que comparezca el demandado. Ante el Juzgado de Distrito competente presentó otro señor un escrito alegando que él era el único arrendatario del local por haberle sido adjudicados los derechos arrenda-

ticios en subasta pública, celebrada en virtud del procedimiento sumario del artículo 82 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y, por tanto, se había extinguido el primitivo contrato y se había sustituido por el del compareciente, el cual no había sido citado ni tenido noticia del proceso hasta que ha sido desposeído por el lanzamiento y, por consiguiente, sin posibilidad de defenderse, por lo que solicita la inmediata suspensión del lanzamiento y la nulidad de tales actuaciones. El propietario alegó desconocer la adjudicación de los derechos arrendaticios, habiéndosele notificado solamente el embargo de los mismos y no los trámites posteriores, que desembocaron en la subasta, con lo cual se vulneran los requisitos que el artículo 33 de la Ley de Arrendamientos señala para el traspaso, sin poder ejercitar el derecho de tanteo por desconocer la adjudicación hecha. El Juez de Distrito declaró no haber lugar al incidente de nulidad y la apelación no tuvo éxito. La representación del nuevo arrendatario interpone recurso extraordinario de revisión, con fundamento en la maquinación fraudulenta del propietario que, conociendo que su representado era el único arrendatario, no fue demandado ni citado, conculcándose el principio de que nadie puede ser privado de sus derechos sin ser oído y vencido en juicio, así como el artículo 24 de la Constitución y el artículo 7.º del Código Civil.

El recurso tiene éxito. El recurrente está legitimado para promover la revisión del juicio de desahucio, según declara la sentencia de 23 de noviembre de 1962, ya que los interesados en el litigio, aunque no fueran parte en el mismo, están facultados para interponerlo, pues admitir lo contrario sería dejar indefensos a éstos. El recurrente no sólo está interesado en el juicio, cuya revisión pretende, sino que es el único interesado, por cuanto el anterior arrendatario fue privado de la posesión que podía ostentar como tal. La demandante conocía no sólo el embargo, sino el desenlace del mismo, ya que mantuvo conversaciones con el abogado del recurrente, llegando a presentar escrito ante el Juzgado que conocía del juicio sumario, anunciando su propósito de interponer la acción de desahucio por falta de pago, lo que hacía obvio que se informara del resultado de tal procedimiento, constituyendo la ocultación maliciosa de este resultado una maquinación fraudulenta, ya que aunque el hecho de no notificarle la mejor postura ofrecida en la subasta, le confiera el derecho de no reconocer el traspaso, se requería una actuación por su parte a fin de hacer efectivo su derecho y, no habiéndolo verificado así, no podía hacer caso omiso para ejercer la acción resolutoria por falta de pago de la situación jurídica originada en orden a la titularidad del arrendatario. Procede la admisión del recurso sin perjuicio de dejar a las partes su derecho a entablar el juicio correspondiente.

C. R. R.

IV. DERECHO DE FAMILIA (*)

ALIMENTOS INTERCONYUGALES. FIJACION DE ALIMENTOS DEFINITIVOS Y SEPARACION DE HECHO (1). Artículos 56 y 143, 1.º, del Código Civil. Bujanda c. Quintana (SENTENCIA DE 17 DE JUNIO DE 1972).

Antecedentes.—La actora, esposa del demandado, entabla la demanda en base a los siguientes hechos: 1) Que el matrimonio había tenido una vigencia de veintitrés años; 2) Que con motivo de la conducta desordenada del esposo, culminada en el abandono del domicilio conyugal en 1963, se planteó por la esposa demanda de alimentos «provisionales», cuya demanda fue estimada por el Juzgado y cuyo fallo decía: «declaro que el marido don... está obligado a abonar a su esposa en concepto de alimentos provisionales la cantidad de doce mil pesetas mensuales, que hará efectivas por mensualidades anticipadas desde la fecha de la interposición de la demanda, sin que esta sentencia produzca excepción de cosa juzgada, quedando a salvo el derecho de las partes para promover el juicio plenario de alimentos definitivos (2) por los trámites del declarativo que corresponde, condenándole al pago de la cantidad mencionada, que podrá hacerse efectiva, en caso contrario, por la vía de apremio...»; 3) Que, recurrida dicha sentencia por el marido, la Audiencia confirmó íntegramente el fallo del Juzgado, deviniendo dicha sentencia firme; 4) Que, dados los años transcurridos desde la fijación de los alimentos «provisionales», procede al reajuste mediante la fijación definitiva de los alimentos.

Tras una serie de argumentos de tipo socio-económico, termina con la *súplica* de que se dicte sentencia condenando al demandado a que satisfaga a su esposa en concepto de alimentos definitivos la cantidad de veinticinco mil pesetas mensuales a partir de la fecha de la interposición de la demanda, verificándose el pago por mensualidades anticipadas, con expresa imposición de costas.

(*) Bastaría comprobar la fecha de las sentencias que seguidamente van a ser comentadas o anotadas para darse cuenta del retraso con que aparecen en esta Revista.

Buena parte de la culpa de ese retraso es íntegramente imputable al firmante, ya que la última sentencia por mí comentada (*Sentencia de 10 de junio de 1972*) apareció en el núm. 515 del año 1976.

El hecho de una exclusiva tarea de investigación para la obra de comentario de la *Compilación de Baleares* (para la colección de Comentarios dirigida por el Profesor don MANUEL ALBALADEJO), junto con la confianza en mí depositada por la Dirección de esta Revista y su amabilidad en tolerar benévola-mente aquel cumplimiento anómalo mío del encargo recibido, han posibilitado la continuidad en la recepción de las sentencias a mí encomendadas y determinado este paréntesis o demora en mis comentarios de sentencias.

Viene así aludida la justificación o por qué de ese retraso en su ámbito *subjetivo*. Además, en un esquema o ámbito *objetivo* tal demora puede encontrar, si no atenuantes, sí una cierta comprensión por parte del benévolo lector, que se encuentra sometido al bombardeo de libros, revistas y publicaciones de todo tipo. Todo este cúmulo de publicaciones se ha incrementado en cantidad y calidad desde la transición a la democracia y con la aparición de la Constitución de 1978.

Hay que añadir aquí que es precisamente en tema de *Derecho de Familia* donde mayor ha sido la transformación de los esquemas, instituciones y métodos de trabajo. De ahí que este lapso de tiempo de 1976-1982, con sentencias pendientes de anotación o comentario de 1972-73, sea especialmente importante en el momento de proceder a una *valoración* o a una *reflexión sociológica*.

Llamada la atención hacia este último punto, quiero precisar que mis observaciones, notas o comentarios serán *en función* de la fecha de cada sentencia.

Para cada caso concreto podrá haber por mi parte una referencia a publicaciones determinadas, como marco o coordenadas en que centrar el tema.

(1) Para el *tema concreto* de los alimentos en la separación de hecho, véase la reciente aportación de la Profesora C. HERNÁNDEZ IBÁÑEZ. «Los alimentos en la separación de hecho», en *R. G. L. J.*, tomo LXXXIII, núm. 2, agosto 1981, págs. 89 y ss., con cuidada exégesis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

(2) Los subrayados son míos. J. C. G.

El demandado contestó y se opuso a la demanda, reconociendo los hechos que señalo como 1, 2 y 3, y oponiéndose al 4, en base a que la actual separación conyugal es de mero hecho, sin haber mediado ninguna separación judicial consecuencia de la dependencia de un proceso de los que legitiman para la petición y percepción de alimentos. Suplica que se dicte sentencia desestimatoria de la demanda con condena en costas.

El Juzgado estima parcialmente la demanda, condenando al demandado a abonar a su esposa, en concepto de alimentos y a partir de la fecha de la presentación de la demanda, la cantidad de quince mil seiscientas pesetas, pagaderas por meses adelantados y absolviéndole del resto de las peticiones de la demanda, sin condena en costas a ninguna de las partes.

La sentencia del Juzgado, recurrida por ambas partes litigantes, es resuelta por la Audiencia, revocándola y condenando al demandado a abonar a su esposa en concepto de alimentos y a partir de la fecha de la interposición de la demanda, la cantidad de dieciocho mil pesetas, pagaderas por meses anticipados, sin expresa imposición de costas.

El marido demandado interpuso recurso de casación por infracción de ley, basándose en los siguientes motivos:

1.º Por aplicación indebida del artículo 143, 1.º, del Código Civil, con cita de las sentencias de 3 de noviembre de 1905, 5 y 9 de febrero de 1912, 17 de noviembre de 1916, 3 de noviembre de 1955 y 17 de marzo de 1960, porque se aplica al hecho real de una separación de hecho una norma que contempla otro supuesto completamente distinto, es decir, el de la separación de derecho; porque no existe una sentencia previa de separación conyugal, sin haber una declaración judicial sobre la culpabilidad o inocencia de los cónyuges y sin haberse determinado las causas de esa situación y la posible culpabilidad de uno o ambos cónyuges; porque tal situación de hecho, provisional, produce en orden a los alimentos unas consecuencias jurídicas, las de la concesión de alimentos con carácter «provisional»; que el ordenamiento jurídico, en orden a la prestación de alimentos entre cónyuges, regula dos sistemas distintos: uno, provisional, mientras dura la separación circunstancial, de hecho, que es el juicio de alimentos provisionales, y otro, definitivo, cuando la separación es definitiva, es decir, cuando se ha pronunciado una sentencia firme o ejecutoria en el correspondiente juicio; que, sin establecerse previamente el *status* jurídico del matrimonio, la petición de alimentos definitivos entraña el ejercicio de una *actio non nata*, lo que es un imposible, o el ejercicio de una acción sin fundamento jurídico alguno.

2.º Por no aplicación del artículo 75, párrafo inicial y número 5, del Código Civil, porque el ordenamiento jurídico, en cuanto a la regulación del matrimonio y sus efectos, distingue las diversas situaciones que en el mismo pueden producirse en orden a disciplinar sus consecuencias; que en las situaciones anormales del matrimonio hay la separación provisional o «de hecho», y la separación judicial, que origina una situación estable y permanente para la que hay que adoptar unas medidas definitivas; que nada puede tratarse, respecto a alimentos, con carácter definitivo, hasta que no exista una ejecutoria de separación; que el artículo 143 del Código Civil forma parte de toda una normativa reguladora del matrimonio, sus efectos, derechos y obligaciones de los cónyuges, según la situación personal en que se hallen, por lo que no puede aplicarse ni interpretarse aisladamente, sino relacionándolo con las demás normas; que del artículo 73

del Código Civil se deduce que el derecho definitivo y permanente a percibir alimentos ha de ser consecuencia de una ejecutoria de separación.

Visto siendo Ponente don Juan Antonio Linares Fernández (3).

Considerando 1.º: Los dos motivos que el recurso plantea entrañan *el problema de si se puede pedir alimentos entre cónyuges sin estar entablada, o en su caso resuelta, la causa de separación entre los mismos*. Que la norma del artículo 1.617 de la Ley Rituaria es norma de carácter general, que obliga, siempre que se resolvió sobre provisionales, a admitir la pretensión de definitivos. No cabe hacer distinción entre provisionales o definitivos.

Considerando 2.º: Que *la separación de hecho libremente aceptada entre los esposos —situación anómala, incompatible con los deberes del artículo 56 del Código Civil— no les priva por ello de modo genérico y sin atender a las circunstancias personales de cada caso concreto del derecho de recibir alimentos de su consorte conforme a los artículos 142 y siguientes del Código Civil*. Que *ni el artículo 56 ni el 143, 1.º, del Código Civil condicionan la exigibilidad de alimentos a la obligación de vivir juntos o al supuesto de que la separación se haya decretado judicialmente*. Por tanto, cualquier interpretación restrictiva iría contra el principio «donde la ley no distingue, no se puede distinguir», porque *la circunstancia de no acudir a la vía judicial para recabar la separación del matrimonio no justifica la pérdida del derecho concedido por el artículo 143, 1.º, del Código Civil*. Que la jurisprudencia —sentencias de 16 de octubre de 1913, 27 de abril de 1956, 9 de noviembre de 1957 y 28 de febrero de 1969, entre otras (4)— *ha reconocido expresamente el derecho a alimentos cuando la separación es mutuamente consentida*, y como el supuesto aquí contemplado coincide con el contenido de las sentencias citadas —se reconoce que el marido abandonó el domicilio conyugal— la sentencia recurrida aplicó exactamente tal doctrina, y por ello no pueden apreciarse las infracciones acusadas en los motivos, que por ello se desestiman, con imposición de costas.

Fallo: no ha lugar (5).

NULIDAD DE CLAUSULA DE CAPITULACIONES MATRIMONIALES. *Donación del tercio de libre disposición y pacto sobre herencia futura: donación de inmuebles y expresión individual de los bienes donados. Cosa juzgada: Identidad física, objetiva y jurídica. Artículos 1.271, 2.º, 826, 633 y 1.252 del Código Civil. Acevedo c. Méndez (SENTENCIA DE 14 DE OCTUBRE DE 1972).*

Antecedentes.—1. Constituyeron hechos probados en el presente litigio:

1) Don A., abuelo materno de los demandantes (hijos de su hija Rogelia), otorgó con su hija Ramira (demandada), en 1927, escritura de capitulaciones matrimoniales, por la que donaba a la misma el tercio de libre disposición de su herencia. 2) Don A. otorga testamento en 1948, en el que declara

(3) Considerandos extractados por mf: J. C. G.

(4) La Sentencia de 28 de febrero de 1969, con mi detenido comentario, fue publicada en esta misma Revista en el núm. 475, año 1969, págs. 1699 y ss. La Sentencia de 7 de octubre de 1970, similar a la anterior, con mi comentario, apareció en esta Revista, núm. 487, 1971, págs. 1524 y ss.

(5) Véase la breve Nota a esta sentencia por J. Díez CORRAL en A D C. 1972, pág. 1276, planteando el tema de qué pasaría si el marido optase por prestar los alimentos en su propia casa.

tener cuatro hijos (Angel, José, Ramira y Rogelia) y por el que *instituye herederos en nuda propiedad del tercio de libre disposición* de su herencia a los nietos del testador, hijos de su hija Rogelia (que son los demandantes. 3) Don A. fallece en 1950, bajo el testamento de 1948 citado. 4) El hijo José fallece en 1951, bajo testamento del mismo año, instituyendo heredera a su hermana Rogelia. 5) Por la hija Rogelia se promovió en 1967 el *juicio universal de testamentaria* de su padre don A. En el mismo cada Contador Partidor practicó las operaciones particionales, confeccionando para ello su respectivo Cuaderno. Fue necesaria la intervención de un Contador dirimente, que practicó su Cuaderno particional sosteniendo *la validez* de la donación del tercio libre efectuada en 1927. En el referido juicio universal fueron *citados* como «interesados» los hijos de doña Rogelia (aquí demandantes), sin comparecer ni ser parte en el mismo. 6) La parte promotora del juicio universal (doña Rogelia y don Angel), a la vista del cuaderno de la dirimencia, *lo impugnó*, planteando *juicio declarativo de menor cuantía* contra doña Ramira como demandada. El Juzgado dictó sentencia declarando la nulidad de la referida donación del tercio libre. La Audiencia revocó la sentencia del Juzgado, declarando la validez de la dicha donación y del cuaderno particional dirimente, que fue, en consecuencia, protocolizado.

2. La demanda es dirigida por los actores (hijos de doña Rogelia) contra doña Rogelia (su madre), doña Ramira y don Angel. Después de las alegaciones pertinentes, adujeron ser herederos directos de su abuelo don A. y el no haber sido ni demandantes ni demandados en el juicio universal de testamentaria y finalizan con la *súplica* de que se dicte sentencia por la que se declare: 1.º Nula radicalmente sin eficacia alguna la cláusula de la escritura de capitulaciones de 1927 de donación del tercio libre a favor de doña Ramira; 2.º Válido y eficaz el testamento de 1948; 3.º Radicalmente nula y sin efecto alguno la partición practicada por el contador-dirimente y protocolizada notarialmente. Con condena en costas.

3. Los demandados *doña Rogelia* (madre de los demandantes) y *don Angel* fueron declarados en rebeldía por incomparecencia. La demandada *doña Ramira* contestó y se opuso a la demanda, argumentando en síntesis que los hoy demandantes fueron debidamente citados para su intervención en el juicio de testamentaria de manera que tuvieran ocasión de ser partes en el litigio. La contestación finalizaba con la *súplica* de que, previa estimación de las *excepciones* de falta de legitimidad actora y de cosa juzgada, se dicte sentencia desestimando totalmente la demanda y absolviendo a los demandados. Con imposición de costas.

4. El Juzgado dicta sentencia *desestimando* la demanda, *sin* imposición de costas.

5. La Audiencia confirma la sentencia apelada, *con* costas.

6. Los demandantes interpusieron *recurso de casación* por infracción de ley, en base a los siguientes motivos:

1.º Infracción por aplicación indebida del artículo 1.252 del Código Civil en sus tres párrafos: A) *El párrafo primero* del artículo 1.252 del Código Civil exige «la más perfecta identidad» de las personas de los litigantes, y es cierto que los aquí recurrentes no litigaron en el litigio universal de testamentaria ni como demandantes ni como demandados, no siendo obstáculo a ello la *consideración que fueran de acuerdo con su madre y con unidad de criterio con ella*, ya que no existe la identidad «física» que exige el artículo 1.252. B) *El párrafo segundo* del artículo 1.252 del Código Civil

establece la «eficacia contra terceros», aunque no hubiesen litigado, de la presunción de cosa juzgada en las cuestiones sobre el estado civil de las personas y en las de validez o nulidad de las disposiciones testamentarias; pero: a) es lo cierto que en el pleito anterior no se discutió sobre la validez o nulidad de cláusula testamentaria, sino sobre la validez o nulidad de cláusula de capitulaciones matrimoniales, hasta el punto de que *en el fallo* de dicho pleito se declaró válida la cláusula de capitulaciones y «*a sensu contrario* nula la testamentaria» que se contraponen a aquella; luego, si el tema único del pleito anterior era la *cláusula* de capitulaciones, no puede entrar en juego el artículo 1.252, 2.º, que exige la identidad *objetiva* perfecta sobre específico tema testamentario para que se produzca *erga omnes* la cosa juzgada; b) es muy discutible considerar a los recurrentes como «terceros», cuando, en virtud del testamento de su abuelo, del que son herederos, los únicos legitimados para litigar sobre la cuestión litigiosa son ellos; c) dado que la anterior ejecutoria versó sobre cuestión no comprendida en la excepción del párrafo segundo del artículo 1.252 y fue dictada en un pleito en el que la litigante no estaba legitimada para hacerlo, se constituyó defectuosamente la relación jurídico-procesal, por lo que dicho *párrafo segundo* no puede aplicarse como hace la sentencia recurrida. C) *El párrafo tercero* del artículo 1.252 del Código Civil extiende los supuestos de identidad del párrafo primero a otros literalmente no comprendidos en éste, o esa, la *identidad jurídica*, que opera en los tres casos de causahabencia, solidaridad o indivisibilidad de las prestaciones. Dicho *párrafo tercero* también lo aplica indebidamente la sentencia recurrida, *porque a ninguno de los tres casos citados puede referirse el litigioso*. En efecto: a) aunque la demandante en el pleito anterior era la madre de los recurrentes, *el derecho que reclaman* en este pleito no lo hubieron por sucesión de aquélla y *ya lo tenían antes* de su muerte como herederos testamentarios de su abuelo; por lo que en lo cuestionado no son ni fueron «causahabientes» de su madre, que fue quien litigó en el pleito anterior; b) descartada la *indivisibilidad* de las prestaciones, queda la *solidaridad*, a la que se refiere la sentencia recurrida y la doctrina jurisprudencial en ella citada (sentencias de 12 de octubre de 1908, 29 de octubre de 1966), *solidaridad que no puede darse porque sobre lo discutido no existía vínculo alguno de solidaridad con su madre* y lo único que existía era *un asentimiento o conformidad psicológica*, unidad de criterio y de razones que nada tienen que ver con la solidaridad —concepto jurídico que sólo podía producirse si sobre la cosa discutida *existiese alguna situación de cotitularidad*—.

2.º Infracción, por interpretación errónea, del artículo 1.252 del Código Civil en sus tres párrafos y de la doctrina jurisprudencial que lo desarrolla citada en la sentencia recurrida. Interpuesto este motivo con carácter *subsidiario* al anterior por lo que, dado este carácter, se dan por reproducidos los razonamientos anteriores. Tales razonamientos se completan con los de la doctrina jurisprudencial en torno a dicho precepto y su interpretación, *fijando los supuestos de identidad «jurídica»*, pero *sin comprender nunca en ella* los casos en que —en relación a la cosa— no exista *cotitularidad* de las personas físicas distintas que litigaron en uno y otro pleito. Dicha *falta de identidad* imposibilita la comparación a hacer entre una y otra sentencia para deducir si la primera produce cosa juzgada para el segundo pleito.

3.º Infracción por violación del artículo 1.271, 2.º, del Código Civil, en relación con el artículo 4.º del Código Civil, motivo que se interpone tam-

bién como *subsidiario* y para el caso de no prosperar los anteriores. La sentencia recurrida —en cuanto al fondo del asunto— hace suyas las razones de la sentencia anterior, *pero en ésta no se arguyó sobre el tema* que plantea este motivo —*no alegado* por quienes fueron parte en aquel pleito— que se basa en la prohibición de los contratos sobre herencia futura por el artículo 1.271, 2.º, del Código Civil; dicho artículo *veda toda posibilidad* de contratar sobre el tercio de libre disposición de la herencia, como se hace en la cláusula de capitulaciones matrimoniales objeto de impugnación. La *única excepción* es la relativa al tercio de mejora, conforme al artículo 826 del Código Civil. En resumen, la donación del tercio de libre disposición en capitulaciones matrimoniales es *pacto prohibido* por el artículo 1.271, 2.º, del Código Civil, precepto violado en la sentencia recurrida al no aplicarlo a la sentencia litigiosa.

4.º Infracción por interpretación errónea del artículo 633, 1.º, del Código Civil. Dicho precepto establece, para la validez de las donaciones de cosa inmueble, la exigencia de que se haga «la expresión individual» de los bienes donados. Es una exigencia condicionante de la validez, que no puede admitir otra interpretación que la que su tenor literal indica: en la escritura hay que señalar individualmente los bienes donados.

La sentencia recurrida entiende que, aunque al donar el tercio de libre disposición *no se señalen individualmente* los bienes que lo componen, *hay que entender hecho el «señalamiento» porque la voluntad de donante y donataria era referir la donación a la casería*: con cuya interpretación está proclamando que se infringió la exigencia formal del precepto, puesto que si hay que acudir a una investigación de la voluntad de las partes para averiguar a qué bienes concretos puede referirse la donación, ya se desbordó un requisito condicionante de la validez de la donación. A dicha conclusión *no se opone la doctrina legal* contenida en las sentencias citadas en la recurrida (sentencias de 8 de julio de 1943, 6 de febrero de 1954, 27 de marzo de 1957 y otras), cuyas sentencias contemplan supuestos de donación de bienes concretos y determinados.

Visto siendo Ponente don Juan Antonio Linares Fernández.

Considerando 1.º: La excepción de cosa juzgada regulada en el artículo 1.252 del Código Civil *es en su sentido propio la eficacia y autoridad que la ley*, como expresa exigencia del orden y de la seguridad que han de imperar en la vida social, *reconoce a la sentencia que estima o desestima la pretensión* de la demanda o la reconvención. El precepto se refiere a la cosa juzgada material, que tiene trascendencia sobre procesos futuros. Lo cual hace preciso realizar un juicio comparativo entre las acciones ejercitadas en ambos procedimientos.

Considerando 2.º: Tiene declarada la jurisprudencia (sentencia de 7 de febrero de 1881, 12 de febrero de 1921, 8 de julio de 1927, 2 de noviembre de 1960 y 19 de diciembre de 1961, entre otras), con arreglo a tal criterio que «cuando la cuestión es la misma, idéntica la causa de pedir, los fundamentos y títulos en que se apoyan las respectivas pretensiones y la condición de las personas en relación a esos títulos, *actúa la cosa juzgada* aun cuando las personas no sean las mismas y aun cuando se alegue por aquellos que no litigaron en el pleito anterior».

Considerando 3.º: Según el artículo 1.088 de la Ley Pituitaria, el juicio declarativo que resuelve la testamentaria no es materia ajena al juicio universal que se hace contencioso, pues no otra cosa puede significar la expre-

sión «se dará al asunto la tramitación del juicio ordinario que por la cuantía corresponda, comenzando los traslados, etc.». Por lo cual, se tiene que llegar a la *conclusión de que habiendo sido «citados» los actores en el juicio universal, si no comparecieron en el mismo en su primera fase, ni después en la contenciosa, en donde debieron y pudieron personarse como «interesados» citados en forma, se tiene que estimar que si no litigaron fue por causa imputable a su voluntad, y por ello no pueden estimarse ajenos a este proceso. Por ello se impone estimar la excepción de cosa juzgada material.*

Considerando 4.º: *Ello obliga a la desestimación de los dos primeros motivos del recurso y, como consecuencia de ello, sin entrar en el estudio del fondo del asunto a que se refieren los motivos tercero y cuarto, desestimar el recurso, con sus naturales consecuencias.*

Fallo: no ha lugar.

NOTAS.—1. Unas breves consideraciones a la vista de este fallo de nuestro más Alto Tribunal parecen convenientes.

Parece que el fallo es *formalmente* justo en base a la coincidencia de circunstancias que llevan a la admisión de la excepción de cosa juzgada material. Con todo, la argumentación del recurrente en el *primer motivo* del recurso podría inducir a pensar si efectivamente la coincidencia era *parcial* y no total. Dejo aquí apuntado este tema, por si alguien quisiera abundar en él.

Lo que a primera vista salta con evidencia es que el fallo no resuelve el fondo del asunto y que *materialmente* la cuestión queda en el aire. Es lástima que el argumento formal haya impedido conocer de un *punto trascendental* hoy por hoy en cualquier parte de España: en lugares donde rige el Código Civil (como en el caso del pleito) y en lugares donde está vigente un Derecho civil especial o foral. Este punto es el de la posibilidad de otorgar *pactos sucesorios*, y conectado a él, el tema de la posible *desvirtuación* de un pacto sucesorio *por un testamento posterior*. Este era el tema, sin resolver en la sentencia.

2. No parece que sea aquí y ahora el lugar adecuado para aludir a *los pactos sucesorios en general*. Me remito a las exposiciones de nuestra mejor doctrina: ROCA SASTRE, LACRUZ BERDEJO, CASTÁN VÁZQUEZ, entre otros (6). Una cuidada actualización puede verse en CASTÁN TOBEÑAS (rev. DE LOS MOZOS) (7).

En orden a *los pactos sucesorios en los derechos civiles especiales o forales*, hay que examinar las aportaciones foralistas de comentarios a los artículos correspondientes de cada Compilación. Así, v.gr.: Para Vizcaya, artículos 11, 30 y 62 (8); para Galicia, artículos 84 a 87 (9); para Aragón, artículos 99 a 109 y 110 a 113 (10); para Navarra, Leyes 172 a 183,

(6) Véase la relación de autores en *mi introducción* al tema de los contratos sucesorios en *Comentarios a la Compilación de Baleares*, tomo XXXI, vol. 2.º, EDESA, Madrid, 1981, págs. 222 y ss. y 263 y ss.

(7) Véase *Derecho Civil español común y foral*, Derecho de Sucesiones, tomo VI, vol. III, Madrid, 1971, págs. 246 y ss. y 291 y ss.

(8) Véase CELAYA IBARRA: *Comentarios a la Compilación*, tomo XXVI, EDESA, Jaén, 1979, páginas 124, 246 y 424 y ss.

(9) Véase A. SÁNCHEZ GARCÍA: *Comentarios a la Compilación*, tomo XXXII, EDESA, Jaén, 1979, páginas 129 y ss.

(10) Véase PELAYO HORÉ: «Los pactos sucesorios en la Compilación de Aragón», *A. D. C.*, 1967, páginas 595 y ss.; GARCÍA-ARANGO y DÍAZ SAAVEDRA: «Notas sobre la sucesión contractual en el Derecho del Alto Aragón», *R. C. D. I.*, 1967, págs. 1325 y ss.; CRISTÓBAL MONTES: *La sucesión contractual aragonesa (Comentarios)*, Zaragoza, 1978, págs. 55 y ss.

211 y 215 y 112 a 118 (11); para Baleares, artículos 8 a 13, 50, 69, 70 a 76 y 80 (12), y para Cataluña, artículos 63 a 96 y 115 (13).

3. Los *motivos tercero y cuarto* del recurso atacaban la validez de la donación del tercio de libre disposición de la herencia hecha en *cláusula* de capitulaciones matrimoniales. Parece que está fuera de toda duda que tal cláusula choca frontalmente con el artículo 1.271-2.º, con el aditamento de que —al no haber una individualizada descripción de los inmuebles adscritos a dicho tercio hereditario— la cláusula ataca lo prevenido en el artículo 633-1.º

Dejando a un lado las consabidas razones *formales* derivadas de la cosa juzgada material, queda en pie la duda de por qué no fue atacada tal cláusula anteriormente. Es obvio que en *vida del donante* era, y es, arriesgado actuar contra la voluntad explícita del mismo (abuelo, padre, etc., titular del patrimonio familiar), por lo que el recurso más apropiado es acudir a la vía del *testamento* para la salvaguarda de los posibles derechos. Lo que resulta chocante es que entre la muerte del padre (abuelo) en 1950, y la interposición del juicio universal de testamentaria en 1967, había tiempo suficiente para promover la pretensión de nulidad de la cláusula de capitulaciones matrimoniales. Para mí, hay un retraso (quizá justificado por las circunstancias) en la presentación de tal pretensión, que roza la buena fe.

La inevitable *confrontación* entre las capitulaciones matrimoniales y el testamento posterior no es sino un supuesto más de lo que en los países con Derecho foral se conoce como *eficacia vinculante del pacto*, con su nota esencial de irrevocabilidad y su eficacia derogatoria respecto a los testamentos posteriores con él incompatibles (14).

4. Considerada la *parte formal* de la argumentación de la sentencia, y delimitada en un ámbito abstracto y genérico toda la materia de los pactos sucesorios, queda solamente analizar el *supuesto concreto de hecho* en su articulación *dentro* de los esquemas antes señalados.

Si el supuesto se hubiera presentado *dentro* de un determinado *territorio con Derecho civil o foral propio*, parece que primaría el carácter vinculante del pacto y su inatacabilidad posterior por el testamento. Esto en línea de principios.

Pero presentándose como se presenta el supuesto dentro de un *territorio sujeto al Derecho común o del Código Civil*, parece que la única excepción al principio prohibitivo de los pactos sucesorios radica en el artículo 826, como argumentan los recurrentes en el *motivo tercero* del recurso, que —prescindiendo aquí del aspecto formal— podría haberse tomado en consideración.

5. Como resumen, en la decisión prima la *parte formal* —cosa juzga-

(11) Véase SALINAS QUIJADA *Derecho Civil de Navarra*, tomo VI (De las donaciones y sucesiones), volumen 1.º, ed. Gómez, Pamplona, 1976, págs. 141 y 167 y ss.

(12) Véase en *Comentarios a la Compilación*, tomo XXXI, vols. 1.º y 2.º, EDERSA, Madrid, 1981. MASOT MIQUEL vol. 1.º, págs. 182 y ss; FERRER PONS, vol. 1.º, pág. 766, y *yo mismo*, vol. 2.º, páginas 222 y ss, 262 y ss. y 305 y ss

(13) Véase la bibliografía que apor to para los heredamientos catalanes en mis *Comentarios*, cit., páginas 263 y ss. Entre las aportaciones más recientes pueden verse las de PUIG FERRIOL-BADOSA COLI. *Notas al «Derecho de Sucesiones»* de ENNECERUS-KIPP-WOLFF, tomo V, vol. 1.º, ed. Bosch, Barcelona, 1976, págs. 368 y ss.; PUIG FERRIOL *Comentarios a la Compilación*, tomo XXVII, vol. 2.º (arts. 63 a 96), EDERSA, Jaén, 1978, págs. 104 y ss; PUIG FERRIOL-ROCA TRÍAS. *Fundamentos del Derecho Civil de Cataluña*, tomo III, vol. 2.º, ed. Bosch, Barcelona, 1980, págs. 147 y ss.

(14) Me he referido a estas cuestiones en mis *Comentarios*, cit., vol. 2.º, págs. 259, 297, 327, 340, 357 y 364. Véanse en especial págs. 327 y ss. En la doctrina catalana, véase PUIG FERRIOL *Comentarios*, cit., págs. 131 y ss.

da— sobre el tema *de fondo*, que queda no resuelto. Quizá no se podía hacer más, pero temo que el tema de fondo es lo suficientemente importante para que en el futuro se tome conciencia de tal antinomia y se resuelva en base a los principios generales.

Para finalizar, brevemente: decisión en cuanto a la *forma* correcta, pero en cuanto al *fondo* quizá no justa, además de peligrosa y problemática para el futuro.

RECLAMACION DE ALIMENTOS PROVISIONALES Y SEPARACION DE HECHO. Artículos 143-1.º y 148 del Código Civil. Morejón c. Solís (SENTENCIA DE 23 DE OCTUBRE DE 1972).

Antecedentes.—En el caso de autos son hechos declarados probados:

1.º Que actora y demandado contrajeron matrimonio canónico el 29 de enero de 1942.

2.º Que de tal unión nació en . . un niño el 4 de abril de 1942.

3.º Que el niño, desde el momento de su nacimiento, quedó en poder de una vecina para su cuidado, la cual pasado un año hizo entrega del niño a su padre.

4.º Que la actora no volvió a ver al niño a partir del alumbramiento, sin querer hacerse cargo de él y sin conocerlo.

5.º Que el demandado fue destinado a otra ciudad, negándose la esposa a acompañarle, pese a los requerimientos de su familia y de su esposo.

6.º Que la esposa actora mantuvo su negativa, pese a los requerimientos por carta y por conducto notarial (éste en 1943).

7.º Que desde la fecha dicha no volvieron a reunirse los esposos, habiendo permanecido durante veintiséis años separados y sin efectuar la esposa reclamación alguna al demandado en concepto de alimentos.

La demanda contenía la súplica de dictar sentencia estimatoria de la pretensión de alimentos, condenando al demandado a satisfacerlos en la cuantía de doce mil pesetas al mes, y con reserva a las partes del derecho a promover juicio plenario de alimentos definitivos.

La contestación terminaba con la súplica de absolución de los pedimentos de la demanda.

El Juzgado dictó sentencia estimatoria, condenando al demandado a pagar a la actora, en concepto de alimentos «provisionales», la suma de diez mil pesetas mensuales, por mensualidades anticipadas y desde la fecha de la interposición de la demanda.

La Audiencia, revocando la sentencia del Juzgado, absolvió al demandado.

La parte actora formuló recurso de casación por infracción de ley, en base a los siguientes motivos:

1.º Por violación del artículo 143-1.º del Código Civil: por cuanto siendo obligación legal de los cónyuges la de darse recíprocamente alimentos, el esposo demandado queda liberado del expresado deber en la sentencia recurrida.

2.º Por violación del artículo 148 del Código Civil: la obligación alimenticia es exigible desde que la persona con derecho a percibirlos tuviese necesidad de ellos, y la sentencia recurrida niega a la esposa recurrente el

derecho en cuestión basándose en consideraciones ajenas a la materia de un juicio de alimentos provisionales.

Visto siendo ponente don Francisco Bonet Ramón.

Considerando 1.º... (15).

Considerando 2.º: La reiterada doctrina de esta Sala (sentencias de 19 de diciembre de 1932, 17 de junio de 1949 y 30 de septiembre de 1959) es que *si bien* la separación de hecho *implica* una situación anómala e incompatible con los deberes matrimoniales que el artículo 56 del Código Civil impone, *lo que origina* el que sus consecuencias no sean jurídicamente protegibles, *no por ello les priva* a los cónyuges *de un modo genérico*, y sin atender a las circunstancias personales que concurren en cada caso concreto, *del derecho* a recibir alimentos de su consorte (conforme a los arts. 142 y sigs. del Código Civil), *pero sí* (les priva de tal derecho) cuando, en lugar de haber sido libremente consentida entre los esposos, vivieran separados (uno) del otro sin consentimiento de éste y por su exclusiva voluntad (sentencias de 5 de febrero de 1912, 17 de noviembre de 1916, 17 de marzo de 1960 y 28 de febrero de 1969), *como resulta plenamente probado* sin impugnación eficaz en el presente caso, *lo que hacen desestimables* los dos motivos del recurso y con ello éste en su integridad.

Fallo: no ha lugar.

RECLAMACION DE ALIMENTOS DEFINITIVOS. *La situación jurídica de separación judicial unida a la disolución del vínculo por divorcio, recurso de revisión no tramitado contra sentencia de divorcio, alimentos provisionales y confesión. Artículos 143, 144 y 1.232 del Código Civil. De la Fuente c. Pérez (SENTENCIA DE 25 DE OCTUBRE DE 1972).*

Antecedentes.—1. Quedaron declarados *hechos probados* en el presente pleito los siguientes:

1.º Actora y demandado contrajeron matrimonio (civil y canónico) en 1933. De dicho matrimonio nació un hijo.

2.º Los contrayentes no otorgaron escritura de capitulaciones matrimoniales, por lo que su régimen económico-matrimonial quedó sujeto al legal supletorio de la sociedad de gananciales.

3.º Al amparo de la Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932, la esposa solicitó la separación judicial de su marido, lo que obtuvo mediante *sentencia de 14 de octubre de 1935*.

4.º Transcurridos tres años desde aquella separación judicial, el marido solicitó se dictara sentencia de divorcio al amparo de aquella Ley de 1932, lo que obtuvo mediante *sentencia* de la Audiencia Territorial de 25 de febrero de 1939, dando lugar al divorcio con disolución del vínculo matrimonial.

5. La esposa aquí demandante promovió en 1949 demanda de juicio de *alimentos provisionales*, resuelta por sentencia denegatoria del Juzgado, sentencia revocada por la Audiencia el 12 de mayo de 1950, señalándole una pensión alimenticia de *quinientas pesetas mensuales*.

(15) Recoge los hechos probados en la forma que he sintetizado en los *Antecedentes*.

6.º En el año 1952, la aquí demandante promovió querrela, criminal contra el aquí demandado por los delitos (*sic*) de amancebamiento y abandono de familia.

7.º Por *testimonio judicial* de la Audiencia que dictó la sentencia de divorcio vincular, se hizo constar la existencia de un escrito del Procurador de la esposa interponiendo *recurso de revisión* contra la sentencia de divorcio. No consta diligencia de presentación dentro de término legal ni proveído sobre la admisión de tal recurso. No consta tampoco resolución judicial alguna declarando la firmeza de la sentencia de divorcio.

2. Como *hechos de discrepante valoración*, debatidos en el pleito, cabe mencionar aquí:

1.º *La situación jurídica del matrimonio*, es decir, el «*status*» personal de los cónyuges a partir de 1935: para la esposa demandante, la separación era meramente personal; para el demandado, la separación fue judicial de personas y bienes, no existiendo relación alguna de parentesco desde la firmeza de la sentencia de divorcio vincular. La situación jurídica definitoria del matrimonio sería la fijada en la sentencia de separación de 14 de octubre de 1935 (tesis de la esposa): *techo máximo*.

2.º *La validez del divorcio vincular decretado en 1939*: para la esposa, las disposiciones de la Ley de 1939 se oponen a la validez de la sentencia de divorcio, además del curioso escrito de recurso de revisión contra tal sentencia; para el demandado, la validez de la sentencia de divorcio era incuestionable y, consentida y no impugnada por la actora, produjo *de iure* y *de facto* la disolución del vínculo matrimonial. La situación jurídica definitoria del matrimonio sería la fijada en la sentencia de divorcio de 25 de febrero de 1939 (tesis del marido): *techo mínimo*.

3.º *La existencia de bienes gananciales del matrimonio*: para la esposa, presupuesta dicha existencia; para el marido, en la breve época que va del 25 de septiembre de 1933 (fecha del matrimonio) al 15 de octubre de 1935 (día siguiente a la fecha de la sentencia de separación judicial), no existieron bienes gananciales.

4.º *La sentencia de 12 de mayo de 1950 atribuyendo alimentos provisionales a la esposa*: para la esposa, definitoria de una situación legal de alimentista, con posibilidad de revisión de la pensión fijada y de demanda de alimentos *definitivos*, lo que ejercitaba mediante la acción deducida en el pleito; para el demandado, aquella sentencia era «provisional» y podía ser revisada en cualquier momento, y en ella no se podía válidamente ni demandarse ni discutirse sobre la *nulidad* de la sentencia de divorcio vincular dado que el procedimiento era sumario.

5.º *La situación socioeconómica de ambas partes*: para la esposa, su situación era de necesidad, por vivir en un piso de sus hermanas y tener que trabajar para poder mantener primero, y dar estudios después, a su hijo habido del matrimonio; en tanto que *la situación del marido* era desproporcionada, por ser propietario de varias fincas, tener coche con chófer (*sic*) y ejercer una profesión liberal, simultaneada con su destino de funcionario público. Razones de tipo económico, social y jurídico imponían la *revisión* de la cuantía de alimentos provisionales que en su día se fijaron. Se aducían también razones en orden a la conducta dilatoria del demandado en cuanto al pago de la pensión alimenticia, habiendo llegado a alegar por escrito *la prescripción de diecisiete mensualida-*

des (sic) que adeudaba a su esposa. Se insistía por la esposa en el carácter estrictamente pecuniario de su pretensión, cifrada en la actualización de la cuantía de la pensión alimenticia.

Para el *marido demandado*, la situación de la mujer no era de necesidad, dado que vivía en el que fue domicilio familiar materno, ejerciendo la industria artesana de tapicería de lujo y con un taller de modistería cara, además de los ingresos del hijo como alto funcionario público; negaba los ingresos a él imputados y la obligación de pago de alimentos por no existir vínculo matrimonial.

6.º *El escrito relativo al recurso de revisión citado*: la esposa demandante lo soslaya totalmente; el demandado niega su existencia y arguye o insinúa irregularidades (16), dado que no constan ni la presentación del mismo ni su admisión a trámite.

7.º *La confesión judicial en el pleito de alimentos provisionales*: la esposa soslaya este punto; el demandado arguye (17) que fue un hecho explícito llanamente *confesado* por la esposa en los autos de alimentos provisionales el de que desconocía la existencia del singular escrito de recurso de revisión, por lo que los alimentos fueron denegados en primera instancia.

3. La demanda terminaba con la súplica de que se dicte sentencia declarando la obligación del marido de prestar los alimentos en la cuantía de *treinta mil pesetas mensuales*, por meses anticipados, con efectos desde la fecha de presentación de la demanda, y con condena en costas.

4. La contestación a la demanda, tras oponer los hechos aludidos y las valoraciones consiguientes, finalizaba como sigue: a) *Súplica* acerca de las excepciones procesales alegadas ex artículo 533, 2.º y 4.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y sobre la prescripción de la acción, de modo que se dicte sentencia absolviendo al demandado e imponiendo las costas a la demandante. b) *Reconvención*, alegando los hechos pertinentes y los fundamentos legales aplicables, con *súplica* de que se dicte sentencia: declarando haber lugar a la reconvención, en razón a la inexistencia de vínculo parental generador y *conditio iuris* de la obligación de prestar alimentos, inexistencia desde que quedó firme la sentencia de divorcio vincular, consentida y no impugnada por la esposa, declarando que el demandado no viene obligado a pagar alimentos a la actora y que ni siquiera tiene ésta derecho a los que viene percibiendo actualmente; condenándola a estar y pasar por tales declaraciones, y con expresa imposición de costas.

5. El Juzgado, *desestimando* las excepciones y la demanda reconvenicional del demandado, absuelve a la demandante, y *estimando en parte* la demanda, declara la obligación que tiene el demandado de prestar alimentos a su esposa en cuantía de *diez mil pesetas*, efectivos por meses anticipados y con efectos desde la firmeza de la sentencia dictada, sin imposición de costas.

6. Ambas partes interpusieron los respectivos recursos de apelación contra la sentencia del Juzgado, dictando la Audiencia sentencia por la que, *revocando parcialmente* la sentencia del Juzgado, declara la obligación del demandado de prestar alimentos definitivos a su esposa en la cuantía de *quince mil pesetas*, efectivas por meses anticipados desde

(16) Implícitamente se desprenden del escrito del Recurso de Casación

(17) En el *motivo* 4.º del Recurso de Casación, único admitido a trámite.

la firmeza de la sentencia, y confirma íntegramente los demás pronunciamientos de la sentencia apelada, con imposición de costas al demandado apelante.

7. El demandado interpuso recurso de casación por infracción de ley, fundado en cuatro motivos. Ofreciendo *dudas* a la Sala la admisión de los motivos *primero, segundo y tercero* del recurso, acordó por auto la inadmisión de tales motivos. Quedó tan sólo el *motivo cuarto*, que se resume seguidamente:

4.º Por error de hecho en la apreciación de la prueba resultante de documento auténtico obrante en autos, lo que lleva a la aplicación indebida de los artículos 143-144 del Código Civil y violación del artículo 1.232 del Código Civil: consistente en el *testimonio judicial* de la Audiencia referido a la sentencia de divorcio vincular, en el que viene comprendido el escrito interponiendo recurso de revisión sin constar diligencia alguna de presentación ni de admisión, y en la *inexistencia* de otro escrito alguno impugnando el divorcio, todo lo cual evidencia en contra de lo que aprecia probado la sentencia aquí impugnada; tales documentos *evidencian el error del juzgador al negar firmeza* a la sentencia de divorcio, con olvido de la doctrina legal de las sentencias de esta Sala (9 de febrero de 1954 y 9 de noviembre de 1957, *a contrario sensu*); la *confesión* de la parte actora en el juicio de alimentos «provisionales» —acerca del desconocimiento de la existencia del singular escrito de recurso de revisión— no ofrece dudas y fue recogida en el único considerando de la sentencia entonces desestimatoria del Juzgado en 1949; constituye *hecho auténtico*, además de la certeza del recurso de revisión, su no tramitación y la *no existencia de queja* contra la providencia de admisión o no del mismo; finalmente, procede considerar por firme y consentida y pasada en *autoridad de cosa juzgada*, la sentencia de divorcio vincular, en base al artículo 57 de la Ley de 2 de marzo de 1932 (recurso de revisión) o, en otro caso, procede tener por *caducada* la instancia al instarse en 1949 los alimentos provisionales.

Visto siendo ponente don Emilio Aguado González.

Considerando 1.º (18): Limitada la cuestión al *ámbito* en que pretende encerrarla el cuarto motivo del recurso —o sea, a la denuncia de un *error de hecho* resultante de documento auténtico—, *es preciso advertir que éste falta por completo, pues* en el minucioso *testimonio* (judicial) aportado *no aparece ningún documento* que haga relación al carácter de firme de la sentencia de divorcio. *Por el contrario*, al folio... *resulta* que existe lo siguiente: «4.º Que en el rollo de Sala, de referencia, *no aparece resolución alguna* declarando firme la sentencia al principio mencionada», es decir, *que la sentencia se dicta y, por haber interpuesto la esposa recurso de revisión, el cual no se tramitó por tratarse de actuaciones llevadas a cabo en los últimos momentos de la sublevación marxista, queda la sentencia pronunciada y en manera alguna firme, por haber sido objeto de recurso: ésta es la verdad legal* y a ella había de atenerse la argumentación del recurrente, no dando por figurado un documento auténtico que no existe más que en el enunciado del motivo.

Considerando 2.º: *La doctrina correcta es* la que sienta la Audiencia

(18) Los considerandos son extractados por mí; los subrayados también son míos: J. C. G.

Territorial: *las excepciones y la demanda reconvenzional* opuestas por el demandado *son insostenibles, por contradecir preceptos* (19) *que negaron legalidad a actos* en que, como los invocados, se pretende apoyar el reconocimiento de las peticiones enunciadas; *son rechazables*, porque *la sentencia de 25 de febrero de 1939*, de divorcio vincular, fue una actuación judicial practicada en pleito de divorcio, *afectada de la declaración de nulidad* ordenada en el artículo 6 de la *Ley de 8 de mayo de 1939* y *que nunca adquirió la firmeza* que el interesado le concede —no por la interposición del recurso de *revisión*, reflejado en autos, sino por el contenido del artículo 1.º de la citada ley, que «priva a las resoluciones de cualquier clase que sean, en los órdenes civil... y a partir del 18 de julio de 1936, del carácter de firmes», y, en consecuencia, no pueden producir los efectos de la cosa juzgada ni la excepción que la protege—. Por tanto, *este matrimonio*, que el marido impugna, *es plenamente válido y está sujeto* a la obligación de prestar alimentos, en la cuantía precisa.

Considerando 3.º: El motivo cuarto *ofrece también defectos formales*, que pudieran haber ocasionado su inadmisión. No se hizo así, porque *el único motivo* que se formalizó fue el error de hecho en la apreciación de la prueba; *los demás no estaban sino insinuados*, pero sería difícil —en caso de proceder el motivo— dilucidar en el mismo toda la gama de consecuencias que se derivan de ello (20).

Considerando 4.º: *Al no existir prueba alguna que justifique el error de hecho*, y habiendo otras razones para apreciar la cuestión al margen del mismo, *se impone su desestimación*, con los pronunciamientos complementarios correspondientes del artículo 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Fallo: no ha lugar.

COMENTARIO.—1. *Ideas previas*: En anteriores comentarios míos a sentencias del Tribunal Supremo había elogiado sin reparos el *modus operandi* del ponente de esta sentencia como modelo de buen hacer judicial. Una vez leída detenidamente esta sentencia, la impresión primera que suscita es la de cierta perplejidad. Para llegar a la convicción última de que la verdadera *ratio decidendi* pudiera ser otra que la manifestada.

A mi modo de ver, una reflexión sobre los *hechos probados* que han motivado este pleito debiera hacer referencia a una serie de ideas que en otro lugar ya se enunciaron (21) y que, resumidamente, cabría reducir a las siguientes: 1) la tipología sobre la separación judicial; 2) la eficacia de las sentencias de divorcio; 3) el tema del derecho transitorio; 4) la limitación en el ámbito personal de la sentencia de divorcio; 5) la situación jurídica de separación judicialmente declarada (22).

2. *Los temas básicos del litigio*: En puridad de ideas, *el tema básico* se redujo a si la sentencia de 25 de febrero de 1939 era o no firme, *combinado* con el de si se consideraba o no formalmente interpuesto el recurso de revisión por la esposa.

(19) Parece que tales preceptos son los de la *Ley de 8 de mayo de 1939*, por lo que seguidamente se afirma.

(20) La formulación literal de este Considerando ofrece en su apartado final un marcado carácter críptico, lo que, combinado con el desconocimiento de los restantes motivos del recurso, hace difícil la interpretación.

(21) Véase Díez PICAZO. «Comentarios a la Sentencia de 4 de junio de 1964», *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, tomo II, Ed. Tecnos, Madrid, 1969, págs. 311 y ss. Véase también *mi comentario* a la Sentencia de 13 de marzo de 1969 en esta Revista, núm. 477, marzo-abril 1970, págs. 532 y ss.

(22) Para cada una de tales cuestiones me remito al comentario citado mío en esta Revista, páginas 540, 542, 546, 550 y 554. En cada lugar, con amplias referencias.

La argumentación de la sentencia *parte del considerando 1.º*, al decir que *la verdad legal es que la sentencia de divorcio había sido objeto de recurso de revisión*. Lo curioso es el razonamiento empleado, en el sentido de que en el testimonio judicial aportado «no aparece resolución alguna declarando firme la sentencia de divorcio». Ello nos lleva a la *vexata quaestio* de la prueba de un hecho negativo, prueba diabólica siempre. Lo curioso es que tan negativo era probar la no firmeza de la sentencia, como la no admisión del recurso de revisión. Se apuesta por una de las dos posturas, cuando en puridad y en equidad, tanto una como otra parecen equivalentes.

De otra parte, como justificante u *obiter dicta* del porqué de la no firmeza —o su equivalente, la interposición y/o admisión del recurso de revisión—, se dice que el recurso de revisión «no se tramitó por tratarse de actuaciones llevadas a cabo en los últimos momentos de la sublevación marxista», argumento que prueba demasiado, ya que cabe aplicarlo igualmente a la declaración de firmeza.

Aun admitiendo, a efectos dialécticos, el argumento como decisorio, queda el obstáculo *formal* insalvable de que la interposición de la revisión debía hacerse en el *plazo improrrogable* de diez días, conforme al artículo 57 de la Ley de 2 de marzo de 1932. Plazo que vencía, como mucho, el 8 de marzo de 1939.

Por todo lo expuesto, habría que reconducir el tema al de la sentencia de divorcio vincular *pendiente de ejecución* (23). En aquel lugar dije que, como mínimo, la sentencia de divorcio vincular (constitutiva) deberá producir todos los efectos jurídicos de orden *material*, tanto directos como indirectos: aquí, en especial, el de la sentencia como acto jurídico de decisión.

3. *La incidencia del Derecho transitorio*: Me refería en otro lugar, citado más arriba, a esta incidencia en orden a la eficacia *material* de la sentencia de divorcio, en lo que se refiere a la posible negación de la misma por un cambio de circunstancias (Ley de 8 de mayo de 1939) *en el tiempo* que afectan a la actividad procesal.

Siguiendo el magisterio de DE CASTRO (24), y por aplicación al supuesto de hecho de este litigio de las normas transitorias del Código Civil, cabe hacer la siguiente distinción:

● Rige la *Ley de Divorcio de 1932* en orden a: los hechos completos y realizados (interposición de la demanda de divorcio, desarrollo del proceso, recurso de revisión); los actos válidos y perfectos (posibles adquisiciones de bienes como gananciales, sentencia —constitutiva— de divorcio); los derechos subjetivos nacidos y perfectos (derecho al divorcio, derecho a la revisión, derecho a posible cuota de gananciales en la fecha de la sentencia de divorcio); los efectos derivados de derechos ya nacidos (la *situación jurídica* de separación declarada y su incidencia en las esferas personal y patrimonial), y los *status* familiares ya acaecidos (matrimonio canónico, separación judicial canónica, divorcio).

○ Rige la *Ley de 8 de mayo de 1939* en orden a: los hechos todavía no completos (ejecución de sentencia); los derechos subjetivos no nacidos (*anulación de la sentencia de divorcio*), y los efectos en cuanto a las ac-

(23) Véase en mi *Comentario*, citado, pág. 544 y ss.

(24) Véase su *Derecho Civil de España*, tomo I, Madrid, 1950, págs. 731 y ss.

ciones no ejercitadas (procedimiento según las *normas complementarias* de la Ley de 1939).

4. *Los temas subyacentes en el litigio:* De las consideraciones anteriores, combinadas con la idea de la situación jurídica de separación judicialmente declarada y la de la limitación en el ámbito personal de la eficacia de la sentencia de divorcio, antes apuntadas, cabe presentar una serie de *temas trascendentes obviados* en la decisión de la sentencia:

1.º El valor jurídico de la sentencia de divorcio vincular como acto jurídico procesal de decisión.

2.º La remisión a la Ley de 1932 en orden al recurso de revisión.

3.º La producción como *efecto* de la *situación jurídica* de separación judicialmente declarada: el 14 de octubre de 1935, a instancias de la esposa, y el 25 de febrero de 1939, a instancias del marido.

4.º El *status* de separados judicialmente: para ambos esposos. Como tal *estado familiar, per se*, es inatacable.

5.º El *derecho a la anulación* de la sentencia de divorcio vincular, conforme a la Disposición Transitoria 1.ª de la Ley de 1939, atribuible a la esposa.

6.º El *no ejercicio por la esposa* de su pretensión alimenticia durante diez años (en 1949 plantea la demanda de alimentos provisionales), y más, durante treinta años (en 1969 plantea la demanda de alimentos definitivos) —con cuya demanda parece que *implicitamente* solicita la anulación de la sentencia de divorcio—, parece que hace referencia al ejercicio de un derecho realizado con un retraso objetivamente desleal (25). Aquí, una vez más, el centro de gravedad es la idea de la buena fe.

7.º El *pie forzado* de la sentencia de 1950, atribuyendo a la esposa los alimentos «provisionales».

5. *La «ratio decidendi» de la sentencia:* Las precedentes consideraciones derivadas de una reflexión sobre la sentencia llevan al convencimiento de que, por encima del aparente motivo *formal* de rechazo del recurso, por considerarse que la sentencia de divorcio carecía de firmeza, parece estar el del *precedente* de los alimentos «provisionales».

Dado el criterio interpretativo del ponente, puesto de manifiesto en otras sentencias precedentes, y sus agudos análisis en cada caso planteado, me resulta sorprendente el escamoteo de datos fácticos y el recurso a la prueba de un hecho negativo. Me parece más sensato pensar *si*, con todo ello, *no se ha dado un rodeo* para así *enlazar* con una decisión anterior que concedió alimentos en forma «provisional».

Así las cosas, entiendo la decisión y la sentencia. Habrá que *aparcarla* a un lado, sin referirse a ella más que *para casos muy similares*, pero sin extraer de ella un criterio único de decisión. Sobre todo, porque *en casos de divorcio* (v. sentencia de 11 de abril de 1946) el propio Tribunal Supremo ha negado el derecho a alimentos.

En definitiva, *la admisión* de la demanda de la esposa *presuponía* el reconocimiento de la validez y vigencia del vínculo matrimonial, *lo que equivalía implícitamente a anular* la sentencia de divorcio *sin petición de parte*.

(25) Es la idea o excepción de la «*verwirkung*»: véase mi *Comentario*, citado, pág. 550.

En conclusión, la aparente decisión del litigio por la razón *formal* de la no firmeza de la sentencia de divorcio podría encontrarse en el hecho precedente de la concesión de alimentos «provisionales».

FIJACION DE ALIMENTOS DEFINITIVOS. Separación por culpabilidad del esposo y correlativa obligación alimenticia. Prueba de la necesidad por el alimentista. Situación de necesidad y posibilidad de ejercicio de una profesión. Reciprocidad de la obligación alimenticia. De la Puente c. Vega (SENTENCIA DE 9 DE DICIEMBRE DE 1972).

Antecedentes.—1. La exposición de los *hechos* de este pleito, extraída del escrito de demanda, es como sigue:

1) La actora y el demandado contrajeron matrimonio, del que nació un hijo, que en el momento de interponer la demanda contaba trece años.

2) En 1958, la esposa obtuvo la separación canónica por culpabilidad en la conducta del marido, obteniendo el depósito judicial en casa del padre de ella y fijándose como alimentos «provisionales» la suma de *mil quinientas pesetas* mensuales.

3) La *situación actual del marido* era puesta de relieve por la esposa: un cargo bien remunerado con una comisión del 7 por 100 de la total recaudación, dos pisos, un coche y una participación en un supermercado. Se hacía constar por la demandante que desconocía exactamente los medios económicos de que disponía el marido.

4) La *situación actual de la esposa e hijo del matrimonio* era: vivían en casa del padre jubilado; la esposa había tenido que ponerse a trabajar como profesora de..., si bien actualmente carecía de ingresos por no tener destino alguno, para así poder alimentar, vestir, atender a la salud y enseñanza al hijo, que ahora estudiaba el tercer curso de Bachillerato, con los consiguientes desembolsos., de manera que venía gastando 9.950 pesetas mensuales, cantidad que en el futuro debería ser sucesivamente incrementada cuando el hijo tuviera que estudiar una carrera técnica o universitaria.

2. La demanda terminaba con la súplica de que se dictase sentencia declarando la suma de *cincuenta mil pesetas* en concepto de alimentos «definitivos» para ella y su hijo.

3. El marido contestó la demanda y se opuso a ella con la súplica de que fuera desestimada.

4. El Juzgado dictó sentencia por la que, estimando en parte la demanda, condena al marido a que en concepto de alimentos definitivos abone mensualmente a su hijo la cantidad de *quince mil pesetas*, y a su esposa la cantidad de *diez mil pesetas*, que deberá desde la interposición de la demanda, descontando las que hubiesen percibido en concepto de alimentos «provisionales», y con expresa imposición de costas al demandado.

5. Interpuesto recurso de apelación contra dicha sentencia por el marido, la correspondiente Audiencia confirmó íntegramente y en todas sus partes la sentencia del Juzgado, con imposición de costas en las dos instancias al demandado.

6. El demandado interpone recurso de casación por infracción de ley y de doctrina legal, en base a los siguientes motivos (26):

1.º Infracción por violación del artículo 148 del Código Civil, en relación con los artículos 73-5.º y 1.214 del Código Civil: porque la sentencia recurrida sienta la tesis de que *por el hecho* de que los cónyuges hayan de vivir separados por culpa del esposo, *éste tiene ya la obligación* de prestar alimentos a su mujer, *lo cual* —a juicio del recurrente— *es contrario* a los preceptos legales que se invocan, con arreglo a los que *es necesario que* —además de la culpabilidad del marido— *concurra el estado de necesidad, suficientemente probado, de la reclamante*. Por lo cual, al no entenderlo así, la sentencia que se impugna viola dichos preceptos.

2.º Infracción por violación del artículo 148 del Código Civil, en relación con los artículos 73-5.º y 1.214 del Código Civil (*sic*): porque, reiterando lo dicho en el anterior motivo, de acuerdo con tales preceptos, *el solo hecho de la culpabilidad* en la separación *no es suficiente* para imponer *la obligación* de dar alimentos, *sino que* —como requisitos con sustanciales al nacimiento de la misma— *se requiere, además*, que la esposa tiene que probar que los necesita para subsistir, *debiendo, por tanto, acreditar* qué bienes tiene, cuánto producen y que sus rendimientos son suficientes (*sic*) para su subsistencia de acuerdo con la posición social de la familia. Por lo que al no haber probado estos extremos, no ha justificado el estado de necesidad que el artículo 148 del Código Civil estima como fundamental requisito para que proceda la obligación de alimentar.

3.º Por *error de hecho en la apreciación de la prueba* documental obrante en autos, derivada de los documentos auténticos siguientes: a) copia del testamento del padre de la actora; b) dos certificaciones del Registro de la Propiedad de las fincas de que era propietario el padre de la actora, y de cuyas certificaciones *aparece también la demandante propietaria de un piso, adquirido* por compra a su hermano en virtud de escritura otorgada *después* de la separación canónica de los cónyuges.

De tales documentos auténticos resulta que la demandante es dueña en propiedad exclusiva de dos pisos —el de la mejora y el de la compra—, y en proindivisión con su hermano de las otras tres fincas relacionadas en las certificaciones. Por lo que al no reflejarlo así la sentencia recurrida —limitándose a decir que «es propietaria de algunos bienes», ocultando hechos que impiden su exacto conocimiento al objeto de apreciar el estado de necesidad de la reclamante— incurre en el error de hecho alegado.

4.º Infracción por violación del artículo 148 del Código Civil: porque dándose por probado en la sentencia recurrida que la esposa posee algunos bienes, ya no se da el estado de necesidad de que habla el artículo 148 del Código Civil.

5.º Infracción por violación del artículo 148 del Código Civil, en relación con el artículo 152-3.º del Código Civil: porque no existe en la demandante el estado de necesidad que la sentencia le reconoce, por cuanto por el título de licenciada en..., que posee, puede dedicarse a una profesión suficientemente productiva, y está en condiciones de obtener lo necesario para su sustento.

(26) La argumentación de cada motivo la he extraído de la *parte fáctica* de alguno de los considerando, que de esta forma quedan reducidos por mí a su aspecto decisivo. Los subrayados son míos: J. C. G.

Visto siendo ponente don Manuel Taboada Roca.

Considerando 1.º (27): El adecuado estudio del presente recurso *impone alterar el orden* en el examen de los motivos y aconseja *comenzar por el tercero* de ellos, en el cual se ataca la apreciación de la prueba. Pues si tal motivo fracasa no podrán tener éxito los demás, ya que en ellos se parte de unas afirmaciones fácticas *contrarias* a las de la sentencia recurrida, afirmaciones fácticas que en realidad constituyen los supuestos de hecho de las normas que aplica.

Considerando 2.º: En el referido *motivo tercero* se combate la sentencia recurrida, atribuyéndole error de hecho en la apreciación de la prueba documental obrante en autos.

Considerando 3.º: Ese alegado error en la apreciación de la prueba lo comete la sentencia recurrida —en tesis del recurrente— por haber omitido en los hechos probados aspectos fundamentales que impiden su exacto conocimiento, a fin de obtener de ella los resultados correspondientes.

Considerando 4.º: En realidad, *las certificaciones lo único que acreditan es que doña...* (la actora), cuando se expidieron aquellas certificaciones, *era titular* del piso que figura inscrito a su favor, y *que don..* (su padre) *era titular* dominical de aquellos relacionados bienes, *pero no demuestran, en cambio*, que éstos hubiesen pasado en propiedad o en proindivisión a sus mencionados hijos. *Las afirmaciones* que tales documentos proclaman *no son incompatibles con los hechos probados* que la sentencia recurrida admite, pues ésta claramente reconoce que la demandante «tiene algunos bienes», pero que sus producciones son «insignificantes», y *esto no lo contradicen* aquellas invocadas certificaciones y copia del testamento, que, en tales particulares, resultan irrelevantes a los fines del recurso.

Considerando 5.º: *Lo que el recurrente pretende con este motivo (tercero) de su recurso* es que el Tribunal de Casación se convierta en Sala de instancia y averigüe o compruebe cuánto produce el piso de que es titular registral doña . (la actora), y si los demás bienes que en vida pertenecieron a su padre pasaron en propiedad exclusiva o en proindivisión a ella, y si unos y otros producen unas cantidades que le permitan vivir con holgura a la actora. Es decir, se hace supuesto de la cuestión, dando como acreditado precisamente aquello que tenía que demostrar, *ya que —afirmado por la demandante que carecía de bienes de todas clases para atender a su subsistencia— al demandado —que sostiene...— le incumbe probar —y no lo ha hecho— cuáles eran esos bienes y a cuánto ascendían sus productos*, para que el Tribunal de instancia pudiera apreciar si alteraban la situación de indigencia que ella invocaba y que le reconoció la Sala sentenciadora...

Considerando 6.º: El *motivo primero* ataca la sentencia recurrida imputándole infracción por violación de los artículos 73-5.º y 1.214 del Código Civil, que se dice comete, al sentar la tesis de que...

Considerando 7.º: *Para la desestimación de este motivo (primero)* basta tener en cuenta que si bien es *verdad* que la sentencia recurrida *hace arrancar la exigibilidad* del derecho de alimentos *del hecho* de la separación canónica —que declaró culpable de ella al marido—, *sin embargo también contempla* de las normas que aplica *estado de necesidad en*

(27) Los subrayados son mfs. Obsérvese, por lo dicho en nota precedente, que el *vaciío* fáctico de los considerandos tiene su porqué, aludido.

la reclamante y holgura económica en el demandado, que le puede permitir pagar la pensión alimenticia señalada para su esposa.

Considerando 8.º: Además, este motivo (primero) viene a atacar por vía inadecuada la apreciación probatoria de la Sala de instancia, pues —para justificar la procedencia de aquél— tiene que negar lo por ella afirmado en aquellos dos particulares relativos a la necesidad de la esposa y a la posibilidad económica del marido. Tampoco el motivo podría prosperar porque lo que en él se plantea, en realidad, es el problema referente a la interpretación que el Tribunal sentenciador ha dado a unos preceptos que aplicó, y que, por tanto, no pudo violar, en el sentido técnico-procesal en que el artículo 1.692-1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil emplea el término «violación».

Considerando 9.º: En el motivo segundo vuelve a invocarse otra vez la infracción de los mismos preceptos y por igual concepto de «violación», sosteniéndose que...

Considerando 10.º: Basta observar que también este motivo (segundo) se constituye sobre la base de negar lo que la sentencia afirma —y que no se ha demostrado fuera erróneo— para que tenga que ser desestimado igualmente, pues combate la apreciación probatoria por vía totalmente inadecuada. Además, tampoco es carga de la actora el demostrar que tiene bienes y lo que éstos producen, pues a ella le basta reclamar alimentos alegando que carece de bienes, pasando entonces al demandado la carga de la prueba de que los tiene y de que producen lo bastante para sus necesidades con arreglo a su posición social.

Considerando 11.º: En el motivo cuarto del recurso se denuncia otra vez la infracción, por violación, del tan repetido artículo 148 del Código Civil, sosteniéndose que... Pero olvida el recurrente que la sentencia, aun cuando reconoce que la esposa posee efectivamente «algunos bienes», seguidamente sienta la afirmación fáctica de que son «insignificantes» sus productos, es decir, que admite como probado el estado de necesidad en la reclamante y, por tanto, como éste no fue eficazmente combatido, a ello ha de estarse. Por lo que careciendo de base este motivo cuarto, tiene también que perecer, como los anteriores.

Considerando 12.º: En el motivo quinto se sostiene que . Pero también aquí el recurrente parte de una afirmación contraria a la que la Sala sentenciadora proclama y, además, para dar ciertas apariencias lógicas a este motivo, omite la circunstancia a que el número 3.º del artículo 152 del Código Civil supedita el cese de la obligación alimenticia (.), y cuya circunstancia esencial consiste en que con su ejercicio «no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia», lo cual rechazó el juzgador en ambas instancias.

Considerando 13.º: Precisamente ya la jurisprudencia de este Tribunal ha rechazado que «esa posibilidad a que se refiere la norma, no ha de entenderse como 'mera capacidad subjetiva', sino como posibilidad concreta y eficaz en relación con las circunstancias» (sentencia de 13 de diciembre de 1942), y que «no cesa la obligación alimenticia aunque el alimentista ejerza un oficio, profesión o industria, si por las condiciones de estrechez en que se ve obligado a vivir y la posición del llamado a dar los alimentos, estime el Tribunal que las necesidades del alimentista pueden y deben ser más holgadamente satisfechas» (sentencias de 27 de marzo de 1900, 15 de diciembre de 1942 y 24 de febrero de 1955). Debiendo

también citarse, a este respecto, la sentencia de 24 de noviembre de 1951, invocada por la demandante, que establece que «la reciprocidad del deber de prestarse alimentos entre los esposos no es tan absoluta que haga aplicable a la mujer esta doctrina (28), para imponerle la carga de la prueba de su 'imposibilidad' de atender a su subsistencia dedicándose al trabajo, lo cual equivaldría a eximir al marido, jefe de la familia sobre el que principalmente pesan las cargas del matrimonio, del deber de protección que el artículo 57 del Código Civil le impone» (29).

Fallo: no ha lugar.

NEGACION DE PATERNIDAD LEGITIMA. *Situación del nacido a los trescientos siete días de la muerte del presunto padre; conocimiento del embarazo y conocimiento de la filiación legal atribuible al nacido; fraude y obligaciones de toda viuda encinta; concepción dentro de los primeros ciento veinte días de los trescientos anteriores al nacimiento e imposibilidad física. Artículos 111, 108 y 113 del Código Civil. Prescripción o no de la acción. Nogueras C. Calabuig y Ministerio Fiscal (SENTENCIA DE 12 DE DICIEMBRE DE 1972).*

Antecedentes.—1. Fueron declarados *hechos probados* en el presente pleito:

1) *Don E.* contrajo matrimonio canónico en 1930, de cuya unión nacieron varios hijos; entre ellos, don S.

2) Don S. contrajo matrimonio canónico con *doña M.* (demandada) en 1960, y durante los seis años siguientes no tuvo descendencia del matrimonio.

3) *Don S. falleció el 26 de mayo de 1966.*

4) *El 29 de marzo de 1967* nació el niño X, inscrito en el Registro Civil como «hijo legítimo del fallecido don S. y doña M.»

2. La *divergencia de interpretaciones* abarcaba los puntos siguientes:

Por parte del *demandante don E.* se aducía: 1) que su hijo falleció sin descendencia y que esta falta de hijos fue debida a un defecto físico que tenía su hijo don S., que no pudo ser corregido a pesar de los tratamientos médicos durante los primeros años del matrimonio; 2) que, fallecido el hijo del demandante sin haber otorgado testamento y sin descendencia, el actor don E. instó y obtuvo a su favor la declaración judicial de heredero *ab intestato*; 3) que, otorgada la pertinente escritura de herencia, apareció la única finca relicta por el causante, *inscrita* a favor del menor X como hijo legítimo del causante; 4) que, previas las indagaciones en el Registro Civil, el demandante obtuvo el 25 de junio de 1968 la certificación literal del acta de nacimiento del *menor X demandado*; 5) que, cuando se trata de impugnar una paternidad aparente, debe estarse al artículo 108 del Código Civil, de manera que *el hijo del demandante falleció el 26 de mayo de 1966*

(28) Véase actualmente la posición moderna contraria en C. HERNÁNDEZ IBÁÑEZ «Los alimentos en la separación de hecho», en R. G. L. J., agosto 1981, pág. 112.

(29) Actualmente el principio de igualdad jurídica entre los cónyuges (arts. 14 y 32 de la Constitución, y 66 y 68 del Código Civil) haría insostenible tal afirmación. Afirmación de la Sentencia de 24 de octubre de 1951, ya insostenible en 1975 cuando el Código Civil fue reformado.

—fecha de la disolución del matrimonio de don S. con la demandada doña M.— y, sin embargo, *el menor X nació exactamente a los trescientos siete días del fallecimiento del que aparece ser su padre*, cuyo hecho por sí solo destruye la presunción de legitimidad; 6) que, *aun en el supuesto de que dicho plazo* (trescientos días siguientes...) *estuviere a favor de los demandados*, determina el Código Civil (108, 2.º) que «contra dicha presunción no se admitirá otra prueba que la de la imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que hubieren precedido al nacimiento del hijo», de manera que *es hecho cierto que en esos primeros ciento veinte días* de los trescientos anteriores al 29 de marzo de 1967 *el marido de la demandada había ya fallecido*, además de que *el hijo don S. del demandante estuvo hospitalizado algunos días antes de su fallecimiento* debido a una grave intoxicación alimenticia (con la consiguiente *imposibilidad* de cohabitación con su esposa) y dichos días habrían de añadirse a los trescientos siete antes enumerados, lo que hace que la posibilidad de legitimidad del menor se esfume aún más; 7) que *el nacimiento del menor fue ocultado* al actor, pues éste sólo tuvo noticia de tal hecho cuando obtuvo la certificación registral citada, de manera que el demandante —*dentro del plazo legal* determinado en la Ley (el día 20 de agosto de 1968)— ejercita su acción de desconocimiento e impugnación de legitimidad del menor demandado.

Por parte de *la demandada doña M.* se alegaba: 1) que es falso que su difunto esposo padeciese un defecto físico que le impidiera tener descendencia, y es falso porque tuvo un hijo de su matrimonio con la demandada y que es el menor cuya legitimidad ahora se trata de impugnar; 2) que el demandante sabía perfectamente que su nuera estaba encinta de su difunto esposo, pues la veía y la ve a diario, ya que habita en la casa contigua, y está interesado en fingir cándidamente ignorancia de lo que conoce por sí mismo desde el primer día (30), cuando la realidad radica en su enemistad hacia el hijo, extensiva a la esposa e hijo del mismo; 3) que, a la *petición* del actor de impugnación de legitimidad, ha de oponerse la *excepción de caducidad* de la acción en base al artículo 113 del Código Civil (plazo de dos meses desde la inscripción o desde el descubrimiento del fraude), y es indiscutible que en el presente caso *el plazo debe contarse desde* la fecha de inscripción del menor en el Registro Civil, dado que no ha habido ocultación (el plazo vencía el 11 de junio de 1967), mientras que interpone la demanda el 20 de agosto de 1968; 4) que *no cabe* conceder un valor absoluto a la presunción legal contenida en el artículo 108 del Código Civil, *olvidando* que el *artículo 111* reconoce la posible realidad de nacimiento posterior al de trescientos días y que *la ciencia biológica* dice que es posible una gestación de hasta trescientos veinte días (citaba aquí el *informe pericial* de un doctor en Medicina, en el expediente declaratorio de herederos *ab intestato* instado por la demandada).

3. La demanda termina con la súplica de que se dicte sentencia por la que se declare: 1.º) que el menor X. no es hijo legítimo de la demandada doña M. y de su fallecido esposo don S.; 2.º) que el indicado menor es hijo natural de la demandada; 3.º) que, como consecuencia de lo anterior, es nula la inscripción de nacimiento del referido menor en el Registro Civil. Condenando a los demandados a estar y pasar por las anteriores de-

(30) Existía al parecer una carta remitida por la nuera por conducto notarial informando del nacimiento.

claraciones e imponiéndoles de forma expresa las costas por su evidente temeridad y mala fe.

4. El *Ministerio Fiscal* contestó a la demanda y se opuso a los hechos alegados, suplicando se dicte sentencia declarando no haber lugar a lo pedido por la demanda.

La *demandada doña M.* —por sí y en nombre de su hijo menor— contestó a la demanda, alegando lo expuesto, y terminó suplicando se dicte sentencia por la que se absuelva de ella a los demandados y se condene al actor a estar y pasar por tal pronunciamiento y al pago de las costas por su temeridad.

5. El Juzgado dictó sentencia absolviendo a la parte demandada, por caducidad de la acción, sin imposición de costas.

6. La Audiencia dicta sentencia, confirmando la sentencia del Juzgado, sin imposición de costas.

7. La parte demandante interpone recurso de casación por infracción de ley, en base a los siguientes *motivos*:

1.º Infracción, por interpretación errónea, del artículo 113 del Código Civil. Las sentencias de instancia y de la Audiencia consideran se está ante un caso de caducidad, dada la actitud del demandante ante la posible «ocultación» del menor nacido. La referencia a *la carta notarial recibida* no constituye ninguna certeza ni proporciona dato alguno que permita la identificación del referido supuesto hijo, ni aun menciona si se trata de hijo póstumo. El *cómputo* para la caducidad de la acción debe iniciarse a partir del momento en que el actor debió acudir al Registro de la Propiedad, a través de cuya inscripción tuvo conocimiento de tal filiación. Aun en el supuesto de no admitir tal razonamiento para el cómputo de la caducidad v se acudiera a la *fecha* de la recepción de la carta notarial, *el plazo debería ser de tres meses* —y no de dos, como dice la sentencia recurrida—, porque *el heredero* del padre fallecido (en concreto, *el demandante don E.*) *no estaba presente* en el lugar del nacimiento ni en el lugar de la inscripción. Cita en su apoyo la *sentencia de 24 de enero de 1947*. Distingue el recurso en que *una cosa es* «tener conocimiento» de que una mujer ha tenido un hijo, y *otra cosa distinta es* «saber la filiación» atribuida legalmente a dicho hijo. La acción *ex* artículo 113 del Código Civil puede ser ejercitada por el marido o por los herederos de éste. En el *caso de herederos del marido fallecido* el conocimiento del hecho del nacimiento *no equivale* a presunción de legitimidad; tales herederos *podrán ejercitar* las acciones legales tendentes a impugnar la legitimidad *en tanto en cuanto* tengan conocimiento del «fraude» cometido por la viuda, en el sentido de inscribir como legítimo al hijo natural habido fuera del matrimonio. Tal *acción* de impugnación de legitimidad *es en base* a los supuestos del artículo 111 del Código Civil y *requiere* tener conocimiento de la filiación atribuida al nacido (lo que *equivale* a «descubrimiento del fraude»); la conducta de la demandada es un caso clarísimo de simulación y fraude, ya que no dio cumplimiento a los artículos 959 y 961 del Código Civil, y ante Notario reconoció la inexistencia de hijos de su matrimonio al tramitar la herencia a favor de su suegro, aquí recurrente.

2.º Infracción, por violación, del artículo 111, en relación con el 108 del Código Civil. Porque don S., hijo del demandante, *falleció* el 26 de mayo de 1966 —fecha de la disolución del matrimonio con la demandada—, en

tanto que el menor X. nació exactamente a los trescientos siete días subsiguientes al fallecimiento del que aparece ser su padre; este hecho destruye *per se* la presunción de legitimidad. Pero, además, aunque *el plazo de trescientos días* estuviera a favor de los demandados, es claro el artículo 108, 2.º, del Código Civil, y el marido de la demandada *en esos primeros ciento veinte días* de los trescientos anteriores al nacimiento del hijo había fallecido, de modo que la «imposibilidad física» de que habla el artículo 108, 2.º, no puede ser más evidente. Por otro lado, para que sea real y verdadera la filiación legítima se precisa la concurrencia de varios requisitos: que la concepción se realice durante el matrimonio y que la paternidad sea del marido. Y en el presente caso se está ante una *concepción* «realizada cuando el matrimonio habíase disuelto por fallecimiento del marido» y, por tanto, la *paternidad* del marido es inexistente. La *consecuencia* no es otra que el fraude cometido por la demandada al inscribir como hijo legítimo de su fallecido esposo al menor demandado, cuando en realidad se trata de un hijo natural.

Visto siendo Ponente don Andrés Gallardo Ros.

Considerando único: Tanto la sentencia del Juzgado como la recurrida establecieron que *el hijo* cuya legitimidad se desconoce *nació a los trescientos siete días del fallecimiento de su supuesto padre*, siendo *consecuencia* obligada de tal declaración —de acuerdo con el artículo 108, en relación con el 111, ambos del Código Civil— *que dicho nacido no está amparado* por la presunción de legitimidad del artículo 108. Por lo cual, *tanto el marido como sus herederos pueden desconocer la legitimidad del mismo*, mas tal *desconocimiento* ha de ser necesariamente *sancionado por los Tribunales de Justicia*, puesto que lleva consigo la declaración de nulidad de la inscripción practicada, así como el derecho de madre e hijo de justificar la paternidad desconocida, *siendo necesario ejercitar la correspondiente acción*. La acción —*absolutamente distinta* a la regulada por el artículo 113 del Código Civil, concedida en los supuestos de presunción de legitimidad— *no está sujeta a los plazos de caducidad* establecidos para esta última *y es imprescriptible*, conforme a lo establecido en el artículo 1.936 del Código Civil y jurisprudencia que lo interpreta, por referirse al estado civil y filiación. Por ello, la sentencia recurrida ha incidido en la violación de los artículos 108 y 111 del Código Civil, que se denuncia en el *segundo motivo* del recurso, cuya *estimación* resulta obligada.

Fallo: Debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación.

Segunda sentencia:

Considerando 1.º: Por los fundamentos de la sentencia de casación que precede y porque del conjunto de la prueba practicada *no solamente no aparece acreditado hecho alguno que destruya la presunción de «ilegitimidad»* establecida por el artículo 111 del Código Civil, *sino que, por el contrario, toda la equivocada actuación de la demandada refuerza la misma*, procede la *estimación* total de la demanda, *sin que* a esta decisión pueda ser *obstáculo el hecho* de que la madre y el hijo vivieran en el mismo inmueble que los parientes del marido, pues *son cosas absolutamente distintas* la existencia de un descendiente de la madre y la atribución de una filiación legítima al mismo, *legitimidad que sólo puede ser conocida*

a través de la inscripción en tal concepto en el Registro Civil a los actos de ella librados.

Considerando 2.º: *Es de apreciar temeridad en la demandada*, que debe por ello ser condenada al pago de las costas causadas en primera instancia.

Fallamos: Que, *con revocación* de la sentencia dictada en primera instancia, y *estimando totalmente* la demanda interpuesta, debemos declarar y declaramos... (31). Póngase en conocimiento del Encargado del Registro Civil, para la rectificación correspondiente.

NOTAS.—1. Lo curioso de este supuesto de hecho es *la concatenación de hechos decisivos*, que han merecido la atención del Tribunal Supremo.

A la hipótesis que *subyace* en este supuesto ya se había previsoramente referido el maestro CASTÁN (32), recogiendo las opiniones y pareceres de MANRESA, SCAEVOLA, ROYO MARTÍNEZ, PÉREZ ARDA y la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 1947 (33). Sintetiza las posibles hipótesis, distinguiendo según se practicó inscripción o no y según el marido (o los herederos de éste) conoció o no el nacimiento.

Es evidente que cabe *ocultación* del nacimiento, aunque la inscripción se haya practicado. Y toda la clave en tema de *ocultación* se refiere a las obligaciones que pesan sobre toda viuda encinta, conforme a los artículos 959 y siguientes del Código Civil.

2. Un punto trascendente es el derivado de la *distinción* que hace el Ponente en el Considerando único de la primera sentencia, al *separar* radicalmente *la acción ex artículo 111* y *la acción ex artículo 113*, declarando a *aquella* imprescriptible. En realidad, en el supuesto base de este pleito en que *cesa* la convivencia conyugal *por muerte del varón*, toda presunción de legitimidad ha de entenderse desaparecida y ello por la imposibilidad física de acceso para la procreación. Lo que ocurre es que, por haber la madre procedido a la inscripción del nacido, la acción de «desconocimiento» ha debido hacer *tránsito* a la de «impugnación». Es el supuesto de hecho lo decisivo en el caso resuelto por el Tribunal Supremo.

En un sentido similar a lo referido arriba, PERE RALUY (34) advierte que *la acción de impugnación de los artículos 111 a 113 del Código Civil es la destinada a desvirtuar la presunción* que establece, como regla general, el artículo 108, es decir, la que *se dirige a demostrar que la presunción* normalmente resultante de ese artículo *no responde a la realidad* en el caso concreto de que se trate. *En cambio, si ya no concurren inicialmente en el nacimiento* los presupuestos del párrafo primero del artículo 108, estima que *la acción no se halla sujeta a las restricciones* fijadas en los citados artículos 111 a 113 del Código Civil.

3. La poco afortunada *redacción del artículo 111 del Código Civil* ha originado graves quebraderos de cabeza a los autores (35), habiendo tenido alguno que afirmar que «el artículo 111 *no quiere decir* que el nacido después de trescientos días es legítimo si el marido o los herederos *no desconocen* la legitimidad, pues se prestaría a graves abusos, y además estaría

(31) Son las mismas declaraciones contenidas en el *suplico* de la demanda, más arriba expuestas.

(32) Véase *Derecho civil español, común y foral*, tomo V, vol. 2.º (colab. CASTÁN VÁZQUEZ), Madrid, 1958, págs. 34 y ss.

(33) Véase *in extenso* en PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo V, vol. 2.º, Barcelona, 1970, págs. 39 y ss.

(34) Véase *Derecho del Registro Civil*, Madrid, 1962, tomo I, pág. 429.

(35) Véanse CASTÁN TOBEÑAS, *op. cit.*, págs. 26 y ss.; PUIG BRUTAU, *op. cit.*, págs. 25 y ss.

en contradicción con la presunción del artículo 108. *El hijo nacido después de trescientos días es ilegítimo, a tenor del artículo 108...*» (36).

Parece lógico resumir la cuestión con estas palabras de PUIG BRUTAU: «... el artículo (111) debería dejar claramente establecido que *sólo* se refiere a los casos de *separación legal* efectiva de los cónyuges, y *no al de disolución del vínculo conyugal* o declaración de nulidad...» (37).

4. El tema siempre polémico del *fraude* aparece aquí delineado por una serie de hechos de la demandada, que en conjunto califica el Tribunal Supremo como «equivocada actuación» que refuerza la presunción de «ilegitimidad».

5. En resumen, decisión formal y materialmente justa, basada *exclusivamente* en la concatenación de los hechos ocurridos.

J. C. G.

V. SUCESIONES

NULIDAD DE TESTAMENTO. FALTA DE CONSTANCIA EN EL REGISTRO GENERAL DE ACTOS DE ULTIMA VOLUNTAD (SENTENCIA DE 5 DE MARZO DE 1982).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Antonio Sánchez Jáuregui, declara no haber lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma interpuesto por la parte actora contra la sentencia de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia número 3 de dicha ciudad, conforme a las siguientes consideraciones:

Que en el caso de la litis a que el recurso se contrae se pretende la ineficacia de un testamento abierto otorgado ante Notario con el único y exclusivo fundamento fáctico de que «el precitado testamento de fecha veintiséis de junio de mil novecientos setenta se estima nulo de pleno derecho, al no haber constancia del mismo en el Registro General de Actos de Ultima Voluntad», por lo que se procedía a impugnarlo con la finalidad de que se declarase su nulidad, y la validez total del testamento de fecha dieciséis de mayo de mil novecientos sesenta y nueve.

Que el propio recurrente a su escrito de demanda acompañó sendas copias autorizadas de los dos testamentos antes referidos, asumiendo la autenticidad y exactitud de tales copias, ya que en relato alguno de su precitada demanda la cuestiona, por lo que, de conformidad a lo preceptuado en la regla primera del artículo quinientos noventa y siete de la Ley procesal civil, han de tenerse por legítimas y eficaces sin necesidad de cotejo.

(36) Véase DR. DIEGO *Instituciones de Derecho Civil*, Madrid, 1959 (nueva edición), tomo II, página 622.

(37) *Op. cit.*, pág. 28. Subrayados míos (J. C. G.).

Que resalta la corrección de la resolución de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, denegando el recibimiento a prueba en segunda instancia, por cuanto: *a)* la pericial caligráfica, también denegada en la primera, al objeto de dictaminar sobre la autenticidad de la firma del Notario autorizante del testamento de fecha veintiséis de junio de mil novecientos setenta, obrante en la matriz incorporada a su protocolo, se refiere a cuestión totalmente ajena a los hechos fijados definitivamente en la demanda y contestación, y como tal claramente impertinente, ya que, en otro sentido, no se parte de la afirmación de la existencia de determinados hechos, sino que se intenta con la prueba su averiguación, lo que es contrario a la naturaleza de los litigios de índole civil en que está vedado probar por procedimientos inquisitivos; *b)* la documental referente a que se libre oficio al Registro General de Actos de Última Voluntad para que remita certificación con relación a los testamentos otorgados por doña R. J. J., sino que, practicado en primera instancia, se debe exclusivamente a causa imputable al aquí recurrente que no acompaña al proponerla, omisión en que también incurre al articularla en segunda instancia la certificación de defunción de la referida señora, certificación de defunción de ineludible exigencia para que el Registro General de Actos de Última Voluntad expidiera la que se le interesaba, conforme a lo imperativamente dispuesto en el artículo siete del Anexo segundo al vigente Reglamento Notarial de dos de junio de mil novecientos cuarenta y cuatro; y *c)* la prueba de cotejo con sus originales de las copias autorizadas de los testamentos otorgados por doña R. J. J., con fechas dieciséis de mayo de mil novecientos sesenta y nueve y veintiséis de junio de mil novecientos setenta, al haber acompañado con su demanda dichas copias el propio recurrente, haciendo alusión a las mismas sin cuestionar en momento alguno su autenticidad o exactitud, comportaba la consecuencia de que se tuvieran por legítimas y eficaces sin necesidad de cotejo, apareciendo, en su consecuencia, dicha prueba como impertinente, estando fuera de toda lógica que el litigante que aporta un documento público para fundamentar su pretensión trate de cuestionar en período probatorio la veracidad de su contenido.

CONMUTACION DEL USUFRUCTO VIDUAL. ACTOS PROPIOS (SENTENCIA DE 10 DE ABRIL DE 1982).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la demandada y apelante contra la sentencia de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, confirmatoria de la dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 6 de esta capital, de acuerdo con la siguiente doctrina:

Que el único de los tres motivos articulados, cuya correcta formulación procesal permite su examen en cuanto al fondo, es el primero, que, amparándose, como los ya examinados, en el número uno del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento, denuncia violación por

inaplicación de los ochocientos treinta y nueve y mil setecientos trece del Código Civil, que tampoco es susceptible de estimación, porque lo que el primero de los preceptos citados establece es que «los herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte de usufructo, asignándole una renta vitalicia, los productos de determinados bienes o un capital en efectivo, procediendo de común acuerdo y, en su defecto, por virtud de mandato judicial», lo que se relaciona con cuanto se declara en el Considerando quinto, recogiendo lo expresamente confesado por la en su día demandada —después recurrente—, que proclama la conformidad de la misma con la adjudicación de bienes en pago de su cuota legal usufructuaria, como exige el artículo ochocientos treinta y nueve del Código Civil, habiéndose ajustado el Albacea-contador-partidor a todo lo ordenado por el causante y a las disposiciones legales vigentes; a causa de lo cual el alegato que se hace en el recurso va en contra de los actos propios de la recurrente, lo que no puede desvirtuarse con cuanto ahora se sostiene de que en el acuerdo que requiere la ley no concurrieron cuatro de los herederos que estaban ausentes, siendo así que estuvieron representados por uno de los presentes, según manifestó el Albacea y confirmó el Juzgador, con declaración al respecto que no puede impugnarse válidamente en casación con meras consideraciones relativas al modo de acreditar la representación, en relación con lo dispuesto en el artículo mil setecientos trece del Código Civil, porque el ochocientos treinta y nueve nada dice sobre el particular y la concurrencia o no del acuerdo exigido es, por tanto, un dato que, como hecho, depende de la apreciación del Juzgador, sólo combatible por la vía del número siete del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de enjuiciar, que aquí no se utilizó.

INSTITUCION DE HEREDERO CONFORME A CAPITULACIONES MATRIMONIALES ARAGONESAS. ARTICULOS 34 Y 58 DEL APENDICE DE ARAGON (SENTENCIA DE 8 DE MAYO DE 1982).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Antonio Sánchez Jáuregui, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley que, contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia de Barbastro, ha interpuesto la parte actora y apelante, en virtud de las siguientes consideraciones:

Que antes de proceder al análisis de los cuatro motivos en que el recurso se fundamenta, al haber sido renunciado el articulado como tercero en el acto de la vista ante este Tribunal, no es ocioso dejar establecido que la sentencia de segundo grado, recurrida, acepta sin ninguna condicionalidad los fundamentos de fondo de la pronunciada por el Juzgado, «plasmados en su Considerandos», hasta el punto de consignarse en el último de los Considerandos de aquélla que sus razonamientos constituyen un resumen de las bases de hecho y de derecho «en que acertadamente se apoya la sentencia apelada», y ello hace que cualquier referencia que se contenga en la presente resolución respecto a la sentencia de primer grado lo sea al propio tiempo de razonamientos que sirven de base al fallo de la sentencia de la Audiencia, al haber sido asumidos por la misma.

Que en el primer motivo del recurso, al amparo del ordinal tercero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la infracción, por violación, del artículo trescientos cincuenta y nueve de la propia Ley, por entender la parte recurrente que el Fallo de la sentencia de la Audiencia, íntegramente confirmatorio de la del Juzgado, no contiene declaración sobre las pretensiones contenidas en el suplico de su demanda bajo los apartados *a)* y *b)* del punto primero, así como de las contenidas en los puntos segundo, tercero y cuarto de dicho suplico, motivo que ha de ser desestimado, habida cuenta, en primer lugar, de que el meritado Fallo desestima sin ningún distingo la demanda y contiene un claro pronunciamiento por el que se absuelve de la misma a los demandados, y sabido es que, como ya dijo la sentencia de esta Sala de diez de diciembre de mil novecientos cincuenta y uno, «el pronunciamiento absoluto de la demanda abarca, en términos generales, la desestimación de todas las pretensiones formuladas, ya haya precedido al Fallo el examen jurídico de todas ellas, si son independientes entre sí, ya haya precedido solamente al examen de la cuestión principal, si las mismas están ligadas a ella por vínculo de dependencia, de tal suerte que la improcedencia de aquélla determine necesariamente la de las demás a ella subordinadas»; en segundo lugar, porque en el caso concreto de la litis el análisis y consiguiente necesidad de dictar un pronunciamiento expreso en relación a los puntos segundo, tercero y cuarto del suplico de la demanda quedaba subordinado a la previa estimación de lo postulado en los apartados *a)*, *b)* y *c)* de su punto primero, en orden a la nulidad de las escrituras públicas de primero de junio de mil novecientos cuarenta y ocho, quince de septiembre de mil novecientos cincuenta y trece de enero de mil novecientos cincuenta y nueve a que dichos apartados se contraen, y, por último, respecto a los referidos apartados *a)* y *b)* del punto primero, el quinto Considerando de la sentencia del Juzgado establece que, caso de ser plenamente válida la institución de heredero efectuada a favor del demandado don J. C. F. en la escritura pública de trece de enero de mil novecientos cincuenta y nueve y el citado don J., único heredero de don A. C. P., carecen las demandantes de toda legitimación, por falta de interés, para instar la nulidad de las donaciones hechas en beneficio de don A. C. F. el primero de junio de mil novecientos cuarenta y ocho y quince de septiembre de mil novecientos cincuenta, toda vez que, en su caso, los bienes entonces donados revertirían a la herencia del causante, con beneficio exclusivo para el heredero instituido, único interesado y, por tanto, único titular de las referidas acciones de nulidad, argumentación que conduce a la sentencia del Juzgado a analizar prioritariamente el tema de la validez o nulidad de la escritura pública de trece de enero de mil novecientos cincuenta y nueve, para concluir en su antepenúltimo Considerando, tras proclamar la validez de dicha escritura, que las razones consignadas en el quinto Considerando dispensaban entrar a examinar la validez de las donaciones efectuadas a favor de don A. C. F., también impugnadas, con la consiguiente desestimación de la demanda en su totalidad, es decir, que la sentencia recurrida, con estimable fundamentación, señala una cuestión principal y destaca que las otras dos, o sea las planteadas por las postulaciones contenidas en los apartados *a)* y *b)* del punto primero del suplico de la demanda, están ligadas a ella por vínculos de dependencia, de tal suerte que la improcedencia de aquélla determina necesariamente la de las otras dos a la misma subordinadas, todo lo que

conduce rectamente a la conclusión de que la resolución impugnada analizó en su integridad las cuestiones litigiosas, pronunciándose en su fallo sobre todas ellas, siendo tema distinto y ajeno al de la congruencia fundamento del motivo el que podría ofrecer la corrección o incorrección de los razonamientos por los que se desestiman las pretensiones contenidas en los apartados *a)* y *b)* del punto primero del suplico de la demanda tantas veces mencionado, pues para que quedaran desvirtuados se requería fueran atacados por vía distinta a la que ofrece el ordinal tercero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley procesal civil, acusando una violación del artículo trescientos cincuenta y nueve de la propia Ley en la que no incidió la sentencia recurrida.

Que en el segundo motivo del recurso, por la vía del ordinal primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusa de violación, por inaplicación, del artículo cincuenta y ocho, párrafo primero, del Apéndice del Código Civil correspondiente al Derecho Foral de Aragón de siete de diciembre de mil novecientos veinticinco, entendiendo la parte recurrente que la cláusula cuarta de las capitulaciones matrimoniales de dieciocho de octubre de mil novecientos diecisiete, en ocasión del matrimonio celebrado entre doña J. F. L. y don A. C. P., cláusula según la que «caso de morir los contrayentes o cualquiera de ellos sin testar ni de otra manera disponer de sus bienes, de los del que así muera, quedándole hijos, dispondrán en favor de éstos en el modo, tiempo y proporción que estimen convenientes el sobreviviente y un pariente más cercano del cónyuge premuerto...», no autorizaba al cónyuge sobreviviente, en el caso doña J. F., y pariente más cercano a instituir heredero tal como se había verificado en la escritura pública de trece de enero de mil novecientos cincuenta y nueve, significando, además, las recurrentes que, en todo caso, era también inválida tal institución por no sujetarse a las formalidades exigibles, entre ellas la presencia de dos testigos instrumentales, según disponía el artículo veintiuno del Apéndice; mas dado que, al respecto de lo que es fundamento del motivo, la sentencia del Juzgado en su octavo Considerando interpreta la cláusula capitular cuestionada en el sentido de que los fiduciarios comisarios podían proceder al nombramiento de uno de los hijos como heredero universal del causante, padre de éste, a tal interpretación ha de estarse al no haber sido atacada acusando la infracción de los artículos mil doscientos ochenta y uno y siguientes del Código Civil, únicos hábiles para conseguir desvirtuar las apreciaciones que en materia de hermenéutica contractual verifique el Tribunal sentenciador en la instancia, a lo que es de añadir que el artículo cincuenta y ocho del mencionado Apéndice correspondiente al Derecho Foral de Aragón hay que relacionarlo para determinar su alcance con lo dispuesto en su artículo treinta y cuatro, prohibitivo de que tenga lugar la sucesión legítima si, cual sucede en el caso de la litis, la sucesión del causante está ordenada por capitulación matrimonial, de lo que se deduce la posibilidad de que la necesaria designación de heredero —óbice a la apertura de la sucesión legítima— sea facultad que correctamente pueda atribuir la capitulación matrimonial a los fiduciarios comisarios, razón por la que al no ser tal atribución nula de pleno derecho hay que estar, por lo antes razonado, a la interpretación que respecto a la repetida cláusula capitular cuarta se contiene en la sentencia recurrida, todo lo que determina el rechazo del motivo, ya que, de otra parte, la actuación de los fiduciarios comisarios, aun supuesta la apli-

cación al caso debatido de la preceptiva contenida en el artículo veintinueve del Apéndice mencionado, ha de constar en escritura pública, para cuya formalización no es necesaria la concurrencia de los testigos instrumentales que para otorgar testamento es exigencia del artículo veintiuno del Apéndice.

Que en el motivo cuarto del recurso, al amparo del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusa la violación por inaplicación del párrafo tercero, *in fine*, del artículo cincuenta y ocho del Apéndice al Código Civil correspondiente al Derecho Foral de Aragón de siete de diciembre de mil novecientos veinticinco y del número tercero del artículo doscientos once del Código Civil, con fundamento en que con relación a los actos jurídicos celebrados los días dos de abril de mil novecientos treinta y seis y primero de junio de mil novecientos cuarenta y ocho interviene como el pariente más próximo del causante de actores y demandados don A. C. P., a que se refiere la cláusula cuarta de las capitulaciones matrimoniales del contraído entre dicho causante y doña J. F. L., don M. C. P., siendo así que el pariente más próximo a quien correspondía intervenir en el otorgamiento de los instrumentos públicos donde tales actos jurídicos se reflejaron era don A. C. P., por ser de mayor edad que el citado don M., habiendo de decaer este motivo al igual que los anteriores, por cuanto en lo referente al instrumento público, autorizado por el Notario, de dos de abril de mil novecientos treinta y seis, se plantea con la denuncia de supuestas irregularidades en su otorgamiento una cuestión «totalmente» nueva, ajena al contenido de lo postulado por las recurrentes en los escritos fundamentales del pleito —demanda y réplica—, y con respecto al que, por ende, no puede dictarse resolución alguna que pueda afectar ni aun en términos discursivos a su nulidad o validez, y por lo que afecta a la escritura pública de primero de junio de mil novecientos cuarenta y ocho, ya ha sido argumentado que al no haber sido atacada la fundamentación de la sentencia del Juzgado donde se razona la falta de «interés» de las recurrentes para postular su nulidad, en el supuesto de proclamarse la validez de la institución de heredero contenida en la escritura pública de trece de enero de mil novecientos cincuenta y nueve, lo que en este trámite casacional sólo procedería de estimarse el quinto motivo, queda vigente la aludida fundamentación, a lo que es de añadir, además que la afirmación contenida en el cuarto Considerando de la sentencia de la Audiencia «de que no hay base para considerar inidóneo al (pariente) que en cada caso intervino en cumplimiento de la fiducia testamentaria en representación de los intereses de la familia del premuerto», sólo podía ser desvirtuada impugnándola por la vía del número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley procesal civil, estableciendo al respecto los presupuestos fácticos que permitieran llegar a conclusión contraria.

Que igualmente es desestimable, al hacer en términos absolutos supuesto de la cuestión debatida, el motivo quinto y último del recurso, pues la infracción por aplicación indebida que acusa del número segundo del artículo mil doscientos sesenta y tres del Código Civil, por la vía del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sólo podía tener como fundamento, que amparara su prosperabilidad, la admisión de que doña J. F., al otorgar los instrumentos públicos cuya nulidad se postula en la demanda, no podía prestar el opor-

tuno consentimiento al hallarse privada de las necesarias facultades de raciocinio, aseveración que al ser totalmente discorde con las afirmaciones fácticas contenidas en el sexto Considerando de la sentencia del Juzgado requería como imprescindible apoyo que por la vía del número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusando error de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas, se hubiera conseguido por las recurrentes desvirtuar aquellas afirmaciones fácticas, obteniendo la base de hecho que hiciera permisible establecer conclusiones distintas a las que sienta la sentencia recurrida, como resultancia de un *minucioso* análisis de las pruebas practicadas, en orden a la capacidad de doña J. F. para prestar su consentimiento.

F. C. L.

LIBROS

DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS, y otros: *Explotaciones familiares agrarias y agricultores jóvenes*. Estudios sobre el Proyecto de Estatuto. Publicaciones de Extensión Agraria del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación. Madrid, 1982. Un tomo de 295 páginas.

La Ley 49/1981, de 24 de diciembre, por la que se promulga el Estatuto de la Explotación Familiar Agraria y de los Agricultores Jóvenes, puede significar, según se aplique, o una auténtica revolución en la organización económica y sucesoria familiar de nuestros agricultores o quedar sin vigencia alguna en la realidad, convertida en pura letra muerta.

La cuestión de defender y ordenar los patrimonios modestos rurales no es nueva. Ya en 1907, el Proyecto de Ley de Concentración Parcelaria, en el que fue ponente el Registrador de la Propiedad Diego Pazos, regulaba en sus capítulos II y III las explotaciones agrícolas indivisibles y las familiares. En los artículos 12 a 20 se determinaban los requisitos de superficie y productividad, exigiendo en todo caso que rindiesen lo suficiente para sostener sin penuria una modesta familia labradora; esta explotación de pura subsistencia era, por supuesto, indivisible.

Por Ley de 15 de julio de 1952, se regulaban los Patrimonios Familiares de Colonización, integrados por la casa de labor, tierras adscritas, elementos de trabajo, granjas y, en general, los bienes y derechos inherentes a la explotación; este Patrimonio se consideraba indivisible, estableciéndose su transmisión según unas reglas que chocaban abiertamente con el sistema sucesorio del Código Civil y que, sin embargo, tampoco se adaptaban a las forales. Esta figura no ha pasado a la realidad y al derogarse ahora la ley, durante sus treinta años de vigencia, no se ha constituido ni un solo Patrimonio en España.

La *non nata* Ley de 14 de abril de 1962, sobre explotaciones familiares, consideró a éstas como indivisibles no sólo en cuanto a su titularidad dominical, sino también en lo referente al cultivo, pues prohibía la cesión parcial en arrendamiento o aparcería de alguna finca si con ello la explotación quedaba por debajo del límite establecido. Esta ley no llegó a tener vigencia por falta de desarrollo de sus preceptos, ya que ni siquiera se fijó la superficie protegible, presupuesto necesario para su aplicación. La crítica le fue adversa y se acabó certificando su defunción por Ley de 21 de julio de 1971, en donde se alegaba su falta de efectividad práctica.

El contenido del flamante Estatuto de la Explotación Familiar Agraria y de los Agricultores Jóvenes es cuádruple: la explotación familiar propiamente dicha, el Derecho sucesorio agrario, las ayudas a los agricultores jóvenes y la tutela específica al colaborador familiar, interesante figura ésta que aparece como nueva y con efectos característicos. Dada esta im-

portante temática, se comprende que cuando se ha tratado de la adecuación normativa de dichas materias a las realidades presentes, con el intento de aproximarlas a las orientaciones de la Comunidad Europea, se haya suscitado una gran expectación entre los agraristas, tanto españoles como extranjeros. La cuestión será más importante para los profesionales, que han de aplicar en la práctica estas normas, que suponen fuertes innovaciones al sistema establecido.

Por ello tuvo lugar el año pasado, en la Escuela de Capacitación Agraria de San Rafael de la Santa Espina, un seminario monográfico dedicado al estudio de estos temas, por iniciativa del Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Valladolid, con el apoyo y coordinación del Ministerio de Agricultura. Intervinieron diversos juristas agrarios y profesionales del Derecho, cuyos trabajos se publican ahora en este libro, presentado por GERARDO-LUIS GARCÍA FERNÁNDEZ, Director General de Investigación y Capacitación Agrarias.

AGUSTÍN LUNA SERRANO, catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Barcelona, presenta un estudio sobre «La explotación agrícola familiar desde el punto de vista jurídico». Dice que el primer objetivo del Estatuto reside en lograr la viabilidad de la explotación, para dirigirla a una agricultura de mercado y no de simple subsistencia. El segundo propósito es la salvaguardia de la integridad de la explotación agrícola familiar, mediante una notable e interesante modificación de los mecanismos sucesorios del Código Civil; estas modificaciones intentan acercarse a las fórmulas forales que históricamente han evitado la dispersión de la explotación familiar. Un tercer objetivo es facilitar a los jóvenes agricultores el acceso a la propiedad para constituirse en empresarios y su incorporación como colaboradores y presuntos sucesores. Además, según LUNA, la ley tiene como objetivo último, aparte otros de carácter económico o de fomento, el facilitar la inscripción en el Registro de los bienes y derechos que integran la explotación familiar agraria.

El modelo se inspira, según el autor, en los Derechos europeos, en nuestras Leyes de Colonización y en algunas instituciones forales. Esta ley se aplicará única y exclusivamente a las explotaciones familiares agrarias declaradas oficialmente como tales; por ello quizá se encontrarán múltiples problemas de aplicación derivados del carácter administrativo y formalista de la constitución de esas explotaciones; así se pregunta LUNA si un Notario admitirá un testamento mancomunado o un pacto sucesorio cuando no exista previamente el documento acreditativo de la existencia formal de la explotación. Además, sigue diciendo LUNA, queriendo hacer una norma especial de ámbito reducido y tratando de respetar a la vez, como se dice en la disposición final primera, el Código Civil y los Derechos civiles particulares, será preciso ver hasta qué punto esta ley tendrá viabilidad no sólo jurídica, sino también política, en la realidad práctica. Porque hay que añadir también los problemas derivados del choque de las competencias del Estado con las de las comunidades autónomas, aspecto contemplado en el trabajo de JOSÉ FRANCISCO PEÑA DÍAZ.

Otros estudios de carácter general sobre el tema son los del Magistrado ANTONIO AGÚNDEZ, que contiene unas atinadas anotaciones críticas a diversos puntos del Estatuto; el de ANTONIO SOLDEVILLA, que presenta la evolución de la explotación agraria familiar desde el laboreo tradicional hasta el nuevo concepto de la empresa agraria, y el de LUIS AMAT ESCAN-

DELL, que estudia la inserción de los jóvenes agricultores en la Explotación Familiar Agraria, mediante los acuerdos de colaboración y los derechos de adquisición preferente, que son analizados junto con las ayudas estatales que se ofrecen.

JUAN JOSÉ SANZ JARQUE aporta un estudio sobre los aspectos sociológicos de la explotación familiar en España, los cuales no se pueden reducir a meras estadísticas. La estadística —dice— es tan sólo uno de los elementos que nos aproximan a la realidad, pero también se deben aplicar a la investigación otros diversos métodos y fuentes que el autor recoge, para concluir que la empresa familiar es básica para el desarrollo y estabilidad de la comunidad. Por ello se deben mejorar estas explotaciones, fortaleciéndolas mediante fórmulas asociativas adecuadas.

Las influencias y aportaciones del Derecho comparado a esta normativa quedan reflejadas en los trabajos de un agrarista alemán y tres italianos que concurrieron al seminario:

— WOLFGANG WINKLER, del Instituto de Derecho Agrario de la Universidad de Göttingen, en su artículo «Familia rural y explotación agrícola en el Derecho alemán de familia y sucesiones», hace un completo estudio sobre la estructura jurídica agraria alemana en torno a la explotación familiar.

— ANTONIO CARROZA, catedrático de Derecho agrario de la Universidad de Pisa, aporta un atinado trabajo titulado «Originalidad y complejidad de la aproximación española a una temática de fundamental importancia para el Derecho agrario de los años ochenta».

— Y sobre el Derecho italiano hay dos artículos: «La tutela de los jóvenes agricultores según las orientaciones de la política comunitaria europea y las primeras experiencias en la legislación italiana», de MARIA-RITA D'ADEZZIO, y «Fisonomía del Proyecto de Ley italiano para la solución global del problema de la sucesión *mortis causa* en la agricultura», de NICOLETTA FERRUCI.

La cuestión de mantener la integridad de la explotación y su consiguiente transmisión es, desde luego, el tema de mayor importancia y que ha concitado el máximo interés. Como estamos haciendo la recensión de un libro, nos hemos de limitar a resumir o dar noticia de su contenido, absteniéndonos de entrar en la crítica de las diversas opiniones, que las hay para todos los gustos. Por ello cumplimos diciendo que en el campo sucesorio se estudiaron en el seminario, y ahora se reproducen, variados aspectos parciales. Estos son los trabajos de JOSÉ MARÍA CABALLERO GONZÁLEZ, MARÍA DE LOS DESAMPARADOS LLOMBART, JOSÉ MARÍA MONTOLIO y JERÓNIMO LÓPEZ PÉREZ; todos ellos son de indudable valor y permiten conocer interesantes detalles de esta novísima normativa.

Dedicaremos atención especial, por su amplitud y profundidad, a dos estudios de TEODORA TORRES GARCÍA y de CARLOS VATTIER FUENZALIDA, en los que se analiza de modo completo todo el régimen sucesorio general de la Explotación Familiar Agraria según el Estatuto.

TEODORA TORRES hace certeras consideraciones sobre esta sucesión, donde se relajan los principios básicos en materia de partición hereditaria contenidos en el Código Civil, en aras de proteger la integridad de la explotación, exponiendo los que ella considera principios legitimarios de

esta sucesión excepcional, las garantías de los coherederos para cobrar sus derechos y los beneficios fiscales que se otorgaron.

El profesor VATTIER FUENZALIDA, en su completo y documentado trabajo sobre la transmisión *mortis causa* en la explotación familiar agraria, estudia sus rasgos generales, las líneas del Derecho comparado que han podido influir, las diversas vocaciones sucesorias (testamentaria, contractual y *ex lege*) que se contemplan en el Estatuto y los problemas de la valoración de la hacienda hereditaria, la naturaleza de la legítima a pagar en dinero y la legítima del cónyuge viudo.

Sobre determinados aspectos registrales del Estatuto hay un interesante trabajo de SEGUNDO VELASCO que propugna la inscripción global en un folio de toda la explotación, en base al artículo 44 del Reglamento Hipotecario, y que dicha inscripción sea constitutiva para proteger mejor la indivisibilidad de la empresa agraria familiar.

Una visión más completa y conjunta de este aspecto del Estatuto se contiene en el trabajo titulado «Explotaciones Familiares Agrarias y Registro de la Propiedad», de nuestro querido amigo y compañero CARLOS HERNÁNDEZ CRESPO, Registrador de la Propiedad de Valladolid, con amplia experiencia en otros distritos de plena tipología rural. En este trabajo nos cuenta los pasos iniciales de la redacción del Proyecto de la ley, orientando su exposición al campo registral, para analizar a continuación los diversos preceptos de este tema contenidos en la nueva normativa. Así, estudia el título bastante para acreditar en el Registro la cualidad de bienes incluidos en la Explotación Familiar Agraria, asiento idóneo para la constancia, que será la nota marginal y los efectos de esta nota, así como el procedimiento para cancelarla cuando proceda. En el concreto aspecto de las facilidades de acceso de fincas al Registro o la constancia del exceso de cabida, se permite el procedimiento del título público del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, bastando para ello los títulos simplemente declarativos del dominio, sin exigirse necesariamente traslativos ni precisar tampoco la publicación de edictos. En cuanto a la reanudación del tracto sucesivo interrumpido, HERNÁNDEZ CRESPO nos explica que el acta notarial de notoriedad que se introduce en la nueva ley tiene respecto a la clásica de la legislación hipotecaria, las diferencias siguientes: Se suprime el trámite de la homologación o revisión judicial, también se suprime la necesidad de la notificación personal de los titulares de inscripciones contradictorias de determinada antigüedad, se reduce a veinte años la antigüedad de esas inscripciones contradictorias y se establece la posibilidad de cancelar esas inscripciones por la mera constancia en acta de notoriedad, punto este último al que el propio HERNÁNDEZ CRESPO califica como el más discutible porque roza abiertamente con el principio de intangibilidad de los asientos registrales.

Termina el libro con unas «Conclusiones del seminario», redactadas por JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, catedrático de Derecho civil de Valladolid, en las que, tras exponer los precedentes legislativos de la materia, resalta la originalidad y ambición de lo que por entonces era proyecto y ya es ley. Dice que comporta una gran dificultad en su aplicación, en cuanto que supone una gran innovación en los regímenes matrimonial y sucesorio, quizá causante de perturbaciones profundas. A esto debe añadirse el problema de las competencias de las comunidades autónomas, a las cuales corresponde la materia agraria por precepto constitucional. Sobre el

objeto de la regulación legal en sí, DE LOS MOZOS se pregunta a qué explotaciones, a qué agricultura y a cuáles jóvenes se refiere esta ley, diciendo que la efectividad sólo podrá conseguirse mediante su aplicación, es decir, de una manera dinámica, dentro de un conjunto de circunstancias que sean favorables a tal propósito. Concluye diciendo que se ponen en juego complejas normas de Derecho civil, Derecho social, Derecho administrativo y Derecho económico, y por ello cada una de estas normas debe ser puesta en su sitio so pena de que su aplicación sea un fracaso.

Hasta aquí el libro, que termina con los textos del proyecto y de la ley, tal como se publicaron en los *Boletines de las Cortes y del Estado*. La recopilación y ordenación de los estudios, todos de meritísimo nivel, está cuidadosamente realizada bajo la directa coordinación de JOSÉ MARÍA MONTOLÍO, a quien debemos felicitar por la impecable presentación, agradeciendo la aportación que la obra supone para los estudiosos del tema. Precisamente éste es uno de los propuestos en las actuales oposiciones entre Notarios; creemos que con esto decimos bastante.

Otra cuestión distinta es el contenido de la ley en sí, que no quisiéramos juzgar. Conocemos una crítica acabada de FRANCISCO CUENCA ANAYA, Notario de Alcalá de Guadaira, expuesta como lección en el Curso de Derecho Agrario, el 25 de marzo pasado en Madrid; su texto está en vías de publicación y a él nos remitimos, por estar de acuerdo en todo con nuestro amigo CUENCA.

La buena fe, la indudable preparación técnica y el deseo de acertar de los que han intervenido en este Estatuto son notorios y los proclamamos a los cuatro vientos. Pero hemos de decir que conociendo la idiosincrasia de los modestos agricultores españoles, en quienes se quiere centrar la explotación familiar, consideramos bastante problemática la recepción de esta normativa en la práctica.

El sistema sucesorio ideado es innecesario en los territorios de Derecho foral y resulta extraño y de difícil encaje en los de Derecho común, donde estas innovaciones chirriarán de modo estrepitoso. Es desagradable ejercer de agoreros, pero debemos decir que, dada la mentalidad de nuestros labradores, ¿no pasará con esta nueva figura igual que con los Patrimonios Familiares, que murieron sin haber nacido? Nos gustaría equivocarnos, pues la defensa de la explotación familiar es un propósito laudable que merece cualquier esfuerzo. El tiempo lo dirá.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

FERREIRA RUBIO, D.: *El derecho a la intimidad*. Análisis del artículo 1.071 bis del Código Civil. Editorial Universidad. Buenos Aires, 1982.

Cuando el legislador español se decide a elaborar y publicar la ley especial sobre la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (Ley de 5 de mayo de 1982), DELIA FERREIRA me dedica afectuosamente esta obra que traigo ahora a recensión. Todo ello sucede en el mes de mayo. Aunque

sólo fuera como adelanto doctrinal para poder estudiar la nueva ley, ya el libro tendría para nosotros una utilidad; pero es que creo, como veremos, que la publicación tiene mayor trascendencia.

Desde mi parcela actual, el tema de la intimidad me ha preocupado mucho y hasta lo toqué de pasada cuando ofrecí a los dibujantes de humor una charla en unas jornadas inolvidables de Granada. Me había leído los trabajos de MANUEL IGLESIAS CUBRIA y de GEORGINA BATLLE SALES y ahí había quedado la cosa. Ahora vuelve a primer plano el concepto, la naturaleza, los caracteres y la proyección que esta figura tiene o puede tener en el campo jurídico, social y político. ¿Qué es la intimidad? Se me escapa de las manos el concepto porque relacionado con otros no resulta tan evidentemente clara su protección. Mi concepto de la intimidad es primario o primitivo, pues yo a las personas las clasifico en conocidos, desconocidos, amigos y amigos «íntimos». La intimidad implica para mí «complicidad» en confesiones y revelaciones compartidas. Hay algo en la intimidad de «ropa interior», de zona reservada, conflictiva o complicada que sólo es patrimonio de la persona y que ésta puede permitir su acceso a otra u otras. La intimidad es una linde, un lindero, de esa finca en la que se encierra y se reserva una persona. Si todo esto es así, a mí me parece que todo ello encierra una gran hipocresía y que la ley que lo protege es una ley discutible. Si un político, por ejemplo (y eso que los políticos son los menos favorecidos, por esta ley), ofrece al público una imagen de «guaperas», de «machote», de «enérgico decididor», de «servidor del pueblo», etc., y luego resulta que en su intimidad es un «maquillado», un «acera contraria» (claro que esto es difícil porque los ramalazos y las huellas delatan inmediatamente a los sujetos), un «sometido a la ordenanza de su mujer», un «asalariado de grupo de presión», etc., la ley que protege esa intimidad puede ser una ley normativa, pero no deja de ser una ley que protege hipocresías al amparo de la ordinareiz democrática. Para mí que un político aparezca vestido correctamente y en su intimidad lleve ropa interior con puntillas es algo que me preocupa, pues lo mismo que disimula en su vestimenta puede hacerlo en sus opiniones.

Pocos catalanes conocen las «Ordinaciones de Sanctacilia», pero en ellas, según decía PELLA y FORGAS, existe la cuarenta y una, en la que se prohíbe abrir en pared propia o común ventana ni lucerna en dirección a la pared del vecino si no hubiera mediado convenio escrito, cosa que se explica «como consecuencia, acaso, del respeto a la casa catalana, recinto cerrado a modo, poco menos, de *arca sagrada*, a las impertinentes miradas de los vecinos». Aquí está palpablemente reflejado el derecho a la intimidad no sólo personal, sino familiar.

Quizá la ley de protección de la intimidad lo que trate es de frenar esas facilidades de «acceso» a lo íntimo que la revolución técnica ha permitido con micrófonos, aparatos de escucha, dispositivos ópticos, etc.; pero no hay que olvidar que la lucha resulta un tanto difícil, ya que en cuanto se presenta la ocasión propicia, «el personal» intima con la sociedad y se ofrece corporalmente en situación de origen, revelando incluso el lunar fatídico que permite tanto juego... Y no digamos la televisión, que «uniforma» interiormente a todos los ciudadanos y ciudadanas, permitiendo la pregunta periodística: ¿Usted qué biolavante utiliza en su lavadora?

JOSÉ MARÍA CASTÁN VÁZQUEZ, ese gran jurista que con su bondad y proyección de amistad sabe acoger todo reto que se le ofrece, prologa la presente obra. El viaje a Córdoba (Argentina) siendo portador de una

condecoración para LUIS MOISSET, y conoció en su propia salsa a la autora de esta obra. DELIA FERREIRA, aparte del delicioso encanto de su charla, con esas cadencias tan argentinas, tiene la fuerza de la convicción basada en su amplio conocimiento del Derecho, y yo me quedé asombrado y entusiasmado cuando junto a su maestro, LUIS MOISSET, me mostraron ese seminario jurídico de trabajo e investigación desde cuyas paredes emanaban horas de estudio y anotaciones. Yo, que soy un investigador de «vía estrecha», quiero quitarme, como los aldeanos españoles, la gorra, la boina o la «chapela» y saludar a esta próxima doctora en Derecho por una Universidad española. Y dicho esto, vamos con el libro.

El libro monográfico es objeto de un importante premio del Colegio de Abogados de Córdoba, según se deduce de las notas del prologuista y de la introducción de la autora, y nos va a permitir para el lector ofrecerlo en dos jornadas correspondientes a las dos partes en que se divide, aunque se estructure en cinco capítulos, seguidos de conclusiones y de un apéndice legislativo y otro bibliográfico.

A. La construcción del concepto en su múltiple proyección

La autora sabrá perdonarme por haber utilizado este epígrafe, que concentra los temas que ella utiliza en su primera parte para precisar el concepto de «vida privada», para caracterizar el bien «vida privada», señalar su protección y situar el estado de la legislación argentina al respecto.

Esos interrogantes que en tono festivo apuntaba al comienzo entre el fenómeno del individuo y la socialización, van a tener respuesta en la concreción que la autora hace del ámbito de la intimidad, diciendo que «no es la voluntad del sujeto la que sola determina el ámbito de la intimidad, sino la sociedad misma a través de los controles y sanciones sociales, a los cuales la voluntad del individuo se adecua». Luego desgrana el concepto de «vida privada» siguiendo un peregrinaje que va desde el sinónimo de «conciencia» hasta la relatividad del concepto, pasando por otras posturas.

Resulta importante la exposición que la autora hace de la protección de la «vida privada» recorriendo la protección tradicional, la evolución, la legislación comparada y la legislación anterior y vigente en Argentina.

B. La protección jurídica y sus repercusiones

También debe perdonarme la autora que utilice esta denominación para «ubicar» la segunda parte de la obra, pero lo hago en homenaje al lector español, sin distorsionar para nada el contenido de la misma.

La precisión más importante está en el objeto de la protección o bien jurídico protegido por la legislación, y ello lleva a la autora a señalar el concepto y caracterización de la «vida privada», con sus secuelas de los aspectos que en ella se comprenden, como la salud, la situación económica, la filiación y otras situaciones, los actos y hechos públicos y las grandes diferencias existentes entre la vida privada e imagen, voz, honor y nom-

bre. Creo que esto es aleccionador desde el punto de vista de nuestra moderna legislación.

Otra precisión también importante es el estudio de los actos que suponen un atentado a la intimidad y de los requisitos que deben contener para su existencia y contemplación. Son diversos los temas que afronta, como los de la difusión, el conocimiento, la publicación, etc.

Con ser importantes los puntos citados, hay que destacar el estudio especial que la autora hace de los titulares del derecho a la intimidad, que van desde las personas físicas (vivas o fallecidas, con el problema sucesorio), las jurídicas y los personajes. He estado a punto de hacer la cita que empleaba aquel famoso Decreto del Ministerio de Justicia que hablaba de «personas físicas, jurídicas y de cualquier otra clase», pero me he reprimido teniendo en cuenta la precisión terminológica de la autora.

Hay dos temas más que la autora estudia con detenimiento: las consecuencias del ataque, que se *materializan* en la existencia de un daño (material o moral), y las medidas que se pueden adoptar para prevenir o remediar el daño. Es importante, por último, el señalamiento de los límites que el derecho a la intimidad tiene y que vienen ofrecidos por la base subjetiva de las personas, la seguridad del Estado, el bienestar general y los terceros.

Nosotros, los ibéricos, que tanta afición tenemos a la crítica de personajes, tendríamos que recapacitar un poco y contar hasta diez antes de «decirlo». También los medios de difusión (que se titulan inmoderadamente como «notarios de la realidad») deberían leerse trabajos como éste que estructuran conciencias y marcan caminos. Una misma noticia —incluida la foto— se puede contar haciendo daño con el adjetivo que la califica, y eso deja de ser «libertad» de expresión para entrar en el campo delictivo de la información deshonesta y dañar la «vida privada» de las personas.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

GUAITA, AURELIO: *Derecho administrativo. Aguas, montes, minas*. Editorial Civitas, S. A. Madrid, 1982. Un tomo de 390 págs.

Las tendencias planificadoras e intervencionistas del Estado y demás organismos con poder sobre lo que puede llamarse el dominio público natural alcanzan en nuestros días un ámbito cada vez más acusado y universal.

Antaño se consideraba que el Derecho Administrativo tenía un contenido principalmente orgánico, limitado casi tan sólo a estudiar los poderes de la Administración y sus relaciones con los administrados; junto a este contenido había, sí, otra normativa que rozaba con el ámbito civil y que era tratada en tono menor tanto en los estudios universitarios como en gran parte de los programas de oposiciones.

Las cosas han cambiado lo suficiente en la vida práctica y profesional como para que lo que antes era conocido como Derecho Administrativo «especial» haya pasado a tener una prevalencia indudable. No hay más que ver el índice de disposiciones que a diario nos proporciona el *Boletín Ofi-*

cial del Estado para saber la enorme cantidad de reglas, pragmáticas, ordenanzas, mandatos, permisos, «aclaraciones», prohibiciones, cortapisas y todo género de zarandajas que hacen o deshacen el entramado normativo de la nación. Ante eso, traemos a colación como vigente el comentario del Registrador MARTÍNEZ SANTONJA, que nos decía, allá por 1932, que aunque el funcionario tenga más ojos que Argos, nunca podrá dormir tranquilo ante el temor de que se le haya escapado alguna disposición de la *Gaceta*. ¿Qué pensaría ahora, ante la actual catarata normativa? Esta es tan desatada que nos anegaría sin remedio si no hubiese estudiosos que nos sistematizan y aclaran el trabajo en sus obras, deslindando tan intrincada selva hasta hacer menos penoso el ejercicio cotidiano de la difícil profesión de los juristas.

Esta es la feliz tarea que consigue con su libro AURELIO GUAITA, catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid, que ha traído hasta aquí las aguas, los montes y las minas, recogiendo dichas materias, con actualizaciones y mejoras, de su obra *Derecho Administrativo especial*. Creemos que este libro de ahora será utilizado, además de por los estudiantes, también por los profesionales del Derecho, tanto en el ejercicio libre como en el ámbito de la Judicatura, la Notaría o el Registro y del funcionario en general, todos los cuales encontrarán en su doctrina y sus acertadas citas de jurisprudencia y legislación una valiosísima base para sus actuaciones y decisiones.

A modo de introducción muy necesaria, el libro trata del dominio público natural y después estudia los tres grandes apartados que aparecen en el título. El mismo orden seguiremos al tratar de resumir su contenido, comprimiéndolo hasta un grado inverosímil, tal es la extensión y densidad con que se tratan las diversas materias.

A) *El dominio público natural*

Es objeto del capítulo I, que arranca con el artículo 132 de la Constitución, donde se declaran bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental. Por cierto que el nombre de estos bienes, que para algunos autores son domaniales o demaniales, utilizando italianismos o galicismos fuera de lugar, incita la justa ironía de GUAITA, que con el Diccionario de la Real Academia en la mano sostiene que deben llamarse dominiales; en efecto, dice, «se comprende que de la voz castellana dominio nunca ha podido derivar correctamente ni domanial ni demanial... ¡ni demonial!»

Pero ¿existe el dominio público natural? Para el jurista francés HAU-RIOU, con su doctrina del metro cuadrado acotado, no existen bienes dominiales por naturaleza, sino por disposición de la ley. Sin embargo, GUAITA entiende que, a pesar de esos posibles enclaves, que siempre serán excepcionales, es indudable que existe tal dominio público por naturaleza; cuando la ley lo decide, dominializa el correspondiente *genus* en bloque, y con ello se afecta y destina de modo simultáneo al conjunto de bienes que se hallen en una situación determinada.

Como notas principales de su régimen jurídico señala GUAITA las si-

guientes: el dominio público natural preexiste a la posible obra pública que soporte o condicione; su afectación o destino es en bloque; su desafectación debe hacerse por ley contraria; puesto que se trata de bienes naturales, su ingreso o su salida del dominio público puede también tener lugar por causas naturales; el dominio público natural es el campo del deslinde; por último, el dominio público es imprescriptible.

Termina este capítulo con el estudio de la terminología legal empleada por las diversas normas civiles y administrativas en vigor, en las cuales se habla, a veces muy inconcretamente, de los distintos usos y aprovechamientos o del destino específico de fomentar la riqueza nacional como características que definen al dominio público. Dice GUAITA que, en definitiva, es la ley la que califica de dominio público a determinados bienes, y en este sentido todos ellos lo son legalmente, pero es innegable que la materia prima del dominio público puede ser natural, por lo que la ley lo declara, consagra y positiviza, y nunca por capricho.

B) Aguas

La importancia vital y la amplitud legal de la materia reciben su adecuado tratamiento en la cuidadísima y detallada exposición que el autor dedica a las aguas, distinguiendo las marítimas y las continentales y, dentro de éstas, las subterráneas.

a) En cuanto a las *marítimas*, dice GUAITA que si bien tradicionalmente se considera al Derecho marítimo como un importante sector del mercantil, también la Administración y su Derecho hacen acto de presencia en el tema de las aguas del mar, por lo que debe considerarse exacto hablar de un Derecho marítimo administrativo, que regula con normas y principios típicamente jurídico-administrativos cuanto se refiere a estas aguas: el mar territorial o litoral, la zona marítimo-terrestre, los puertos, las pesquerías, además de diversos actos marítimos, como los transportes por esta vía, el crédito naval o pesquero y otros más. Detalla la legislación vigente y las confusas competencias que tienen sobre el tema los diversos Departamentos ministeriales e incluso (¡por si hubiera ya poca oscuridad!) las nuevas entidades autónomas. Dentro de las zonas marítimas estudia la naturaleza y los problemas que se plantean en la zona marítimo-terrestre, las playas y los puertos, en especial los «enclaves» de supuesta propiedad particular, con sus deslindes, las servidumbres de salvamento y paso y la vigilancia.

Los usos y aprovechamientos posibles en la zona marítimo-terrestre por parte de los particulares pueden ser de carácter común, libre o público, que corresponde a todos por igual e indistintamente, dejando intacta la cosa dominial utilizada y sin impedir el uso simultáneo o sucesivo para los demás. Cuando no es así y se trata de usos privativos y anormales se impone la autorización expresa o las concesiones en precario por parte de la Administración, aunque también cabe el sucedáneo de la usucapión por veinte años.

Por regla general, los puertos son, según nuestra legislación, de dominio público, aunque también puede haberlos particulares mediante concesión.

El autor recoge toda la normativa, en sus posibles clasificaciones, respecto a la utilización, detallando los servicios y usos de que son susceptibles.

El tráfico marítimo, la pesca, el marisqueo y los hallazgos y extracciones del mar, así como los auxilios o salvamentos, con todo el entramado de cuestiones que cada uno de ellos por separado o conjuntamente pueden originar, son también objeto de interesante estudio.

b) Las *aguas continentales* están reguladas en España por la centenario y básicamente vigente Ley de Aguas de 13 de junio de 1879, que es en realidad una nueva versión de la de 1866. Últimamente se insiste en que las nuevas necesidades y realidades imponen una revisión de esta Ley, y tal ha sido el objeto del Congreso Nacional de Aguas celebrado en Murcia en 1982. Las posiciones publicistas se oponen con diversos argumentos a la apropiación del agua; el autor nos dice que aún debe mantenerse que las aguas pueden ser objeto de apropiación, son susceptibles de utilizarse y ser consumidas; por todo ello, pueden ser objeto del derecho de propiedad. Claro que, dice, se trata de una propiedad especial por su misma naturaleza fluida y fugitiva, relativamente inaprehensible y dinámica, lo que se traduce en una difícil regulación jurídica.

¿De quién son las aguas? ¿Quién puede utilizarlas y en qué casos y circunstancias? A la primera pregunta se contesta en nuestra legislación, aunque no con mucha nitidez, echando mano de la tradicional clasificación de aguas de dominio público y privadas, que lleva consigo una profusa regulación, de todos conocida. Sobre el uso de las aguas se distinguen varias modalidades, según se trate de aprovechamientos comunes permitidos a todos, como beber, bañarse, pescar; los aprovechamientos especiales adquiribles por concesión o usucapión y los aprovechamientos eventuales, que constituyen, según GUAITA, casos especiales de usucapión. La metodología del autor al desarrollar los diversos casos es excelente y justifica por sí sola la obra, dada la claridad y amplitud con que exponen la variadísima casuística.

La importancia de los *aprovechamientos para riego* se comprende en España, de gran riqueza agrícola y escasa pluviosidad. El autor resalta que la materia se halla en íntima conexión con la reforma y el desarrollo agrario, las fincas mejorables, las zonas regables y otros capítulos del Derecho Administrativo agrario, así como los embalses y canales y las aguas subterráneas que se alumbran precisamente para destinarlas al riego; se analiza la organización básica centrada sobre la figura de las comunidades de regantes, con su característica normativa.

c) También se estudian las *aguas subterráneas*, a caballo entre la legislación de aguas y la de minas, con sus frecuentes conflictos de competencias y la no solucionada cuestión de a quién corresponde su dominio, si al dueño del terreno o al alumbrador. Siguiendo la pauta legal, se distinguen las aguas de los pozos ordinarios, las alumbradas en los pozos artesianos, socavones o galerías, según sean en terrenos particulares o públicos, con especial estudio de los alumbramientos del IRYDA, de regulación excepcional cuando están destinados al riego.

C) *Montes*

Nuestra riqueza forestal ha sido siempre tratada con mimo por la legislación española y ahora se trata de acentuar su protección en base a las tendencias ecologistas, que la colocan a la cabeza de los bienes renovables que deben conservarse. La Ley de Montes de 8 de junio de 1957 y su Reglamento de 22 de febrero de 1962 derogaron múltiples y dispersas disposiciones existentes con anterioridad; pero, a la vez, algunos de sus preceptos han sido modificados por otras normas posteriores. Por su parte, el antiguo Patrimonio Forestal del Estado, que rindió tan importantes servicios, ha sido sustituido en 1971 por el Instituto para la Conservación de la Naturaleza, más conocido por sus siglas ICONA.

Legalmente se considera monte el terreno rústico provisto de especies forestales o susceptibles de tenerlas y no destinado de modo permanente a un cultivo agrícola. Según su pertenencia y régimen jurídico los montes pueden ser de particulares o públicos; estos últimos, según el Reglamento, son en principio patrimoniales, pero pueden ser también dominiales y así lo son efectivamente si están catalogados como de utilidad pública o afectos a un uso o servicio público.

El Catálogo de Montes, institución de gran solera y de indudable eficacia, es un registro público de carácter administrativo en el que deben incluirse todos los montes de utilidad pública y en especial los que se encuentran en casos determinados como los situados en cabeceras de cuencas hidrográficas, los reguladores de aguas pluviales, los que evitan desprendimientos o erosiones, los que sanean parajes pantanosos y, en general, las masas forestales que deben conservarse o repoblar. El autor estudia la inclusión o exclusión del Catálogo y sus causas y efectos, y las relaciones con el Registro de la Propiedad, donde debe inscribirse este especial dominio, con lo que se le presta una definitiva protección y seguridad acordes con el importante aspecto social que tiene la Institución hipotecaria y que hemos estudiado y comentado más ampliamente en otra ocasión.

Las varias formas posibles de utilizar los montes y el peligro de que su explotación inadecuada pueda dañarlos implican la necesidad de que su aprovechamiento se regule según planes establecidos de acuerdo con principios racionales y científicos. A esta necesidad responde la ordenación forestal, que distingue entre montes catalogados, protectores y montes públicos no catalogados o particulares no protectores. Se da también la posibilidad de la concentración parcelaria agrupando montes de gran producción en su conjunto, bien a petición de los propietarios o de modo obligatorio según los casos. Estudia el libro los aprovechamientos en general y los especiales de los montes catalogados, los del ICONA, los de las Corporaciones locales o de particulares y los de pastos, caza, rocas, aguas, etc.

La repoblación forestal es una de las funciones más típicas del ICONA, que la puede realizar por sí o por medio de convenios con particulares o Corporaciones. En el capítulo de conservación y defensa de los montes se contempla la conservación del suelo en sentido estricto, la lucha contra las plagas, la defensa contra incendios y las infracciones con su sanción.

La materia forestal concluye con el estudio de los montes o bienes comunales, muy extendidos en las zonas montañosas de nuestra Patria y que, aparte de las normas legales, tienen un conjunto de costumbres y usos

seculares que se conservan como arraigadas tradiciones. Presentan inicialmente problemas sobre su titularidad y su naturaleza jurídica: de una parte, interesa saber cuáles son realmente los derechos de sus titulares, ya que la Ley de Régimen Local atribuye la propiedad al municipio y los aprovechamientos a los vecinos; por otro lado, partiendo de ese dominio municipal, se cuestiona si los comunales son bienes «patrimoniales», del dominio público o constituyen un *tertium genus*. GUAITA analiza los supuestos, aporta soluciones y expone las reglas, el contenido y las distintas modalidades del aprovechamiento de estos bienes.

Formas típicas de Galicia y Asturias son los llamados montes vecinales en mano común, propiedad normalmente, de vecinos de pequeños lugares sin entidad municipal y cuya figura era desconocida y aun negada por la legislación administrativa hasta que fue reconocida, ya en 1926, por el Tribunal Supremo al decir que «no responde a relación de carácter público, administrativo y municipal, sino de orden puramente civil y privado, derivado tan sólo del nexo jurídico pro indiviso del monte». Se reguló especialmente en la Compilación de Derecho Civil de Galicia, en la Ley de 27 de julio de 1968 y en la vigente de 11 de noviembre de 1980.

D) Minas

La legislación vigente está constituida por la Ley de Minas de 1973, que modificó la de 1944, aunque asentada como ésta en el principio fundamental de que todos los yacimientos de origen natural y demás recursos geológicos son bienes de dominio público del Estado, el cual puede ceder a otros su aprovechamiento, pero también puede reservarse la investigación y la explotación de minas, tal como ocurre con Almadén y Arrayanes.

Frente a la clasificación simplista de rocas y minerales que hacía la Ley de 1944, la vigente establece cuatro secciones:

- La A comprende recursos de escaso valor y utilización directa, como piedra, arena, arcilla, etc.
- La B, aguas minerales y termales, yacimientos de escoriales y estructuras subterráneas.
- La C, yacimientos y recursos no incluidos hasta ahora.
- La D comprende el carbón, minerales radiactivos, recursos geotérmicas bituminosas.

Los hidrocarburos líquidos o gaseosos tienen su legislación propia y podría considerarse que forman otra sección, la E.

Como reglas comunes a todas las secciones se establecen: se precisa autorización o concesión en su caso; los titulares han de ser españoles; se han de indemnizar los daños y perjuicios irrogados; las explotaciones no pueden quedar inactivas; a veces deben constituirse cotos mineros, con protección del medio ambiente; la transmisión o gravamen de los derechos mineros requieren autorización administrativa y la posibilidad de extinguirse o caducar las concesiones.

En los capítulos siguientes se estudian por separado los recursos de cada una de las secciones antes dichas y el régimen de su aprovechamiento,

con especial atención a los permisos de investigación y las concesiones mineras propiamente dichas.

Los hidrocarburos, elementos fundamentales para la industria y el desenvolvimiento general de la vida actual, reciben un trato aparte, estudiando las disposiciones de la Ley de 27 de junio de 1974 y su Reglamento de 30 de julio de 1976, especialmente sobre permisos y concesiones, y se presenta al propio Estado como empresario petrolero a través de la CAMPSA y el Instituto Nacional de Hidrocarburos, con todo su entramado de servicios y suministros.

Por nuestra parte, terminamos diciendo que la gran dosis de ilusión con que el autor se puso a escribir esta obra, tal como confiesa en la presentación, se ha traducido en una espléndida realidad, ya que consigue ser útil y hasta imprescindible para muchos profesionales y estudiosos. En menos de 400 páginas ha recogido magistralmente toda la extensa normativa, jurisprudencia y doctrina sobre las aguas, los montes y las minas. Esto supone una ayuda inestimable para resolver los problemas que a diario se nos presentan y que suelen ser candentes y a veces vitales para los interesados. Si a esto añadimos una cuidada presentación, hay que concluir que el libro es francamente recomendable.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

MARTÍNEZ CALCERRADA, L.: *El nuevo Derecho de familia*. Tomos I y II. Filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. Madrid, 1981.

Cordialmente el autor de esta obra, a cuyo lado me suelo sentar en esas sesiones de los miércoles de la Comisión Permanente de Codificación, me dedicó el segundo tomo de esta obra que luego enriqueció regalándome el primero. Creo que le voy a sorprender con la recensión de su estudio, pues él no sabe que yo en esos *ratos libres* que me deja mi trabajo me entretengo haciendo recensiones. Con ello, como es natural, no pretendo corresponder a su gentileza, pues a quien regala un libro resulta muy difícil compensarle, ya que a la materialidad del regalo del mismo se une, como dijo un filósofo, la distinción de la presunción de que se sabe leer... y eso en estos tiempos es muy importante.

El tema de la obra es la reforma introducida por la Ley de 13 de mayo de 1981 en el Derecho de familia, puro y aplicado, español. La familia llevaba bastante tiempo amenazada. Se la iba cercando poco a poco, no sé si con la idea de transformarla o desintegrarla. Hace tiempo, cuando hice una recensión sobre un libro cuya materia era el divorcio, me di cuenta que nos estábamos quedando tan últimos como en Filipinas. Eché la vista atrás y empecé a recorrer escalones hacia abajo. Yo todavía recuerdo el respeto que mi padre tenía hacia mi abuelo, llamándole de usted; el logro democrático que nuestra generación tuvo al *apear* el tratamiento y utilizar el tú y, por fin, el planteamiento de esta generación actual que está pasando por diversidad de escalones, pues desde el «retablo», «carro-

za», «borde», etc., han llegado a saber reconocer la jefatura, pues ahora nos llaman «jefes». Sigue la familia aun y a pesar del duro golpe del divorcio y del amenazador aborto legalizado (en donde al sentenciado a muerte no se le da opción a defenderse y donde se comete una gran cobardía) y sigue, porque cualquier otro ensayo de grupo no tiene los lazos de unión y permanencia que ella postula.

La base de los comentarios a la reforma que constituyen el origen del libro que recensamos está en una serie de artículos periodísticos que el autor insertó en una sección denominada «Tribuna de Derecho de Familia» y que ahora, en una elaboración doctrinal y pensada en sus diferentes dimensiones, se plasma en esta obra. La técnica del autor es distinta en cada uno de los volúmenes, pues en el primero, aparte de la exposición y comentario del texto legal, enriquece la misma con cuestiones prácticas en base de unas preguntas a las que va dando solución. En el segundo volumen abandona esa técnica y se circunscribe al comentario amplio del precepto. Por ello, creo que habría que exponer en esta recensión las dos vertientes de la obra que corresponden a sus dos volúmenes:

A) *Casuística práctica*

El primer tomo de la obra encierra dos partes diferenciadas que tocando el mismo tema lo plantean en dos normativas legales: la Constitución y la Familia, y la Familia en la Ley reguladora del Código Civil de 13 de mayo de 1981. Todo ello va seguido de un Apéndice legislativo y unas notas sobre la repercusión fiscal de la reforma en los Impuestos de Sucesiones, Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

El artículo 39 de la Constitución, en su estudio técnico-jurídico, ocupa la plana del comentario del autor, sin perjuicio de abrir la brecha de la actualidad del tema y ofrecernos el estado de la cuestión planteada. La sistemática del artículo, su naturaleza y el contenido de la norma son los puntos claves que se desarrollan como estudio previo y preliminar de la reforma del Código Civil.

La otra vertiente de que hablamos y que hace entrar al lector en la reforma del Código, entreteniéndole con los casos prácticos planteados y las respuestas ofrecidas, toca temas tan sugestivos y difíciles al mismo tiempo como la filiación, la patria potestad y el régimen económico matrimonial. En la filiación, en la que se compara el régimen anterior y el presente, se van desdoblado cuestiones bajo el principio general de la igualdad jurídica de todos los hijos, tocándose los temas de los derechos, personales y patrimoniales; forma de acreditar la filiación, el tremendo problema de la investigación de la paternidad y la solución que se puede ofrecer a los estados transitorios.

En la patria potestad, hoy compartida, transformada y adecuada a la vida moderna, se tocan los temas de la reforma, la simultaneidad de su ejercicio y los tres problemas de su contenido: representación, administración y extinción. En el régimen económico matrimonial se parte de la situación anterior y la presente, se enumeran los principios rectores de la reforma y se desciende luego al estudio de las capitulaciones matrimonia-

les, las donaciones, la sociedad de gananciales, el sistema de separación, el de participación y el principio de libertad de contracción entre cónyuges.

B) *Teoría, norma y práctica*

El segundo volumen de la obra se reduce (el término ha de ser entendido con restricciones) solamente a dos materias que se desarrollan con gran amplitud. Es decir, se ha suprimido lo referente a la patria potestad y en el aspecto patrimonial de la sociedad conyugal sólo se estudia el tema de la sociedad de gananciales. El autor explica todo ello en una nota previa.

En la filiación se repiten los fundamentales temas tratados en el tomo anterior, pero con una dimensión distinta, pues aquí el comentario es más profundo aunque la sistemática sea igual. Señalo, sin embargo, que la materia se enriquece con tres aportaciones importantes, como son el tema de la prueba de la filiación, la materia de la filiación adoptiva y un estudio extenso de la Sentencia de 22 de septiembre de 1981 sobre impugnación de paternidad matrimonial.

En la sociedad de gananciales el abanico de problemas va desde la determinación del carácter de los bienes hasta la disolución, pasando por la administración y disposición. Meternos en esa tremenda jungla de problemas, teniendo detrás la Institución registral, haría interminable esta recensión de un libro claro, sistemático y actual.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

RAVÀ, TITO: *Introduzione al Diritto della civiltà europea*. Ed. CEDAM. Padua, 1982.

«Introducción al Derecho» es título que aparece con frecuencia en los catálogos jurídicos; su contenido, fundamentalmente filosófico, aunque en ocasiones pueda hacerse atractivo a los no iniciados por determinados matices sociológicos, metodológicos y hasta históricos o políticos, es normalmente sólo apto para aquellos de amplio poso jurídico adquirido en dilatada experiencia y a los que, en la sercnidad de su ocaso, ni les preocupan las inquietudes que en 1971 y en forma maravillosa plasmó STEFANO RODOTÀ en *Il Diritto Privato nella società moderna*, ni se dejan arrebatar por las sirenas de la cromática comparatista de RENÉ DAVID y sus secuaces que insinuando auroras prometen paraísos.

La obra de RAVÀ es simplemente preciosa; una prosa de alta calidad introduce, con tenue fluidez, levantando velos, por los senderos del Derecho, sus ideales y sus maravillosas funciones. Para los atletas prestos a iniciar la carrera es estímulo que despierta ansias al descubrir dulcineas; para los que agostaron su veteranía en las rudas lides diarias y su monotonía, no sólo es antorcha que ilumina o rocío que suaviza el andar, es fulgor de topacios y rubíes que obliga, por un instante, a levantar el rostro y con-

templar cálices de magnolias que proclaman la nobleza de la labor cotidiana; para los que repasan los viejos encajes de hazañas ya descoloridas resulta perfume de melancolía que, invadiendo el crepúsculo, transforma los arpeggios de la historia en pausas de meditación. Pocas veces una tan breve sinfonía jurídica embelesa tan profundamente.

Normalmente se estima que el Derecho coincide con sus fuentes: la equivalencia de derecho y norma. Pero aun dentro de tan estricto concepto no hay norma que, al ser aplicada, no requiera interpretación y con ésta el conjugar de la voluntad soberana —monarca, parlamento— con la ciencia del operador jurídico que si como ciencia es universal, como ser se halla inserto en una realidad que se mueve en torno a ejes ideológicos, políticos o religiosos concretos, aunque variables según tiempo y espacio; ciencia e influencias que se reflejan en todas sus actividades.

Esta confluencia que implica universalidad es la característica del Derecho europeo, que ha pasado a ser común, supranacional, independientemente de los convenios internacionales y la actividad jurídica de la CEE, y a ello hay que agregar la praxis que se observa en el campo de lo que se denominó derecho privado, más intensamente y con mayor concreción derecho mercantil y en la actualidad derecho de los negocios, amplísima *lex mercatoria*. La unidad en cláusulas contractuales, seguros, propiedades industrial e intelectual, en el ámbito financiero, dejan reducidos los horizontes clásicos del Derecho nacional a meros arcaísmos residuales, instituciones dimanantes del período en el que la propiedad inmobiliaria ocupó el lugar preferente. Es por ello que en esta «Introducción» de RAVÀ, que quiere ser simplemente orientativa, pero es histórico-comparatista, se alude al Derecho europeo, aunque tal vez, como indica, su caracterización como «Derecho de nuestra época» hubiera sido más acertada.

A diferencia de los extraeuropeos u orientales, propios de estructuras políticas propensas a imperios universales en los que la libertad individual se desenvuelve en la esfera religiosa, ética, ideológica y escasamente en la jurídica, el derecho europeo se ha construido en torno a los pilares de la libertad individual —respetada incluso en los regímenes autoritarios— y la convivencia relativamente pacífica con los Estados vecinos. Por ello es un derecho que puede calificarse de laico, republicano y autosuficiente en cuanto contiene en sí todos los recursos para solventar los problemas internos o internacionales sin acudir a la religión, la moral o la política. Además es técnico, hallándose estructurado en construcciones, sistemas, abstracciones y conceptos.

China, que debe su nombre al príncipe Ch'in, que mucho antes de nuestra era alcanzó la unificación territorial y erigió el imperio, configura el derecho en forma igualmente laica, pero ocupa una posición meramente secundaria en el orden social que se configura en torno al «lí», conducta honesta plasmada en la observancia de ritos, ceremonias o etiquetas. Es el norte de la escuela de Confucio que se ha mantenido durante milenios, pero que después de la República cede el paso a la denominada Escuela del Derecho que encabeza remotamente HAN FET con la divisa de una legislación objetiva, clara y cierta, depuradora del arbitrariedades y privilegios. La literatura jurídica china, por lo indicado, es escasísima, aunque es de observar que la última Constitución siente la necesidad de calificar de «inviolable» la propiedad estatal de los medios de producción.

A los citados derechos laicos se oponen los religiosos, de los que RAVÀ

analiza con detenimiento hinduismo e islamismo. Ante el lector desfilan las múltiples civilizaciones que penetran en la India y las variadas razas que engloba el Islam; las familias y su patrimonio; los poblados y su entidad política y el elemento diferencial: mientras en la India subsisten las castas, en el Islam toda diferencia social, étnica o religiosa desaparece en la comunidad de la fe, el abandono en Dios. En la extensa saga de RAVÀ aparecen remansos plácidos en los que se examinan fuentes: Veda, Corán, Sunna; se destaca el concepto de Igma o raíz y la importancia de la analogía; su microscopio se concreta en conceptos como «dharma» o «fiqh» y se enuncian las escuelas jurídicas coránicas que deben nombre a sus fundadores: malakitas, anafitas, safitas y hanabitas; pero no deja de anotar la creciente occidentalización actual, en especial en el mundo del «droit des affaires».

Es de advertir que al desaparecer el Imperio romano en Occidente surgió la tentación de constituir un derecho religioso sobre la base de la Biblia y la voluntad de Dios, de la que son intérpretes los sacerdotes. Esta idea fue abandonada no por reacción al posible excesivo poder de la Iglesia, sino a causa de las doctrinas de Santo Tomás, que abrió la filosofía cristiana al derecho profano.

Como por sobre ascuas pasa nuestro autor por los derechos socialistas, ideológicos, casi religiosos, anotando su estado de busca de adecuada identidad estructural y científica. Derecho y justicia quedan a merced del poder político, y las limitaciones dimanantes de la restricción contractual y la casi desaparición de la propiedad individual sirven para poner de relieve los grandes problemas que abre, entre ellos la necesidad de impedir la arbitrariedad e ineficacia en una administración pública que tiene a su cargo el casi total patrimonio del país.

Por ello se echa de menos un recuerdo a PASUKANIS, KRYLENKO y sus seguidores en la tesis del derecho económico, en los que creyeron en el lento desaparecer del derecho, profecía que retrasó STALIN al propugnar la previa necesidad de construir un poderosísimo Estado que alejara pretensiones bélicas exteriores. PASUKANIS y los suyos alcanzaron el martirio, a través de la liquidación y deportación, aunque ya han sido reivindicados a partir de 1956. También hubiera sido conveniente una referencia al infantil intento —todavía parcialmente subsistente— de eliminar las «inútiles trabas procesales» y el recuerdo de los Tribunales que actuaban sin reglas ni juristas: los populares, de distrito, los de camaradas, las asambleas sociales...

◊ ◊ ◊

A estas bases previas, la obra sigue con una compleja clasificación de las orientaciones en que se ofrece el Derecho: escrito y no escrito, *Civil Law* y *Common Law*, codificado y no codificado; de codificación doctrinal y jurisprudencial; de codificación amplia o estricta, etc., y seguidamente se abre en abanico ofreciéndonos las grandes directrices de elaboración a partir del Medievo: la escuela italiana, la francesa, la del *Common Law* y el dogmatismo germano.

El Renacimiento italiano lo encabeza con IRNERIO, *lucerna iuris*, desenvolviéndolo a través de glosadores y comentaristas, realzando, de paso, las

grandes figuras de BARTOLO, BALDO, CINO; la importancia de la incorporación del *Liber Feudorum* al *Corpus Iuris*, y la trascendencia de la obra de GRACIANO al sentar los cimientos del Derecho Canónico, derecho universal. Un amplio recorrido por Europa, con especial detenimiento en España y Portugal, donde alcanzan las consecuencias del Renacimiento estudiado, cierra el capítulo.

Francia va configurándose políticamente a partir de HUGO CAPETO, que en 987 funda la dinastía que continúa con los Valois y Bourbon, en la que se anota el tránsito de Rey como caudillo de la gente franca al de Cabeza de la jerarquía feudal, para concluir como titular de un poder divino, absoluto, en torno al que se elabora el Estado nacional y territorial. La Revolución cambia sólo el soberano, que deja de ser una persona para transformarse en una masa electoral.

En visión cinematográfica desfila la primitiva *Curia Regis*, jueces itinerantes, parlamentos, cámaras y consejos, hasta la creación de la estructura judicial permanente, elitística y hereditaria, la *noblesse de la robe*, que pasa a ser el principal límite del poder del soberano. Se recopilan y unifican usos, se registran juicios que pasan a ser precedentes, y en escuelas y universidades se trata al Derecho científicamente. La Glosa y el Comentario se desvían con el *mos gallicus*, y con humanismo e iusnaturalismo, filosofía y teología penetran en el campo de la jurisprudencia. El Derecho se construye con arreglo a la razón, dato universal, y de conformidad a la naturaleza humana. El Código Civil es, fundamentalmente, una elaboración racionalista. Aunque la unificación de tal base se produce ya en época napoleónica abundan los precedentes: los nombres de COLBERT, DAGUSSEAU, DOMAT y POTHIER.

Al encarnarse la razón en la ley el juez queda reducido a un mero exegeta. Código Civil y Constitución constituyen un sistema jurídico unitario que alcanza a toda exigencia. Pero estas concepciones, pese a la universalidad de su recepción, también se erosionan y no tardan en aparecer nombres como los de SALEILLES o GENY y su escuela de «libre recherche scientifique», que en Alemania está representada principalmente por EHRLICH y KANTOROWICZ con la del «Freies Recht» y alcanza otros continentes como lo centra la emblemática figura de ROSCOE POUND y su «social engineering».

Aunque proveniente de idéntico mundo cultural se forma en Inglaterra un ordenamiento jurídico diverso, fenómeno histórico y no producto de elaboración científica. Mientras en el continente el romanismo absorbía aportaciones germanas y feudales, el Derecho inglés es fundamentalmente feudal, y esta base aparece en todas sus manifestaciones y se detecta plenamente en la actualidad. Tiene un carácter empírico, se desarrolla con el acontecer, por lo que aunque sus resultados puedan ser considerados plenamente «europeos», su estructura es muy diversa de la continental.

Como en un caleidoscopio inagotable nos hace aparecer RAVÀ con orden y trazos precisos *Common Law* o derecho común, en sus varias acepciones, *Statutory Law* o derecho legislativo y *Equity*, el derecho pretorio que, en como en Roma, acaba sucediendo al derecho civil. Se apuntan las atractivas referencias a la jerga jurídica o *Legal French*, de importación normanda, los breves y sus manifestaciones, el *writ of trespass* y su importancia, los procedimientos o *forms in action*, la trascendencia actual del *consimili casu*, que ha dado lugar a la práctica obligatoriedad del

precedente; el *assumpsit*, las instituciones como *tenures* o *trust*, exportados a Códigos iberoamericanos, en los que difícilmente encajan. Todo ello amenizado como referencia a su expansión, su universalidad, a pesar de su simple estructura, lo que no es obstáculo para una considerable y cualificada literatura jurídica ni a una organización judicial ejemplar, entre cuyos precedentes figuran tanto los jueces itinerantes como el *sheriff*, y hasta el Exchequer, que debe su nombre a su mesa de trabajo, en la cual, o en el paño que la cubría, figuraban dibujos similares al de un tablero de ajedrez.

Mientras la codificación francesa reduce la ciencia a la pasividad y la administración de justicia a la elaboración de silogismos, Alemania conoce en el pasado siglo un renacer de la ciencia jurídica comparable al del Medievo italiano. Ciertamente ya el romanismo había penetrado en los países germanos a través del *usus modernus pandectarum*, la recluta de doctores *in utroque iuris*, asimilados a la baja nobleza, para los Tribunales superiores; que hubo recepción humanista y para su adalid, PUFFENDORF, se creó una especial cátedra en Heidelberg, y que hasta el *Code* francés, que penetró con los ejércitos napoleónicos, halló en ZACHARIAE un comentarista excepcional.

Pero THIBAUT, al propugnar la codificación en Alemania, es el que propugna la fabulosa polémica en la que destaca la figura de SAVIGNY, comparable a BARTOLO, quien arguye que la pretendida capacidad de cada época para cada materia no pasa de ser un preconcepto; que la codificación requiere madurez y debe considerarse consolidación de un desarrollo científico todavía no alcanzado en Alemania, donde los juristas carecen del profundo sentido histórico y sistemático que la obra requiere. Sin tal desarrollo un Código puede ser o inútil o dañino.

El capítulo de RAVÀ sobre este tema es de excepcional calidad; sus exposiciones meridianas, sus rasgos sobrios, absolutos y firmes alcanzan el *touché*. Discurren ante el lector, absorto, los acorazados que siguen al Maestro; los romanistas con la figura señera de WINSCHIED, cuya obra, con las anotaciones de FADDA y BENSÀ, ha pasado a ser una de las mejores de la modernidad jurídica; los germanistas, con la gigantesca personalidad de GIERKE. La actividad de los primeros, principalmente, es la que produce el «B.G.B.», aunque su método, al ser criticado, sea denominado algo despectivamente jurisprudencia de conceptos. IHERING, autor de obras inolvidables, es el crítico más caracterizado.

Las repercusiones de la ciencia y el Código germanos son extraordinarias, en especial en el ámbito jurídico italiano.

o o o

El último capítulo está dedicado al Derecho de hoy, precursor del de mañana, todavía entre brumas. Los párrafos de RAVÀ tienen sabor de profecía y corolario y resaltan, en amplias páginas, el hecho de que el Derecho privado actual, el cotidiano, está basado en el cambio y es supranacional, casi mundial: las esferas mercantiles, las compras en masa, los contratos de adhesión, los títulos valores, los de crédito, la empresa, las sociedades, el difícilmente clasificado Derecho laboral, el fiscal, el financiero, el de los seguros, los de la propiedad intelectual e industrial, las normas de protección al consumidor y un amplísimo etcétera facilitan una norma-

tiva idéntica o muy próxima que no admite fronteras y que va puliendo diferencias a través de la difícil gestación de convenios internacionales.

Queda muy distante aquel Derecho privado, en el que la estructura fundamental era la propiedad, pareja de la libertad, según los principios de la Revolución francesa y que todavía pervive, como ha mostrado recientemente RODOTÁ en su estudio *Il terribile diritto*. Matizada en la Constitución de WEIMAR como función social, convertido el propietario en un funcionario, continúa siendo uno de los acicates fundamentales de la economía, aunque normas de las más modernas, como la Constitución española, según comentarios de DÍAZ PICAZO, hayan dejado de considerarla un derecho fundamental. Pero ello, en expresión de RADBRUCH, recogida por RODOTÁ, no pasa de ser una mentira convencional.

Los Códigos quisieron ser los «libros de oro de una sociedad que compra y vende mercancías», en frase de LABRIOLO, que preludiaba el *droit des affaires*; las formas perdieron solemnidad, los ritos menguaron; se recurrió a la simplicidad, aunque la ciencia jurídica muestra más predilección por los temas tradicionales. El Derecho, no obstante, sin dejar de ser *ars equi et boni*, ha variado sus constantes y parece centrar su acento en la producción; pero, sobre todo, se internacionaliza. Permanecen los institutos fundamentales y fenómenos que vistos en la actualidad parecen profundos y definitivos, no pasan de ser episódicos, pasajeros, simples rugosidades geográficas apenas trascendentes a distancia temporal o espacial.

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

ROBINSON, Stanley: *Transfer of Land in Victoria*. The Law Book Company Limited. Sidney, 1979.

El Centro de Estudios Hipotecarios ha recibido hace unos días por correo, enviado por su autor, el Profesor australiano de origen inglés S. ROBINSON, el libro titulado *Transfer of Land in Victoria*. El Profesor, antiguo Abogado ante el Tribunal Supremo de Victoria y en la actualidad docente en la Universidad de Queensland, en la Facultad de Derecho de Santa Lucía, tuvo la amabilidad de visitarnos a finales del pasado verano y quiso tomar contacto con el sistema registral español y con los Registros de nuestro país; no se pudo dar entonces satisfacción a su deseo de dar una charla sobre el sistema registral australiano, habida cuenta de las fechas tan poco propicias en que estábamos, y a su desconocimiento de nuestro idioma. Pero ha querido compensar nuestro deseo de escucharle con el suyo de darnos una charla, enviándonos este bello libro, para que los estudiosos de nuestro país podamos profundizar en el conocimiento del Sistema del Acta Torrens en Victoria.

El libro contiene un estudio exhaustivo de la Ley de transmisión de bienes inmuebles —Transfer of Land Act de 1958— que ha venido a sustituir a la Ley de 1954. La nueva Ley está dividida en seis títulos, dedicados: el primero, a la Oficina del Registro; el segundo, a la inmatriculación; el tercero, al libro de inscripciones; el cuarto, a la transmisión de fincas ins-

critas; el quinto, a disposiciones incidentales, y el sexto, a generalidades. A continuación de los preceptos legales, el autor hace un cuidadoso análisis de su significado con comentarios explicativos de valor histórico y con citas y reflexiones sobre las resoluciones judiciales más significativas en cada uno de los temas tratados.

Los puntos más destacados de la Ley son a nuestro parecer los que a continuación se exponen y responden al mismo orden seguido en el libro.

Sujetos a la Ley de la Función Pública (Public Service Act de 1958) se podrá nombrar un Registrador (Registrar of Titles) para dirigir y controlar la Oficina del Registro (Office of Titles), que deberá cumplir los deberes y asumir las funciones que el ordenamiento jurídico le encomiende. Sometidos a esa misma normativa pueden nombrarse los Ayudantes del Registrador (Assistant Registrars) y los funcionarios que sean necesarios para el cumplimiento del servicio confiado. La firma de los Ayudantes del Registrador equivale a la del Registrador. El Registrador tiene amplios poderes incluso de orden judicial, como la facultad de calificar la validez de los documentos que se presenten para su inscripción. Tiene obligación de examinar asimismo los datos de hecho sometidos a su consideración y pronunciarse sobre su exactitud o falsedad.

La inscripción es obligatoria respecto de las concesiones de tierra de la Corona a favor de los particulares, tanto si se hacen en fee simple como en arrendamiento temporal o perpetuo. El título concesional debe extenderse por duplicado y entregarse en el Registro. Respecto a las tierras transmitidas por la Corona con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, sus titulares podrán solicitar, con carácter voluntario, la inscripción en el Registro. Se determina en el texto legal las personas facultadas para solicitar la inscripción, considerando como tales a los titulares legales o equitativos de fees, a las comunidades de personas titulares de fees, a los que ostenten poderes de disposición sobre el fee, a los titulares fiduciarios sobre el fee, a los tutores en representación de incapaces titulares de derechos, etc. Igualmente pueden registrarse los terrenos cedidos en arrendamiento siempre que queden al menos diez años de vigencia del mismo o que se trate de un contrato de duración sujeto a la vida de una persona. El certificado del derecho estará sometido a los derechos y facultades del arrendador.

Si la solicitud se refiere a un terreno que no coincide en su totalidad con el descrito en los documentos, el Registrador puede acceder a lo solicitado y acordar la inscripción si la discrepancia se debe a ligeros errores del plano presentado en relación con cualquier otro relativo a la finca obrante en la Oficina.

El Registrador puede y debe denegar la inscripción si le consta que las manifestaciones (statements) del solicitante de la inmatriculación no son ciertas. Igualmente debe suspender la inscripción si su práctica representa a su criterio una injusticia contra la sociedad o contra alguna persona en particular.

La Ley ordena la publicación de edictos de la solicitud de registración en un periódico de Melbourne o en uno de menor tirada del territorio donde la finca se halla situada; se ordena igualmente al Registrador dar traslado por correo y en forma personal al ocupante de la finca, a los ocupantes y propietarios de las fincas colindantes y a aquellas personas que,

según el criterio del Registrador, puedan ostentar algún derecho o interés sobre la finca.

La persona que ostente un interés contrario al derecho cuya registración se solicita puede oponerse a la misma mediante la presentación de un «caveat». El Registrador debe comunicar la presentación del mismo al solicitante de la inmatriculación, y no podrá practicar ésta hasta que no se retire o caduque el caveat o los Tribunales así lo acuerden. Pasados treinta días, el caveator, persona que ha solicitado la inscripción del caveat, debe iniciar el procedimiento judicial correspondiente y justificar ante el Registro, en debida forma, este extremo. La presentación de un caveat sin serio fundamento hace responsable a su autor de los daños que el retraso que supone pueda causar a cualquier interesado en la inscripción.

El solicitante de la inscripción puede retirar su petición en cualquier momento anterior a la práctica del asiento, y la Oficina deberá devolverle los documentos presentados.

En el Registro deberá llevarse un libro en el que se reseñaran los documentos, de la naturaleza que sean, aportados en apoyo de la solicitud de inmatriculación. Si los documentos se refieren además a otra u otras fincas, el Registrador debe devolverlos al interesado o a su representante. En los demás casos, el Registrador tiene la obligación de conservarlos en su poder y poner en ellos el sello de anulado, excepto si se trata de documentos relativos a hipotecas o a cargas subsistentes que deberán devolverse a los interesados, previa entrega en el Registro de una copia certificada. Ninguna persona puede, sin el consentimiento escrito del solicitante, obtener copia de estos documentos o tener acceso a los mismos.

El título de propiedad (ordinary certificate of title) se extenderá a nombre del solicitante o de la persona por él designada. Si el solicitante fallece antes de la inscripción, el título se expedirá a su nombre como si todavía siguiera vivo. La expedición del título deberá ser comunicada por la Oficina a los que ostenten algún derecho sobre la finca, resultante del propio título.

Si el solicitante de la inscripción es persona distinta del poseedor de la finca, el título de propiedad que debe extenderse habrá de ser limitado «Shall be a limited certificate». Antes de extender el asiento, el Registrador redactará una nota firmada por él, expresiva de los defectos existentes, copia de la cual será enviada por correo a la persona que, a juicio del Registrador, sea dueño o titular de algún derecho sobre la finca. La limitación del título puede obedecer a defectos relativos a la finca, al derecho o a ambas cosas a la vez. Antes que el certificado de dominio limitado sea inscrito, el Registrador debe archivar nota con su firma, indicando el defecto del derecho, así como la forma de subsanarlo para poder inscribir un certificado ordinario. El Registrador enviará copia de la nota a la persona que a su juicio sea dueña o titular del derecho.

El Registrador llevará un libro de inscripciones, llamado «Register Book», en el que se inscribirán las concesiones de la Corona y los títulos de propiedad. No se trata de un libro normal elaborado en la imprenta, sino de un libro formado con los certificados originales de los títulos de propiedad que cuando alcanzan cierto número se encuadernan. Cada certificado constituye folio separado. El duplicado del certificado se entrega al interesado.

En las inscripciones de transmisiones de dominio, el libro debe ser cui-

dadosamente examinado, no bastando el examen del duplicado del certificado.

Los asientos que se practican en los libros son de tres clases: registrations, notifications y entries. Las transmisiones de dominio, las hipotecas y los arrendamientos son objeto de inscripción, las servidumbres se «anotan», y los caveat y pactos restrictivos de uso y los memorándums son objeto de entradas.

La inscripción se considera hecha en el momento en que el Registrador ordena incorporar el certificado original del título de propiedad al libro, momento a partir del cual se conocen los datos de su inscripción, tomo y folio en que obra.

En caso de pérdida o extravío del duplicado del certificado el interesado puede instar del Registro la expedición de uno nuevo.

Los documentos, salvo en los casos de transmisiones de dominio, deben presentarse por duplicado y por triplicado en el de arrendamientos.

Tan pronto se presenta en el Registro una declaración de transferencia o memorándum, se hace constar en el certificado original del título de dominio o de concesión de la Corona los datos exactos del documento presentado.

La inscripción es constitutiva, de ahí que ningún documento por el que se declare, reconozca, transmita o extinga un derecho real sea eficaz hasta el momento de su inscripción. El documento inscrito goza de la eficacia del documento sellado y produce los mismos efectos de dos deeds ejecutados con firmas legitimadas notarialmente. El título de dominio inscrito al amparo de la Ley es considerado por los Tribunales como prueba de los particulares en él comprendidos y especialmente de que la persona designada es dueña o titular del derecho designado en el mismo.

El titular inscrito, salvo en caso de fraude, debe disfrutar de su derecho en concepto de libre de cargas y gravámenes y únicamente sujeto a las cargas mencionadas en las cartas concesionales o en el título de dominio, así como a los derechos derivados de concesiones anteriormente inscritas.

Además, el título de dominio inscrito está sujeto: a los derechos adquiridos como consecuencia de prescripción adquisitiva, a las servidumbres públicas de carreteras, a los intereses y derechos de poseedores actuales de la finca y a las contribuciones territoriales y demás cantidades adeudadas a entes locales por razón de servicios municipales.

Regula a continuación la Ley la transmisión de fincas inscritas (Registration of Dealings with Land) que se realiza en la práctica a través de formularios impresos muy fáciles de rellenar. En virtud de la inscripción, el derecho o interés descrito en el contrato con todos sus elementos anejos, poderes, facultades o privilegios pasa a poder del adquirente que deviene responsable del cumplimiento de todas las obligaciones que pesan sobre la finca, como si se tratara de la persona directamente responsable de las mismas.

En el caso de ventas celebradas por el titular inscrito fallecido o desaparecido antes de la completa formalización del contrato, el Registrador tiene potestad discrecional para investir el derecho en el adquirente. Se da con ello eficacia a un contrato incompleto y puede, en consecuencia, presentar en la Oficina una declaración de transferencia en este sentido.

El administrador de una herencia puede solicitar que los bienes del

causante se inscriban a su nombre mediante la presentación de una declaración en este sentido, acompañada del certificado de defunción del titular registral.

En caso de quiebra del titular inscrito, la Ley ordena que los bienes del quebrado se inscriban a nombre de los trustees de la quiebra.

En suma, y para concluir, debemos decir que a nuestro criterio estamos ante un libro claro, práctico, completo, ordenado y de fácil lectura. Gracias a él los estudiosos podrán conocer la situación actual del Sistema Torrens en Victoria y tomar contacto con mecanismos nuevos desconocidos en nuestro sistema registral que dan al Sistema Torrens una flexibilidad especial y una capacidad de adaptación mayor a los problemas cotidianos, lo que redundará en una mayor seguridad del tráfico jurídico. Esta nota pragmática constituye una de las características de todo el Derecho anglosajón, en el que preocupa menos la salvaguarda de los principios generales del Derecho que la satisfacción de los intereses concretos y particulares de los individuos.

ANTONIO MORO SERRANO

